



# JUSTICIA Y DERECHO

PUBLICACIÓN SEMESTRAL

Vol. 21, No. 37  
Enero-junio 2024



ISSN 1810-0171 (Impresa)  
RNPS 0504



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

**Director** : Rubén Remigio Ferro  
**Coordinadora general** : Maricela Sosa Ravelo  
**Editora principal** : Aymee Fernández Toledo  
**Editora de sección** : Daylín Gozá Valdés  
**Editora de sección** : Maryla Anna Pérez Bernal  
**Corrector** : Juan Ramón Rodríguez Gómez  
**Diseño y composición** : Moroño

**JUSTICIA Y DERECHO**


Publicación semestral  
Vol. 21, No. 37, enero-junio 2024


**ISSN (Edición impresa)**: 1810-0171

**RNPS**: 0504

**TRIBUNAL SUPREMO POPULAR**

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

 (53) 786 98839

 [revistajd.tsp.gob.cu](http://revistajd.tsp.gob.cu)

 [revistajd@tsp.gob.cu](mailto:revistajd@tsp.gob.cu)

# ÍNDICE

## REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

- DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA IMAGEN  
*Challenges for the judicial protection of image rights*  
**LIC. YSMARAY HINOJOZA PÉREZ** ..... / 7
  
- DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
POR VIOLENCIA DE GÉNERO INTRAFAMILIAR  
*Judicial determination of civil responsibility for gender violence*  
**LIC. DEYLI GONZÁLEZ MILIÁN** ..... / 47
  
- LAS BONDADES DE LA ORALIDAD PARA EL PROCESO ADMINISTRATIVO CUBANO  
*The benefits of orality for the Cuban administrative process*  
**DRA. MAJELA FERRARI YAUNNER** ..... / 78
  
- LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO CUBANO  
*The proof in the Cuban administrative process*  
**LIC. LILIANA PALMERO MARTÍN, LIC. ORELVIS GENER CRESPO** ..... / 100
  
- LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES MERCANTILES  
*Judicial liquidation of commercial companies*  
**M.Sc. MERCEDES CARINA TORRES HIDALGO** ..... / 129
  
- LA RECONFIGURACIÓN DEL ERROR EN EL CÓDIGO PENAL  
*The reconfiguration of error in the Criminal Code*  
**DR. LIUVER CAMILO MOMBLANC, DR. CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ** ..... / 153
  
- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA  
*Corporate criminal liability*  
**M.Sc. DAYLÍN GOZÁ VALDÉS** ..... / 182
  
- LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL  
*The information and communication technologies in the Criminal Code*  
**ESP. JESÚS RAMÓN GARCÍA RUIZ, M.Sc. INGRYD TERESA SANTOS DÍAZ** ..... / 208
  
- LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA ADECUACIÓN JUDICIAL  
*Judicial appropriateness of gender-based violence*  
**LIC. YANAY PÉREZ OBREGÓN, LIC. CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ** ..... / 243

■ CARTOGRAFÍA CIENTÍFICA Y BIBLIOMÉTRICA DE LAS NULIDADES PROCESALES PENALES  
*Scientific and bibliometric mapping of criminal procedural nullities*  
**DR. RAMÓN YORDANIS ALARCÓN BORGES, ESP. YIPSY PEDREIRA RODRÍGUEZ,**  
**DR. YUNIOR RAMÓN VELÁZQUEZ LABRADA, DR. JORGE MESA VÁZQUEZ** ..... / 264

## ENTORNO

■ EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL  
*The civilly responsible third party in criminal proceeding*  
**LIC. CLAUDIA BLANCO CARRALERO** ..... / 288

■ PREVENCIÓN PERICIAL CRIMINALÍSTICA  
*Criminalistic expert prevention*  
**M.Sc. ELIZABETH GONZÁLEZ ALCOBER, DRA. ZAREZKA MARTÍNEZ REMIGIO,**  
**DR. JOSÉ ÁNGEL POSADA JEANJACQUES** ..... / 308

## SIGLAS, ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

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

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

BOE: *Boletín Oficial del Estado*.

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

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

ONBC: Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

S-TCE: Sentencia del Tribunal Constitucional de España.

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México.

# REFLEXIÓN Y SOCIALIZACIÓN

---

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

# DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA IMAGEN

## *CHALLENGES FOR THE JUDICIAL PROTECTION OF IMAGE RIGHTS*

### ■ LIC. YSMARAY HINOJOZA PÉREZ

Vicepresidenta, Tribunal Provincial Popular de Artemisa, Cuba

<https://orcid.org/0009-0001-4412-2558>

[ismaray@tsp.gob.cu](mailto:ismaray@tsp.gob.cu)

## Resumen

La protección a la imagen cobra una virtualidad esencial para el Derecho constitucional, por su condición de ser un derecho inherente a la personalidad, que constituye relaciones de orden público. Su salvaguarda adquiere particular relevancia en medio del desarrollo digital de hoy. El presente artículo analiza los postulados teóricos esenciales del derecho a la imagen, su regulación comparada y nacional, como vía de aproximación al diseño de bases para la armonización de su tutela en los procesos judiciales. Aunque la regulación de este derecho constituye un notable avance en Cuba, su correcta instrumentación requiere del respeto a la dignidad, en tanto valor transversal del ordenamiento jurídico, y, en función de ella, la articulación de formas congruentes de actuación por todos los actores públicos y privados, pero, en especial, los tribunales de justicia.

**Palabras clave:** Derecho a la imagen; dignidad humana; Constitución; leyes de desarrollo; garantías.

## Abstract

*The protection of the image takes on an essential virtuality for constitutional law, as it is a right inherent to the personality, which constitutes relations of public order. Its safeguarding takes on*

*particular relevance in the midst of today's digital development. This article analyses the essential theoretical postulates of the right to an image, its comparative and national regulation, as a way of approaching the design of bases for the harmonisation of its protection in judicial processes. Although the regulation of this right constitutes a notable advance in Cuba, its correct implementation requires respect for dignity, as a transversal value of the legal system, and, based on this, the articulation of congruent forms of action by all public and private actors, but especially the courts of justice.*

**Keywords:** *Right to the image; human dignity; Constitution; development laws; guarantees.*

## Sumario

I. Introducción; II. Derecho a la imagen: antecedentes y generalidades; III. Tratamiento constitucional, legal y jurisprudencial; 3.1. En Europa; 3.2. En Latinoamérica; 3.3. En Cuba; IV. Bases para uniformar la práctica judicial nacional; V. Conclusiones; VI. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la generalización del uso de las redes sociales facilita que cualquier usuario tenga la posibilidad de exponer información gráfica de índole personal y que eso, al mismo tiempo, pueda sobrellevar a la pérdida de control sobre esta, sin la anuencia de aquel, lo que deviene, a menudo, una lesión a la libertad individual y la capacidad de autodeterminación sobre el flujo de su imagen. Ello se agrava, a juicio de la autora, con la equívoca idea sobre el entorno digital como un espacio exclusivamente público, en el cual el contenido difundido pierde su carácter privado. Tales son los desafíos que enfrenta la preservación del derecho a la imagen, en el escenario mundial, del que no escapa Cuba.

Desde tiempos ancestrales, la imagen de los individuos ha poseído gran relevancia; se le atribuía la capacidad de preservar el espíritu. En la antigua Roma, la imagen constituía la adoración de los ancestros; el *ius imaginis* —como se denominaba— era una cuestión de derecho sagrado, más ligado al Derecho público que al privado. De acuerdo con Amargós Ginesta (2017),

el *ius imaginis* o *imagingum*, era el derecho reconocido a los *no-biles* romanos de mantener en el atrio de sus casas las *«mairoum imagines»* o retratos de sus ancestros, que también eran objeto de exhibición durante los funerales, en los que representaban un importante papel, para la demostración de la continuidad de las virtudes dentro de la familia romana. (p. 904)

Otra faceta destacable en eras pretéritas fue la perpetuación de la imagen de reyes, emperadores y caudillos, mediante pinturas, esculturas y dibujos, para inmortalizar su gloria.

Los más notables argumentos jurídicos sobre el derecho a la imagen surgieron en 1824. Según Rodrigues (2009), «esto se debe a que, con la invención de la fotografía y, posteriormente, la posibilidad de reproducir las copias, permitió la multiplicación de las imágenes de las personas, y, por consiguiente, su exposición de forma más frecuente y ostensible» (p. 22).

Como denominador común, en la dimensión evolutiva de este derecho, el uso de la imagen se asoció al consentimiento de la persona, lo que se ha mantenido, con algunas modificaciones, hasta la contemporaneidad. Hacia finales del siglo xx, las constituciones empezaron a protegerlo de forma ineludible. A la par, el tema era ampliamente tratado por la doctrina y la legislación foránea, de la mano de los matices de novedad que el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) confiere a los conflictos crecientes en torno a aquel.

En Cuba, en cambio, poco se ha ahondado sobre este tópico. El derecho a la imagen se reconoció de forma expresa, por vez primera, en la Constitución de la República (CRC) de 2019 —Artículo 48 [GOR-E (5), p. 80]—, en correspondencia con los textos universales y otros tratados internacionales signados por el país. La Carta Magna, por fortuna, vino a dar respuesta a la necesidad de atemperar la norma fundamental a la realidad social, al requerimiento de ampliar, fortalecer, legitimar y tutelar derechos y garantías ingénitos a las personas.

Hacer valer los nuevos derechos recogidos en la CRC y refrendados con la reforma, entre ellos, el derecho a la imagen, requiere que los ciudadanos conozcan la posibilidad de tutela ante una situación de vulneración y que los jueces tengan la preparación suficiente para enfrentar los asuntos sensibles que, por lo general, se promueven en este asunto. De esa manera, puede proveerse solución para los posibles escenarios

contenciosos y tributar a la seguridad jurídica, y la aspiración máxima de justicia que inspira a todo sistema legal.

El problema científico del presente trabajo gira, entonces, en torno al interrogante de cuáles son los presupuestos teórico-jurídicos que han de guiar al juez en la solución de los conflictos para ofrecer la tutela judicial efectiva al derecho a la imagen.

Puede anticiparse, como hipótesis a validar, que la adecuación de la actuación judicial a los presupuestos normativos, sustantivos y procesales, que resguardan la dignidad humana, permiten ofrecer tutela efectiva al derecho a la imagen.

El objetivo general es argumentar los presupuestos teórico-jurídicos que han de guiar al juez en la solución de los conflictos, para resguardar el derecho a la imagen y proponer las bases que así lo permitan, a tono con el respeto a la dignidad humana.

La investigación emplea, esencialmente, los métodos jurídico-doctrinal, histórico-jurídico y jurídico-comparado, los que permiten enunciar las principales corrientes teóricas sobre el derecho a la imagen y asumir una posición propia, establecer la evolución del reconocimiento positivo de este derecho en el contexto foráneo y nacional, contrastar los referentes normativos y jurisprudenciales, en la búsqueda de semejanzas y diferencias, y, sobre la base de todo ello, proponer pautas para la actuación judicial en Cuba.

## **II. DERECHO A LA IMAGEN: ANTECEDENTES Y GENERALIDADES**

Verda Beamonte (2011) define la imagen, como «el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y [...] permiten identificarla como tal, lo que constituye un bien de la personalidad, que es objeto de una protección constitucional autónoma» (p. 23).

De acuerdo con Ceballos Delgado (2011),

solo se puede hablar de imagen, como objeto de protección jurídica, cuando [se perciben] los rasgos particulares individualizadores de una persona, que posibilitan la representación gráfica visible del aspecto físico externo de su figura. Este derecho no se circunscribe a la fisonomía de una persona, sino que el concep-

to abarca otros aspectos como la voz, un gesto particular, una forma de vestir o actuar, un tic, una acción característica, etc. Se trata de cualquier aspecto exteriorizable de la persona que la haga reconocible ante terceros. (p. 67)

Por ello, la protección comprende tanto la imagen de la persona, sus atributos y características, como el contexto y las circunstancias que habilitan la identificación.

Por su parte, considera Puig Brutau (1983) que el derecho a la imagen es «la reproducción por cualquier medio, ya sea pintura, dibujo, fotografía, grabado, escultura, representación teatral y caricatura de los rasgos físicos de una persona que la hagan fácilmente reconocible» (p. 120), en tanto, conforme a la percepción de Nogueira (2007),

es aquel que protege un ámbito propio de la persona que es necesario para el libre desarrollo de la personalidad para mantener un mínimo de calidad de vida propiamente humana, evitando la captación, reproducción o publicación incondicionada de la imagen de la persona. (s.p.)

Al decir de Álvarez Tabío (2007) —una de las voces autorizadas sobre el tema en Cuba—, «la imagen debe ser entonces visible y reconocible, es decir, el sujeto debe verse y ser reconocido como él mismo» (p. 23). De lo anterior se desprende que la imagen es la figura, la fisonomía de la persona que le confiere características físicas individuales, irrepetibles y únicas, y permiten su diferenciación.

La perspectiva de los distintos estudiosos es coincidente en cuanto a los elementos conceptuales que integran el derecho a la imagen. Al mismo tiempo, convergen en la existencia de una faceta dual de su configuración jurídica: la subjetiva, que permite a la persona decidir la imagen que quiere proyectar ante los demás, sin más restricciones que las razonables, según las circunstancias, y la objetiva, que consiste en la potestad de impedir la captación, reproducción o publicación de su imagen.

Con respecto a estas dos aristas, según la visión de Rodrigues (2009),

el sentido de la propia individualidad crea dos perspectivas en la configuración jurídica de tal derecho: por un lado, una exigencia de circunspección, de reserva, de exclusión, que garantiza la inviolabilidad personal y, por el otro, establece la autonomía

jurídica individual y la autodeterminación del individuo para proyectarse socialmente. (p. 24)

Una postura más amplia —compartida por la autora, en la medida en que se abarca las esferas moral y patrimonial de la persona, a las que trasciende este derecho—, asume Sánchez González (2017, p. 124), quien distingue cinco vertientes del derecho a la imagen: 1. Posibilidad de impedir que se divulgue su propia imagen. 2. Facultad de evitar que la imagen se asocie a valores o conceptos peyorativos. 3. Facultad de impedir su captación no consentida por un tercero. 4. Derecho patrimonial que permite la facultad de controlar el uso comercial o publicitario de su imagen. 5. Facultad del individuo de configurar su aspecto externo, mantenerlo, modificarlo y determinar el modo de presentarse a los demás.

El derecho a la imagen es de carácter personalísimo, innato, vitalicio y extrapatrimonial. Además, es autónomo y no debe confundirse con otros derechos inherentes a la persona, como el honor o la intimidad. Otras características que incardinan su naturaleza jurídica son esgrimidas por Álvarez Tabío (2007), en el sentido de que

el derecho a la imagen, como todos los derechos de la personalidad, es inalienable e irrenunciable, pero queda delimitado en muchos casos por los usos y costumbres sociales que de acuerdo al ámbito y por los actos que realice la persona, mantenga reservada para sí o para su familia. (p. 51)

Ante la visión coetánea de un derecho personalísimo, que cobra renovada virtualidad frente al escenario tecno-digital imperante en la realidad actual, resulta trascendente el conocimiento de su devenir histórico-jurídico, desde la antigüedad hasta el presente. El modo en que fue tutelado en el pasado, el innegable condicionante de su regulación, a partir del desarrollo de la ciencia y las tecnologías, y los desafíos que representa en una era globalizada y monetizada, bajo el imperio de los avances digitales, son algunos tópicos imprescindibles.

En el Derecho romano, de consuno con la *actio legis Aquiliae*, establecida para la indemnización de daños extracontractuales de carácter patrimonial, la preservación de la personalidad se garantizaba por medio de la *actio iniuriarum* (Castán Tobeñas, 1978, p. 185). La *iniuria* era apreciada como un comportamiento contra el Derecho y cimiento de la *actio* consecuente. Como forma de delito, significaba un ilícito

atentatorio contra las costumbres romanas que lesionaban la esfera física o moral a una persona.

Al unísono de esta preservación del daño moral, con origen en los ataques a la persona, los romanos otorgaban prioridad al tratamiento de la imagen mediante el denominado *ius imaginis*, considerado como

un privilegio, más que derecho, de determinados magistrados, a los que, así, se les permitía situar en el atrium de sus domicilios y exponer en determinadas ceremonias (cortejos fúnebres y victorias de la familia) los retratos, bustos, y estatuas de los antepasados. (Castán Tobeñas, 1978, p. 185)

Si bien el derecho romano fue la antesala para la concepción de la imagen en la sociedad patricia de aquella época, la verdadera preocupación por la existencia de determinados bienes fundados en la persona y, por tanto, la «conveniencia de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos» (Castán Tobeñas, 1978, p. 192) se experimentó a partir del Renacimiento, marco histórico en el que tuvieron lugar las primeras discusiones sobre el *ius imaginis*, entendido como derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, en el que se fundamenta la facultad de decidir sobre su reflejo, un derecho que corresponde a todo hombre, por la ley de la naturaleza.

Para enmarcar el estudio de la evolución en la protección jurídico-civil de los bienes de la personalidad, se hace necesario centrar el análisis en el momento en el que tiene lugar su exaltación, toda vez que, a partir de este, su definición se lleva a cabo teniendo en cuenta los dos parámetros imprescindibles para comprender su actual configuración como derecho de la persona: la secularización del Derecho natural y la individualización del derecho estamental (Rogel Vide, 2008).

Otros hitos, sin duda, marcaron las revolucionarias declaraciones de derechos del siglo XVIII en Europa —esencialmente, la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano—, las que se convirtieron en un punto de partida para el reconocimiento ulterior de los derechos inherentes a la condición del hombre y facilitaron la evolución hacia los derechos humanos constitucionalizados y afirmados en su carácter de derechos fundamentales.

La aparición de la fotografía a principios el siglo XIX constituye el momento histórico del surgimiento de un conjunto de leyes cuyo propósito

fue el de brindar una respuesta jurídica conveniente al uso inescrupuloso de la imagen que tal invención permitía. De acuerdo con Rodrigues (2009), antes de la invención de la fotografía

no se planteaba una estricta discusión jurídica de la protección de la imagen humana, en la medida en que la imagen de una persona era representada, normalmente, con el consentimiento del titular, pues para que se hicieran cuadros, bustos, escultura [sic], dibujos u otros procedimientos de representación de las imágenes, el retratado necesaria y usualmente debería posar para el pintor, dibujante o escultor. (p. 22)

Destacan en Europa varios fallos judiciales que conformaron, a la sazón, el precedente de las legislaciones positivas posteriores en materia de protección de la imagen. Entre ellos, merecen mención los del Tribunal Civil del Sena, de 11 de abril de 1855 y 16 de junio de 1858, en los que, respectivamente, se prohibieron la exposición pública de un retrato sin el consentimiento de la persona retratada, y la reproducción y publicación del momento de la muerte de una persona, sin su previa autorización. Fue aun más loable la ley alemana de 8 de enero de 1907, relativa al derecho de autor en obras artísticas y fotografías, surgida a partir de la repercusión social que tuvo la publicación de una fotografía del cadáver de Otto Von Bismarck, sin el consentimiento de sus familiares. Tras la muerte de Bismarck —una de las más reconocidas personalidades del siglo XIX en Alemania—, los fotógrafos Max Priester y Willy Wilce sobornaron a un guardia forestal, quien les abrió la habitación donde yacía el féretro de aquel para que tomaran la fotografía. La familia del difunto los acusó y, tras largos juicios, los tres partícipes en la afrenta fueron condenados a prisión (Ferreiro, 2020, s.p.).

En los umbrales del siglo XX, el derecho a la imagen era considerado como un derecho de la personalidad, producto del influjo de la doctrina alemana. A ello, se unió la configuración anglosajona del *right to privacy*, que lo comprendía como una de las tantas expresiones de la vida privada, una respuesta doctrinal al «tratamiento que prodigaba el Derecho estadounidense a las intromisiones de la prensa en la vida privada de las personas» (Maza, 2007, p. 189).

En sentido general, hasta este momento histórico, tanto la legislación como la jurisprudencia mayoritaria, habían considerado

el concepto de imagen, en la dimensión de reproducción, copia o representación bidimensional por fotografía, pintura, ilustración,

representación cinematográfica en el cine, video y/o televisión y, a lo sumo, en tres dimensiones como puede ser una escultura o, incluso, una holografía. Al margen de ello, también hay otro sector que incide en su aspecto patrimonial, que, sin duda, en los tiempos que corren es relevante. (Vendrell, 2014, p. 25)

Es criterio de la autora que, en la configuración de este derecho, son decisivas la esfera personal y la patrimonial, pero, en esencia, se trata de un derecho vinculado a la dignidad, al dominio moral del individuo, comprendido en la autonomía de la figura externa.

### III. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

De acuerdo con González Hernández (2021), es «a finales del siglo xx que las constituciones empiezan a admitir este derecho [...]» (p. 90). Antes de ese período, eran pocos los textos fundamentales que lo reconocían, menos aun como manifestación de la personalidad. Existen ejemplos positivos, como las cartas magnas de Alemania, Portugal, España, Brasil, Perú y Bolivia, que refrendan de manera específica tal protección.

A pesar de las distintas realidades históricas-políticas presentes en esos países, el derecho a la imagen es reconocido en sus textos constitucionales con innegables puntos de contacto, también apreciables en las normas de desarrollo, como se ilustrará a continuación.

#### 3.1. EN EUROPA

##### —Alemania

La Ley fundamental para la República Federal de Alemania (2022, s.p.), también conocida como Ley fundamental de Bonn, enaltece la dignidad humana como un valor sagrado y erige su respeto como un deber de las autoridades estatales, sin ninguna excepción (Artículo 1.1), criterio que asume un carácter orientador para todo el orden constitucional. Este valor inalienable se protege por la garantía de la eternidad —contemplada en el Artículo 79.3 del propio texto y conocida así por no admitir modificaciones, ni siquiera mediante reforma constitucional—, la cual busca asegurar de manera permanente los principios, derechos y valores que se consideran sagrados.

Tales previsiones reafirman la importancia concedida por el constituyente alemán a la dignidad humana. En consonancia con este valor intangible, el Artículo 2 del texto enaltece la libertad de la persona y prioriza el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre que no viole otros derechos, el orden constitucional o la ley moral.

La jurisprudencia alemana es una de las más avezadas en la solución de conflictos en torno al derecho a la imagen. Ilustra la afirmación anterior la sentencia recaída en un recurso de amparo instado por la posibilidad de valorar una grabación privada, tomada secretamente en una investigación llevada a cabo en contra del quejoso, por sospecha de defraudación de impuestos, fraude y falsificación de documentos.

En la Sentencia de la Segunda Sala, de 31 de enero de 1973, el Tribunal Constitucional Federal falló a favor del reclamante y protegió su derecho a la imagen y la voz, con sustento en los argumentos siguientes:

[...] La ley fundamental garantiza al ciudadano un ámbito inviolable en la conformación de su vida privada, que ha sido sustraído de la injerencia del poder público. El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental, la esfera de la imagen y la voz del individuo, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de que gozan los ciudadanos por virtud del Artículo 2, párrafo 1 de la ley fundamental. Para determinar su contenido y extensión, se debe tener en cuenta que de conformidad con la norma fundamental del Artículo 1, párrafo 1 de la ley fundamental, la dignidad del ser humano es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales. [...] Ni siquiera el interés general puede justificar la intervención en el ámbito de configuración de la vida privada, y que se encuentra protegido en forma absoluta [...]. Toda persona puede determinar, en principio, en forma autónoma e independiente, si alguien puede grabar su voz y, en dado caso, si ésta puede ser reproducida y ante quién. Como en el presente caso no se trata de una intervención del poder público en el ámbito inviolable, protegido en forma absoluta, de sus derechos de personalidad, sería admisible exhibir la grabación cuando ello pudiera justificarse con base en un interés preponderante de la colectividad. pero éste no es el caso [...]. (Schawabe, 2009, p. 60)

Si bien en Alemania no se regula el derecho a la imagen de manera expresa en el texto constitucional, la formulación de la dignidad, como

se ha visto, es suficiente para dar tutela a violaciones en la esfera de la imagen personal. A ello se suma la existencia, en la nación germana, de la Ley sobre derechos de autor en obras artísticas y fotografía (2001, p. 1), que no entra en contradicción con la Constitución, en tanto en su Artículo 22 establece que

las imágenes solo pueden distribuirse o mostrarse públicamente con el consentimiento de la persona representada. En los casos de duda el consentimiento se considera otorgado si la persona representada es remunerada por ser fotografiada. Durante un período de diez años a partir del fallecimiento de la persona representada, sigue siendo necesario el consentimiento de sus familiares. (s.p.)

El ámbito de protección a la imagen trasciende, además, a la esfera penal. Si un fotógrafo viola ese derecho, deberá ser castigado con multa o prisión. Aquellos que tomen imágenes no autorizadas de personas en sus hogares pueden recibir una pena hasta de un año de prisión, por invasión a la privacidad, de acuerdo con el Artículo 201 del Código penal alemán (2013, p. 76).

En opinión de la autora, el derecho a la imagen goza en la nación germana del estatus de un derecho fundamental, aunque no esté explícitamente refrendado en la ley fundamental, pues cuenta con todas las garantías constitucionales propias de su importancia y un sólido mecanismo de protección mediante las leyes y la interpretación jurisprudencial, avalados por años de solución de conflictos de esta naturaleza.

#### —Portugal

El Artículo 26.1 de la Constitución de Portugal de 1976 (2005, p. 7) establece que todos tienen el derecho a la identidad personal, el desarrollo de su personalidad, la capacidad civil, la ciudadanía, el buen nombre y la reputación, la imagen, la expresión, la protección de la privacidad de su vida personal y familiar, y la protección legal contra cualquier forma de discriminación.

La concepción portuguesa discurre sobre la imagen de una persona singular. En palabras de Arzumendi (1989):

Para ser protegida por el derecho constitucional portugués, la imagen humana debe ser individual, visible y reconocible, entendidos estos criterios como su realidad jurídica. Puesto que

el derecho sólo actúa, si la representación visible de una figura humana puede atribuirse a un sujeto concreto. (p. 29)

La imagen tutelada por el Derecho constitucional lusitano es, entonces, aquella representación gráfica y perceptible del aspecto físico externo del individuo. Esta interpretación fue sentada, también, por la jurisprudencia. Un inspector de transporte de pasajeros no tenía una buena imagen, poseía bigote permanente y barba; con ello, infringía el Reglamento de transporte automotor, que imponía al personal que trabajaba vinculado a ese servicio público, la obligación de estar debidamente uniformado y afeitado, bajo pena pecuniaria. En la audiencia, se demostró que a este le resultaba doloroso cortarse la barba a diario, ya que su piel era muy sensible y sangraba cuando se rasuraba, lo que originó el sometimiento a control de constitucionalidad del precepto reglamentario que regulaba tal deber, por estimarse que vulneraba el derecho a la imagen.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia No. 6/84, recaída en el proceso 42/83 se pronunció de forma categórica, en el sentido de que

parece fuera de toda duda que el delito que se le imputa al acusado no puede encontrar protección alguna al derecho a la imagen consagrado en el párrafo 1 del Artículo 26 de la Constitución de la República. [...] Basta una lectura del Artículo 79 del Código civil para concluir que la protección jurídica de la imagen no tiene que ver con la apariencia de la persona y la imagen que de ella se tiene, sino y sólo con la imagen en el sentido de retrato, ya sea en pintura, simple dibujo, fotografía, diapositiva o película que impida su exhibición o comercialización, sin autorización de la persona retratada, [...] el Artículo 79 del Código civil tiene por objeto proteger a la persona contra el uso abusivo de su imagen, y no conceder a la persona un derecho, muy distinto del que tiene, a determinar su propia apariencia exterior, que es sin lugar a dudas un derecho de acogida, pero que no puede estar exento de limitaciones, es decir, aquellas que tienen por finalidad proteger los derechos de los demás, impidiendo su ofensa. (2009, s.p.)

El judicial concluyó que el artículo del reglamento revisado no padecía de inconstitucionalidad, por no vulnerar ningún derecho de la personalidad:

Por tanto, la norma jurídica que el juez se niega a aplicar no puede considerarse inconstitucional. No importa si la barba tenía un día o más. Esta cuestión de hecho, que necesariamente escapa a la apreciación de este tribunal, sólo correspondía al juez valorar para verificar si la presentación del imputado no justificaba una condena por una infracción a esa norma legal, [...] esto deja muy claro que no viola ninguna disposición constitucional, ya que no impone a las personas amparadas por él la prohibición de llevar barba o bigote, sino que sólo les obliga a presentarse a su servicio, que está en contacto con el público, debidamente uniformado y afeitado, y ello no ofende el derecho de la persona a determinar su propia apariencia externa. (2009, s.p.)

Como deja entrever el caso anterior, un acierto portugués es el de regular la preservación del derecho a la imagen, no solo en su texto constitucional, sino además en el Código civil (2015, s.p.) El Artículo 79, primer párrafo, señala que «el retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o comercializado sin el consentimiento de la misma [sic]».

El segundo párrafo del propio precepto insta los supuestos en que no es necesario el consentimiento del sujeto: por notoriedad, en razón del cargo, exigencias de seguridad o de justicia, lugar público o finalidad científica, didáctica o cultural, mientras que el párrafo tercero prohíbe la reproducción, exposición o comercialización de la imagen ajena, si de tales actos resulta perjuicio para el honor, la reputación o el decoro de su titular.

A consideración de la autora, es asertiva la regulación jurídica del derecho a la imagen en Portugal, que aventaja a la alemana, al formular aquel, expresamente, en el texto constitucional, con lo cual transversaliza a la ley sustantiva civil. Con ello, dota al ordenamiento jurídico de normas coherentes con la Carta Magna, que posibiliten la solución de los conflictos que se susciten sobre este derecho. La vasta jurisprudencia producida por el Tribunal Constitucional y el control de constitucionalidad que se realiza refuerzan la posibilidad de tutela a los derechos inherentes al ser humano, entre ellos, el referido a la imagen.

—España

En el período preconstitucional español, las cuestiones relacionadas con los derechos a la personalidad se resolvían mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, en el ámbito penal, y, también,

por la vía de la responsabilidad por daños, derivada de la culpa o negligencia, a la luz del Artículo 1902 del Código civil [BOE, (206), 2023, s.p.]. Por fortuna, la Constitución de 1978 cambió radicalmente este panorama, al recoger, en su Artículo 18.1, los derechos inherentes a la personalidad, el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, como derechos fundamentales [BOE, (311), 1978, s.p.]. La jurisprudencia constitucional española asume una visión interpretativa integradora sobre la formulación constitucional de este derecho. La Sentencia No. 21, de 15 de febrero de 2021, afirma:

En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen proclamado en el Art. 18.1 CE se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde. (BOE, (69), 2021, s.p.)

Con el objetivo de evitar la colisión entre el ejercicio de la libertad de expresión de las personas y el derecho al honor, se dictó la Ley No. 62, de 26 de diciembre de 1978, «De protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona» [BOE, (3), 1979, pp. 76-78]. Esta norma tuvo su origen en los llamados Pactos de la Moncloa de octubre de 1977, que anunciaban un proceso judicial rápido, con plazos breves y estrictos, para la protección de algunos derechos fundamentales, como la libertad de expresión, reunión y asociación política. Pronto se advirtió que era necesaria su ampliación con relación a los derechos inherentes a la personalidad y se añadieron a la regulación el honor, la intimidad y la imagen, en virtud del Real Decreto No. 342, de 20 de febrero de 1979 (BOE, (50), 1979, s.p.). Esta Ley estuvo vigente hasta el 8 de enero de 2001.

A *posteriori*, fueron dictadas otras leyes de salvaguarda a la imagen para complementar el sistema de garantías esbozado en la Constitución de 1978. Entre las más relevantes, se encuentra la Ley orgánica No. 1, de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la

intimidación personal y familiar y a la propia imagen [BOE, (115), 1982, pp. 12546-12548], luego modificada por la Ley orgánica No. 3, de 29 de mayo de 1985 [BOE, (129), 1985, pp. 16113-16114].

La mirada española, desde la Constitución y las demás normas de desarrollo, considera que el derecho a la imagen es autónomo e independiente de los derechos al honor y a la intimidad, sin negar su estrecha relación, pero con acento en sus diferentes alcances. En ello, la autora coincide con Rovira Sueiro (2000), en que «el derecho a la imagen es un derecho autónomo, identificable y separable del derecho al honor y a la vida privada» (p. 22).

Al respecto se ha pronunciado, acertadamente, el Tribunal Constitucional:

Lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma [sic] que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y [el] conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. [S-TCE, (231), 1988, s.p.]

Sin duda, en materia de protección del derecho a la imagen, España es uno de los países más avanzados de Europa. Además de explicarlo en el texto constitucional y recogerlo en el Código civil, ha proclamado su autonomía y ha promulgado leyes especiales solo para sustentar su sistema de garantías, las que ha actualizado, modificado e interpretado en correspondencia con las complejidades que entrañan los conflictos relacionados con la imagen hoy en día.

Más allá de la regulación de este derecho, en la realidad española, el desafío estriba en la correcta definición de sus límites, frente a otros derechos de similar trascendencia, que suelen colisionar con él de forma

frecuente. En tal caso, prima el criterio indiscutible de que, aunque el derecho a la imagen no constituye una novedad para el tratamiento doctrinal y legislativo foráneo, «es uno de los derechos menos nítidos y, por consiguiente, más difíciles de delimitar» (Pardo, 1992, p. 166).

El complejo entramado de casos que se someten al escrutinio judicial sirve de sustento a la aproximación anterior. Entre ellos, destaca la decisión del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia de 24 de febrero de 2020 (*Legal Today*, s.p.), que afirmó la plena eficacia de la jurisprudencia constitucional, dictada para el amparo de vulneraciones producidas durante la ya extinta era analógica, en los casos en que las intromisiones en los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, vienen dadas por la utilización de las TIC, propias de la actual era digital. El demandante, un particular anónimo, víctima de un trágico suceso, vio cómo un periódico publicó una noticia empleando una fotografía suya, tomada de su perfil de Facebook, sin su consentimiento, y formuló la demanda por vulneración del derecho a la imagen. La discusión radicó en si el hecho de haber «subido» o «colgado» la fotografía en la red social permitía al periódico utilizarla sin su consentimiento expreso. La demanda fue acogida por los jueces de instancia y la decisión de estos se ratificó por el Tribunal Supremo español. Ello originó que el periódico recurriera en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Este último desestimó el recurso de amparo y preservó el derecho a la imagen de la persona. Su argumento fue excepcional, a juicio de la autora. Para el caso de las fotografías «subidas» a la red social, dice:

el consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de una imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión [...]. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada. (*Legal Today*, s.p.)

## 3.2. EN LATINOAMÉRICA

### —Brasil

La Constitución política de la República Federativa de 1988, reformada en 2021 (2024, s.p.) regula la protección del derecho a la imagen en el título II, «De los deberes individuales y colectivos». De acuerdo con el

Artículo 5.10, en caso de agravio, se tiene la garantía de réplica, que permite pedir la indemnización por daño a la imagen. Así, el texto supremo refrenda la inviolabilidad de esta y asegura la indemnización por el daño, material o moral, derivado de su violación. También, se protege la participación individual en obras colectivas y la reproducción de la imagen y la voz humana.

Según Borges (1993),

desde la perspectiva de la génesis del proyecto, la idea que prevaleció en la Asamblea Nacional Constituyente de 1987 de Brasil definió la imagen como la representación gráfica sensible y visible del aspecto físico externo de la figura humana de una persona. (p. 123)

Ello encontró respaldo en las leyes que, en lo sucesivo, normaron las garantías de este derecho. En opinión de la autora, la norma de desarrollo más notable de este país, en cuanto a la protección jurídica de la imagen, es el Código civil de 2002 (2010, s.p.). El Capítulo II de esta ley versa sobre los derechos de la personalidad. El Artículo 11 regula su intransmisibilidad e irrenunciabilidad y el precepto siguiente concede a la persona la potestad de exigir el cese de la amenaza o lesión a estos derechos, y la compensación por daños o pérdidas, sin perjuicio de otras sanciones legalmente previstas.

El Artículo 20 formula, acertadamente, la tutela del derecho en comento, al establecer que, salvo por autorización legal, necesidad de la administración de justicia o de mantención del orden público, se prohíbe la transmisión de palabra, publicación o exposición de la imagen de una persona, sin su consentimiento. De ser ello contravenido, se contempla la indemnización material y moral.

La labor interpretativa e integradora del Tribunal Supremo Federal ha sido fundamental en la solución de planteamientos de inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la imagen. Un caso controversial aconteció en 1958: La víctima de un crimen de gran repercusión fue arrojada desde un edificio, luego de un intento de violación. En 2004, un programa de TV Globo realizó una reconstrucción del caso. Los familiares de la víctima presentaron una demanda para pedir una reparación pecuniaria por los daños morales y materiales causados por el programa. El tribunal de justicia rechazó el reclamo y los familiares presentaron recurso extraordinario ante el Tribunal Supremo Federal. Argumentaron que la reconstrucción de los hechos había sido realizada

sin su autorización e invocaron el derecho al olvido de la tragedia familiar que habían vivido; además, sustentaron su pretensión en la garantía de la dignidad de la persona, en la inviolabilidad de la personalidad y en los derechos a la imagen, el honor, la vida privada y la intimidad. A pesar de invocarse por los demandantes varios derechos, a juicio de la autora, la controversia traía al ruedo la colisión de derechos trascendentes: el derecho a la información y a la libertad de expresión, *versus* el derecho a la imagen.

El desenlace fue desafortunado. El Pleno del Tribunal, por mayoría de siete votos contra tres, desestimó el recurso extraordinario. El ministro relator del recurso votó por rechazar el pedido,

sostuvo que la veracidad de la información y la licitud con que fue obtenida eran elementos relevantes a la hora de analizar la legalidad de su uso [...]. Además, entendió que no se había violado el derecho a la personalidad, ya que no había habido una revelación deshonrosa de la imagen o el nombre de la víctima o su familia. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021, s.p.)

Fue esta la opinión que, en esencia, compartieron otros tres ministros. El argumento sostenido por uno de los que votó a favor de desestimar parcialmente el recurso, es más atinado, pues reconoció el derecho a una reparación por daño moral a los familiares, sobre la base de que,

frente a un conflicto entre normas constitucionales de la misma jerarquía, como en el caso, era necesario examinar cuál debía prevalecer de acuerdo con el derecho de respuesta e indemnización, sin perjuicio de emplear otros instrumentos, que pudieran ser aprobados por el Legislativo. (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021, s.p.)

A lo dicho por los ministros afiliados a este razonamiento, solo se agregaría que las fotografías y el material fílmico en que aparecía la víctima, fueron mostrados por el programa televisivo, sin el consentimiento de su familia. Ello como ya ha quedado establecido, constituye una violación en toda regla del derecho a la imagen y bien podía ser reparado con la compensación solicitada por los familiares.

—Perú

La Constitución de Perú de 1993 (2018, p. 1), en su Artículo 2.4, tutela «las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier

medio de comunicación social [...]». De esta manera se regula el derecho a la imagen y a la voz de la persona, ninguna de las cuales puede ser utilizada sin autorización expresa del titular.

Una muestra interesante del proceder de la jurisprudencia constitucional peruana lo supone la solución ventilada por el Tribunal Constitucional en 2003, al recurso extraordinario interpuesto por una ciudadana, contra la sentencia de la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia, que declaró infundada la acción de amparo interpuesta por ella, contra una empresa de cobranzas, con el objeto de que esta cesara los actos perturbadores que atentaban contra sus derechos al honor, la buena reputación, la intimidad personal y familiar, y la imagen. Alegó que trabajadores de esta empresa colocaron en la puerta de ingreso, y en las inmediaciones del edificio donde vivía, un aviso denominado «notificación prejudicial», conminándola a pagar una deuda por la compra de unos artefactos. La empresa contestó la demanda y sostuvo que las afirmaciones de la demandante eran falsas, pues en ningún momento la ofendió en forma pública o privada.

El Tribunal Constitucional constató que, en el aludido aviso, figuraba una foto de la demandante, se mencionaba su identidad y domicilio, y contenía frases agraviantes tales como «morosa», «estafadora», las que se emplearon con la finalidad, también mencionada en el aviso, de que esta pagara la «deuda por el artefacto que compró al crédito en las tiendas Carsa». De forma coherente, se declaró fundada la acción de amparo a favor de la promovente. Entre los fundamentos que valoraron los jueces para arribar a este fallo, destacaron que

asimismo, también forma parte del mencionado inciso el derecho a la imagen, que protege, básicamente, la imagen del ser humano, ínsita en la dignidad de la que se encuentra investido, garantizando el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre; cualidades definitorias, inherentes e irreductibles de toda persona [...]. (2004, p. 2)

Como en el caso de Brasil, en Perú, el Código civil de 1984 (2024, s.p.) reguló el derecho a la imagen. Aunque esta disposición fue anterior a la Constitución, dotó de protección al derecho en cuestión, ya que, en la sección primera, del libro primero, título II, sobre «Los derechos de las personas», incluyó los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y el honor y los demás inherentes a la persona, formulación que

comprende el derecho a la imagen. Sobre ellos, el texto legal declara la irrenunciabilidad y la imposibilidad de que sean objeto de cesión.

De forma expresa, el Artículo 15 de esta norma previó el derecho a la imagen y la voz, al tiempo que resaltó que estas no pueden ser aprovechadas sin la autorización expresa de la persona o, en caso de fallecimiento, de su cónyuge, ascendientes y descendientes, de forma excluyente y en ese orden. Además, el precepto estableció que no se requiere tal asentimiento, cuando la utilización de la imagen y voz se justifique por la notoriedad de la persona, el cargo que desempeña, por hechos de importancia o de interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural, siempre que se relacionan con hechos, o ceremonias de interés general.

—*Bolivia*

El Artículo 21.2.A de la Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 (2024, s.p.), reconoce el derecho a la privacidad, la intimidad, la honra, el honor, la propia imagen y dignidad, mientras que el 22 reafirma el valor de esta última y le confiere un carácter inviolable, lo que supone un acierto superlativo, en el modo de formular los derechos de la personalidad.

De forma conveniente, el texto fundamental boliviano explica el derecho a la imagen, también regulado en el Código civil de ese país (2024, p. 3), cuyo Artículo 16 proscribela lesión a la imagen personal mediante su comercio, publicación, exhibición o exposición. Se protege, así, la reputación o el decoro de la persona y se confiere a esta —o, en su defecto, al cónyuge, los ascendientes o descendientes— la posibilidad de exigir judicialmente el cese del hecho lesivo, salvo en los casos justificados por la ley.

A semejanza de lo que acontece en Perú, la imagen se encuentra en estrecha vinculación con la respetabilidad personal, pero, en este caso, a diferencia de aquel, no se le vinculó de forma directa al honor. En opinión de la autora, esta solución es más apropiada, si se toma en cuenta que se trata de derechos distintos y autónomos, que pueden hacerse valer de forma independiente.

El propio Código civil refrenda la voz como parte del objeto de protección del derecho a la imagen; a la vez, resalta la inviolabilidad de los derechos de la personalidad y la posibilidad del perjudicado de demandar el cese del perjuicio y el resarcimiento por el daño material o moral

causado, particulares estos establecidos, como un sistema de garantías, en el Artículo 23 de la referida ley (2024, p. 4).

Verda (2006) sostiene que «el Código boliviano dedica, así, al derecho a la imagen un solo precepto, el Artículo 16, aunque al mismo [sic] son también aplicables los artículos 21 a 23, que contienen reglas generales sobre los derechos de la personalidad» (p. 179). El propio autor considera que

el Artículo 16 del Código civil no establece una protección autónoma del derecho a la propia imagen, sino [...] en relación con la tutela del derecho al honor, olvidando que la reproducción gráfica de la figura de la persona sin el consentimiento de ésta es, en sí misma, una vulneración de un bien de la personalidad, aunque no lesione «su reputación o decoro». (p. 180)

Sobre el Artículo 21, este autor afirma que

los derechos de la personalidad son inherentes al ser humano y se hallan fuera del comercio. En tanto derecho de la personalidad, el derecho a la imagen entronca con la propia dignidad de la persona; en consecuencia, es inherente a ella. (p. 190)

El Código penal boliviano (Decreto Ley No. 10426) tipifica los delitos de calumnia e injuria en los artículos 283 y 287, respectivamente (2003, p. 48). El segundo párrafo de este último precepto prevé la comisión delictuosa mediante la impresión y la divulgación, y dispone la sanción de multa. Por su parte, el Artículo 301, consistente en la violación de secretos en la correspondencia no destinada a la publicidad, norma la punición para el que grabe las palabras de otro, no dirigidas al público y que le puedan ocasionar un perjuicio, sin su consentimiento. En el mismo sentido, se preserva el derecho a la imagen en la formulación legal de los Artículos 323 (p. 53) y 362 (p. 60), en relación con los delitos de pornografía y delitos contra la propiedad intelectual, por su orden.

La jurisprudencia boliviana también ha ofrecido protección al derecho a la imagen. Sobresale, entre los casos revisados en este estudio, el que originó la Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional 0819/2015-S.

La accionante fue filmada, sin su consentimiento, por alguien con quien había iniciado una relación romántica, mientras tenían intimidad. Cuando la fémina decidió terminar el enlace, el demandado le dio a conocer la

existencia de la filmación y comenzó a extorsionarla para que le diera dinero y accediera a tener acceso carnal con él, bajo la presión de publicar las imágenes en los medios de comunicación. La afectada estableció la querrela penal ante el fiscal por los delitos de amenazas y extorsión. No obstante, el demandado publicó una fracción de la filmación a través de un sitio web, desde el cual fue transmitida en otras páginas. Por estos hechos, el fiscal le imputó los delitos de violencia familiar y doméstica, y extorsión. Aunque el demandado después trató de gestionar el retiro de la filmación de las redes sociales, esta había sido tan difundida que le fue imposible.

La accionante acudió ante el Tribunal Constitucional para solicitar la tutela de sus derechos a la privacidad e intimidad, la honra y el honor, la propia imagen, dignidad y autodeterminación informática, y, en consecuencia, instó a que se ordenara al demandado a que, por su propia cuenta y costo, eliminara todas las publicaciones que hizo, o a que se prohibiera la divulgación del video por terceros.

Resulta eminente, entre los pronunciamientos que realizó el Tribunal Constitucional, el rol trascendente que le concedió a la fiscalía en la protección del derecho a la imagen:

Así, las particularidades del caso concreto develaron una omisión por parte del Estado, a través del Ministerio Público, y es que la Fiscalía General del Estado es la institución que no solo debe ejercer la acción penal pública, sino que, entre otras cosas, debe velar por los derechos de las víctimas evitando que lesiones constantes y repetitivas, como ocurrió en el presente caso, vayan en desmedro de la integridad de las mismas [sic]. (2015, s.p.)

Finalmente, el tribunal denegó la tutela solicitada con respecto al demandado, pero la concedió, en cuanto al fiscal general del Estado y al fiscal de materia, autoridades a las que ordenó que adoptaran las medidas de protección pertinentes para la fémina, en el proceso penal iniciado por ella contra el comisor, en el ejercicio de las facultades que les estaban encargadas y en defensa del interés general de la sociedad. En opinión de la autora, el mayor aporte del fallo fue la exhortación al fiscal general del Estado a la gestión y coordinación de las medidas necesarias para la implementación de programas de protección a las víctimas de hechos cometidos mediante plataformas virtuales, con las instancias gubernamentales pertinentes.

Bolivia cuenta con un amplio sistema de protección legal ante la vulneración del derecho a la imagen. Su enunciación en la Carta Magna, encontró soporte afín en las leyes sustantivas civil y penal, lo que se complementa con el proceder de la jurisprudencia constitucional en el conocimiento y la solución de los asuntos de esta naturaleza, sometidos a su arbitrio y control. Por ello, este país constituye un ejemplo a tener en cuenta en los países de la región latinoamericana.

### 3.3. EN CUBA

Sería presuntuoso aspirar a que las constituciones mambisas —debido al momento y las circunstancias históricas de su aprobación— hubieran establecido formulaciones expresas referentes al derecho a la imagen. La Constitución de Guáimaro instituyó que la Cámara no podía atacar el derecho inalienable del pueblo, lo que podría interpretarse en estrecha relación con los derechos de la persona; la de La Yaya, por su parte, reguló la inviolabilidad de la correspondencia (Pichardo, 1969, pp. 386-391).

Igual suerte corrió la Constitución Provisional de Wood, que se limitó a establecer regulaciones para garantizar los negocios, las propiedades e inmuebles y los efectos de los ciudadanos contra todo registro. Posteriormente, la Carta Magna de 1901 estableció la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio (Pichardo, 1969, pp. 386-391).

La Constitución de 1940 (Torres-Cuevas y Suárez Suárez, 2018, pp. 453-764) refrendó los derechos fundamentales, entre ellos, la inviolabilidad del secreto de la correspondencia, los documentos privados, las comunicaciones telegráficas, telefónicas y cablegráficas, y el domicilio, no así el derecho a la imagen. No obstante, el disfrute de todos ellos fue sepultado por la situación política de la época, especialmente, a partir del golpe de Estado de 1952.

La ley fundamental de 1959 (Torres-Cuevas y Suárez Suárez, 2018, pp. 901-932) tuvo como «trascendental aportación», en el decir de Vega (1988), «la restauración de la Constitución de 1940, con las modificaciones que las circunstancias exigían» (p. 72). El texto dio vida nuevamente a los derechos fundamentales, en especial, los individuales, entre los que se vislumbran expresiones de aquellos inherentes a la personalidad en el ámbito moral, pero no regularizó el derecho a la imagen de manera expresa. Tal omisión se mantuvo en la CRC de 1976 (Torres-Cuevas y Suárez Suárez, 2018, pp. 933-950), a pesar de haber

sido prolija en la regulación de un amplio conjunto de derechos, deberes y garantías fundamentales, lo que, a juicio de la autora, encuentra explicación en el hecho de que, en el momento de su promulgación, no existían las transformaciones tecnológicas que hoy imperan en la sociedad.

Ello cambia con la CRC de 2019 [GOR-E (5), pp. 69-116], cuyo Artículo 40 enaltece la dignidad, como valor supremo del orden constitucional, que comulga con todo el sistema de derechos y garantías proclamado en dicho texto (p. 79), en consonancia con el Artículo 1, que proclama a Cuba como un Estado socialista de derecho y justicia social, sustentado en el paradigma de la dignidad (p. 71). Por consiguiente, esta se erige como la mayor y más efectiva caución a invocar, para avalar el ejercicio de los derechos de las personas, incluido el de la imagen, previsto en el Artículo 48, de consuno con los derechos a la intimidad, el honor y la identidad personal (p. 80).

La tutela de los derechos inherentes a la personalidad no queda explicada solo en el texto constitucional, sino también en las principales leyes procesales y sustantivas de reciente promulgación, como se ilustrará enseguida.

La Ley de los tribunales de justicia (LTJ) [GOR-O (137), 2021, pp. 3929-3975], en correspondencia con la CRC, instituye la misión de impartir justicia, con racionalidad, transparencia, respeto a las garantías de las partes y demás intervinientes en los procesos judiciales, sentido de lo justo, calidad, profesionalidad, ética y humanismo, entre otros atributos y valores consustanciales al servicio judicial, que pautan la solución de todo tipo de asuntos. Esta disposición diseña un modelo de actuación judicial que defiende la supremacía constitucional, refuerza la tutela jurídica de los derechos e impone al juez el deber de velar por el respeto de los valores y principios constitucionales. En ello estriba una de sus mayores novedades.

Entre los principios que el Artículo 13.1 (pp. 3931-3933) instituye para cristalizar la función judicial, destacan, en opinión de la autora, los que propenden a garantizar efectivamente la solución de los conflictos vinculados a la vulneración de la imagen personal. La supremacía constitucional, entendida como el mandato de aplicación directa de la ley fundamental, para interpretar e integrar las leyes, y la inobservancia por los jueces de las disposiciones, normas o actos que se le contrapongan, son esenciales, de la mano de la proactividad de los juzgadores, en pos

de garantizar el debido proceso y determinar soluciones justas, legales y efectivas. El carácter vinculante de tales decisiones asegura su cumplimiento real y obligatorio para toda persona natural o jurídica.

Otra salvaguarda al derecho a la imagen, desde esta ley, resulta el hecho de que, entre los objetivos de la actividad de los tribunales cubanos, se recojan el cumplimiento de la CRC, el amparo de los derechos e intereses legítimos de las personas y la gestión de la solución armoniosa y consensuada de los conflictos —Artículo 14 (p. 3933).

A tono con este último objetivo, deviene sustancial la posibilidad que concede el Artículo 7 (p. 3930), al validar el empleo de los métodos alternativos y las fórmulas conciliatorias para dirimir los conflictos, en dependencia de su naturaleza, en correspondencia con la CRC y las normas aplicables. Cabe preguntarse si podrán resolverse, mediante la conciliación, litigios que versen sobre la vulneración del derecho a la imagen. A juicio de la autora, la trascendencia del asunto lo hace en extremo sensible, pero sin perder de vista que este derecho tiene, en su contenido, un elemento de carácter patrimonial, que, de ser lesionado exclusivamente, pudiera resolverse con el empleo de fórmulas conciliatorias, en dependencia del caso concreto.

La función judicial en Cuba se sustenta en un sistema de garantías, que se erige en salvaguarda de los derechos inherentes a las personas, entre ellos el referido a la imagen, y al modo de hacerlo valer. En ese sentido, el Artículo 15 de la LTJ (pp. 3933-3934), enaltece el acceso a la justicia, de forma coherente con la norma constitucional que lo refrenda. La tutela judicial efectiva —una prioridad por mandamiento constitucional— se resalta en la obligación de los órganos judiciales de preservar los derechos e intereses legítimos de las personas. No menos importante, es el debido proceso, también empoderado por el constituyente, que dota a las personas de igualdad de condiciones y oportunidades en los procesos judiciales en los que figuren como partes.

Todos los integrantes de la carrera judicial, de acuerdo con el Artículo 56 (p. 3953-3954), tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la CRC. Esta garantía de observancia a sus postulados y, por ende, a la preservación de los derechos individuales, constituye un asidero importante y punto de partida para las pautas de solución de conflictos novedosos en el ámbito judicial, como los que pueden derivarse de la lesión a la imagen personal.

El Código de procesos (CPR) [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], destinado a regir las formas de actuación en el orden procesal en las materias civil, familiar, mercantil, de trabajo y seguridad social, en su Artículo 4.1 a), estima a la CRC como la principal fuente a tener en cuenta para resolver los casos sometidos al conocimiento de los órganos judiciales, lo que asegura, de forma primordial, la observancia del derecho a la imagen (p. 3978).

De modo loable, el precepto 25.1 a) (p. 3981) confirió competencia a los tribunales provinciales populares (TPP) para conocer, en materia civil, de las reclamaciones derivadas de los derechos inherentes a la personalidad y, si bien no se explica el derecho a la imagen, se sobrentiende que tal pronunciamiento lo subsume. Lo más llamativo es que, al someter tales conflictos al conocimiento de esos órganos judiciales, el legislador reivindicó la importancia de estos derechos y la necesidad de dotar de una tutela efectiva a quienes les son vulnerados.

En esta norma formidable, también se preserva el respeto a los derechos inherentes a la personalidad y, por consiguiente, a la imagen, en el Artículo 238.1 (p. 4012), relativo a la posibilidad de mantener la medida cautelar dirigida a protegerlos, aunque la demanda no se presente en el plazo establecido, siempre que no exista oposición. El Artículo 520.1 e) (pp. 4047-4048) prevé que los asuntos de esta naturaleza se tramitan por el proceso ordinario, el que, de acuerdo con el esquema de la ley procesal, ofrece mayor amplitud cognoscitiva.

En el ámbito probatorio, el Artículo 334.1 clasificó como documentos a los que «resulten de la grabación de la palabra, el sonido y la imagen» (p. 4023). La parte que los proponga puede confirmar su autenticidad mediante certificaciones, dictámenes o por otra vía que el tribunal pueda validar en el momento de su admisión y la contraparte podrá impugnarlos, por defectos o vicios trascendentes a su validez, como prevé el Artículo 339 (p. 4024) o, si se admitieran, pedir la exclusión probatoria —Artículo 61, p. 3989. Siempre deberá buscarse un equilibrio entre la necesidad y utilidad del medio de prueba, y el imperativo de protección al derecho a la imagen, máxime cuando es claro el Artículo 301 (p. 4020), al entender inadmisibles toda prueba obtenida o practicada violando lo establecido. De ello se sobrentiende que sería una prueba ilícita o viciada aquella conseguida o practicada inobservando el respeto a los derechos refrendados en la CRC,

entre ellos, el derecho a la imagen, aunque tales aspectos, en opinión de la autora, deberían estar más explicados.

Sobresale, paralelamente, en la ley procesal, el espíritu de la tutela urgente que ha de dispensarse a los casos en comento, mediante las herramientas que ella provee (potestades judiciales, acortamiento de plazos, mutación procesal...). Por último, y al margen de otros preceptos de la ley, merecedores de análisis, si de derecho a la imagen se trata, es loable lo preceptuado en el Artículo 442.1 (p. 4035), en cuanto a los supuestos en que procede la revisión de una resolución firme. Entre ellos, resalta la privación indebida del ejercicio de algún derecho previsto en la CRC y las leyes, lo que constituye otra garantía de respeto y observancia a la dignidad personal y el derecho a la imagen.

Por su parte, la Ley del proceso penal (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], en el primero de sus artículos, reconoce la subordinación a la ley fundamental, más allá de lo cual, su mayor mérito, en la consideración de la autora, es la exigencia que pregona en el Artículo 7 del trato digno que merece todo sujeto procesal, para salvaguardar su integridad física, psíquica y moral.

En consonancia con la CRC, el valor supremo de la dignidad es recurrente en la formulación normativa de esta ley, en estrecha relación con la legalidad y el cumplimiento de las garantías reconocidas en el magno texto, como preceptúa el Artículo 121 (p. 4116). No menos plausible resulta el trato humano y digno al imputado o acusado que ordena dispensar el Artículo 130.1 durante todo el proceso (p. 4120), mientras que el 141 hace similar concesión a favor de la víctima o el perjudicado (pp. 4122-4123), si bien en cuanto a estos últimos el legislador consideró el respeto a su dignidad y la protección a su intimidad, sin hacer alusión expresa a su imagen, de igual o mayor importancia. En opinión de la autora, la mencionada omisión fue salvada en el inciso j) del propio artículo que, al concederles la posibilidad de que su declaración sea filmada y examinada por un personal calificado, que les garantice la mayor indemnidad posible, protege el derecho a la imagen de estas personas. Además, puede filmarse la declaración del imputado o tercero civilmente responsable, previa comunicación a estos. Ante tales garantías, se impone la reflexión: solo si se lleva a vías de hecho lo regulado, se articula el debido proceso que instituyó la CRC, no como una ficción, sino cual una realidad imperiosa para oxigenar el proceso penal.

Otro de los procederes que amerita la observancia de este derecho es la reconstrucción de los hechos. Aunque el Artículo 201 (p. 4133) no lo establece de forma expresa, pues solo hace referencia al honor y la dignidad de los participantes, este último valor es suficiente para garantizar la preservación de la imagen de los intervinientes, máxime cuando el resultado de este medio de prueba puede ser filmado o llevado a fototabla. No en vano se le confirió el carácter de imprescindible a esta práctica en la ley y se resaltó la variable de su necesidad para la demostración de los hechos.

Similares acotaciones merece la formulación del Artículo 203.1 sobre el experimento de instrucción (p. 4134). La práctica de este está limitada cuando los actos puedan menoscabar la dignidad o el honor de las personas que participen en él. Nuevamente, se omite la mención a la protección de la imagen en un acto que, en no pocas ocasiones, es filmado o fotografiado. No obstante, la dignidad puede y debe ser invocada como una garantía eficaz que da cobertura a aquel derecho.

La preservación del derecho a la imagen, a juicio de la autora, es más imperiosa en el momento de la presentación de la persona para el reconocimiento, recogido en los artículos 235 y siguientes de la ley (pp. 4140-4142), pues, en él, los rasgos fisonómicos del sujeto cobran mayor virtualidad, en el propósito de que sea reconocido. Este acto también puede ser objeto de filmación y pudiera realizarse la presentación por fotos, si es imposible mostrar a la persona que se pretende identificar.

También cabe reconocer a una persona por su voz, lo que, en el parecer de la autora, forma parte del ámbito de configuración de la imagen personal. Así lo permite el Artículo 239.1 (p. 4141) y visto que esta acción puede documentarse mediante fotografía, videografía u otros instrumentos o procedimientos, son válidas las observaciones efectuadas en cuanto al reconocimiento directo de personas.

La captación y grabación de comunicaciones orales y de la imagen, mediante la utilización de dispositivos electrónicos, fue regulada en los artículos 325.1 y 326 (pp. 4154-4155). Los resultados de la aplicación de los medios técnicos e informáticos que posibilitan las grabaciones de audio, video e imágenes, encauzadas a probar la existencia del delito, la participación de los intervinientes o cualquier otra circunstancia con trascendencia jurídico-penal, pueden incorporarse al proceso como pruebas documentales. El legislador, a modo de protección, validó,

como presupuesto, su legalidad y, como límite, el respeto a los valores relacionados con la dignidad humana, regulados en la CRC. No se alude a los límites específicos ni a cómo establecerlos, más allá de la alusión a esos conceptos jurídicos indeterminados.

Solo está normado que las grabaciones de audio e imagen, realizadas por particulares, pueden ser admitidas, mientras no se obtengan mediante engaño, coacción, intimidación o violencia y cumplan el presupuesto y los límites señalados en el Artículo 325.1, mencionado. Corresponderá a cada autoridad actuante, en las diferentes fases del proceso y en cada caso, definir tales límites, mediante la ponderación, para determinar cuándo el derecho a la imagen colisiona con el derecho a la prueba o la seguridad jurídica, y estos últimos, a su vez, con la dignidad del ser humano.

Ante la posibilidad, reiterada en la práctica, de unir a las actuaciones las fototablas, filmaciones o videografías que contienen la práctica de estos medios de prueba y, por ende, las imágenes de los intervinientes en ellos, se impone elevar el celo en su custodia, ante la vigencia de la publicidad y el acceso de las partes, ahora más numerosas, al expediente en cualquier estado procesal. En la propia línea, cabe cuestionarse el destino de aquellas, una vez culminado el proceso: ¿Sería más saludable y garantista su extracción de las actuaciones y destrucción, como se ordena con las pruebas anuladas? ¿Qué sucede con las grabaciones de la imagen o la voz de los imputados o acusados que, finalizado el proceso, resulten ser inocentes? ¿Cómo proteger mejor, sin afectar el valor probatorio de la foto o el video, la imagen de las víctimas golpeadas o abusadas, o el cadáver desnudo y expuesto del fallecido en la necropsia? Tales aspectos debieran ser replanteados desde la perspectiva que imponen el respeto al derecho a la imagen de las personas y sus garantías.

En el orden sustantivo, destaca el nuevo Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696]. Por primera vez, una ley de este tipo regula el derecho a la imagen. Su Artículo 393.1 (p. 2676) penaliza los actos contra la intimidad personal y familiar, la propia imagen y voz, la identidad de otras personas y sus datos. De esta manera, el legislador preserva el espacio de autodeterminación de cada individuo sobre su imagen frente a los actos de otros. La configuración del irrespeto a la imagen como un ilícito penal dota a las personas de una de las mayores garantías contra quienes hagan un uso indiscriminado de ella, sin autorización.

Para los comisores, se prevén penas de privación de libertad, desde seis meses hasta dos años, o multa, de 200 a 500 cuotas, o ambas. El daño permanente o, al menos, sostenido en el tiempo, que sufren las víctimas, no desaparece ni se atenúa con la punición del responsable, sino que requiere de otras medidas, tales como la retirada del tráfico digital de las imágenes ilícitamente difundidas, por cuenta del sancionado, lo que no parece tener solución expresa en la ley, al no haberse contemplado ninguna sanción accesoria que permita un pronunciamiento como el que precisaría el ejemplo enunciado.

Sin embargo, ¿no pudiera alcanzarse ello, acaso, por la vía de la extensión de la competencia de los tribunales de lo penal a las cuestiones civiles íntimamente relacionadas con el hecho, prevista en el Artículo 100 de la ley procesal [GOR-O (140), 2021, p. 4112]?; ¿no pudiera lograrse la protección temprana de la víctima con una cautela amparada en el Artículo 348.1 f) de la propia ley (p. 4158), aun cuando no exista una medida expresa en el 355 (p. 4159), si se trae *mutatis mutandi* la tutela precautoria innominada del precepto 283 j) del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4018]? En opinión de la autora, tales vías se presentan como soluciones viables, frente al vacío legislativo.

Otro de los aciertos de la reforma legislativa cubana fue la promulgación de la Ley del proceso de amparo de los derechos constitucionales (LPADECO) [GOR-O (74), 2022, pp. 2047-2054], que dio cauce judicial a los conflictos relacionados con el quebrantamiento de los derechos consagrados en la CRC y los daños o perjuicios que sufran las personas, como consecuencia de ello. Resalta en la disposición la regla de interpretación que ha de seguirse en la solución de tales casos: el respeto a la dignidad humana, los valores y principios constitucionales, y, especialmente, en cuanto a estos últimos, los de progresividad, igualdad y no discriminación.

Reviste especial importancia la existencia de la LPADECO en el orden procesal. Ciertamente, el derecho a la imagen puede hallar resguardo por las vías de defensa ordinarias, civil y penal; en el primer caso, considérese la posibilidad que ofrece el Artículo 38 del Código civil (CC) —no mencionado hasta el momento por ser anterior a la reforma derivada de la CRC—, frente a las violaciones de los derechos inherentes a la personalidad que afecten el patrimonio y el honor del titular, para pedir el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, la retracción del ofensor, y la reparación de los daños y perjuicios causados

[Carrasco, 2000, p. 25]. Asimismo, tómesese en cuenta el deber de respeto y resguardo a ese derecho que pesa sobre quienes ejercen la función judicial, en cualquier tipo de asunto. Sin embargo, pudiera darse un caso con la «relevancia jurídico-social» requerida para la justificación preferente del amparo, como impone el Artículo 5 de la ley procesal que lo regula [GOR-O (74), 2022, p. 2048].

No es inusual que los derechos o principios constitucionales colisionen en diferentes supuestos de la vida cotidiana. El derecho a la imagen puede contraponerse a otros derechos; en el orden procesal, por ejemplo, con el derecho a la prueba; en el sustantivo, con la seguridad jurídica y, desde el punto de vista personal, con los derechos a la información, la libertad de prensa u otros.

Teóricamente, ningún derecho es más importante que otro. Sin embargo, en los casos en que colisionen, habrá que darle preponderancia a alguno de ellos, en la búsqueda de la solución más justa, a partir de las técnicas de la ponderación. La pericia y preparación del juez es determinante en ese sentido.

## IV. BASES PARA UNIFORMAR LA PRÁCTICA JUDICIAL NACIONAL

El estudio de la regulación de este derecho en los ordenamientos jurídicos foráneos, la mirada jurisprudencial ante la variedad de casos y el análisis de su formulación en las leyes cubanas, unidos a los desafíos que encierra la era digital, refuerzan la necesidad de ordenar la actuación judicial, sobre la base de pautas uniformes para solucionar los asuntos.

La atención especial que el legislador ha dado a los casos de violencia, por razón de género o familiar, debería extenderse a cualquier hecho que atente contra los derechos inherentes a la personalidad, incluido el derecho a la imagen. Preliminarmente, en el ámbito judicial, pudieran armonizarse las bases siguientes:

- Los tribunales, en su función de garantes de los derechos protegidos en la CRC, deberán poner especial cuidado en el respeto del derecho a la imagen y la dignidad de las personas en todos los asuntos de los que conozcan.
- Ante la colisión del derecho a la imagen con otros de similar jerarquía, los jueces resolverán aplicando la ponderación. Para determinar el

derecho o principio preponderante en cada caso, los jueces sopesarán los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

- En los casos que versen sobre vulneraciones al derecho a la imagen, por la especial importancia que este reviste, el fiscal deberá ser considerado como parte procesal (interés social de protección a los derechos inherentes a la personalidad).
- En todo proceso, se podrán adoptar las medidas cautelares que se requieran para la protección a la víctima cuya imagen haya sido vulnerada, en especial, cuando medie el uso de internet o las redes sociales.
- Los jueces, en el momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas, pondrán especial cuidado en no acoger ninguna que vulnere el derecho a la imagen. Igual precaución tendrán durante la práctica probatoria en las audiencias, juicio u otros actos orales, en cumplimiento estricto de la CRC y la ley.
- La sentencia que reconozca una vulneración del derecho a la imagen podrá comprometer a la Fiscalía, el Ministerio de la Informática y las Comunicaciones, u otros órganos, con la retirada de circulación de las publicaciones lesivas de las redes o los espacios en que se hayan compartido, siempre que ello no sea posible a cargo de quien las difundió de mala fe.
- Los tribunales, en cada nivel organizativo, establecerán coordinaciones con la fiscalía, la Federación de Mujeres Cubanas, el Ministerio de Salud Pública, los grupos de prevención y atención social, la defensoría familiar u otras instancias gubernamentales pertinentes, para la protección integral de las víctimas a causa de la difusión de imágenes o videos en las plataformas virtuales o internet.

En la materia penal:

- Las autoridades a cargo de las distintas fases del proceso velarán por que, al expediente, no sean incorporados fotografías, audios o materiales fílmicos en los que se vulnere el derecho a la imagen de cualquiera de las partes en el proceso o de terceros, en especial, aquellos que muestren el rostro de las víctimas o su desnudez, salvo cuando ello sea estrictamente necesario para la probanza de los hechos.
- Asimismo, cuidarán de que las fotografías y el material fílmico, aportados al expediente en concepto de material probatorio, cuenten con el consentimiento de quienes aparecen expuestos en ellos, expresado

en acta, con las excepciones previstas en la ley (se obtuvieron lícitamente, son indispensables en el proceso, concurren razones de seguridad nacional, extrema lesividad o motivos que impiden la obtención del consentimiento de la persona).

- En el momento de disponer la apertura a juicio oral, los jueces verificarán la observancia de las precauciones anteriores por el instructor, el fiscal y el abogado, y, si detectaran su incumplimiento, devolverán las actuaciones, en la forma establecida en la ley procesal. Siempre que declaren la nulidad de los elementos de prueba, dispondrán la extracción de los videos o las fotografías del expediente.
- Cuando se sancione al comisor de un delito que haya vulnerado el derecho a la imagen, los jueces dispondrán la reparación del daño moral causado a la víctima, de conformidad con lo establecido en el Artículo 102.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2594] y conminarán, en primer orden, al sancionado, para que retire, de la circulación social, las fotos, los audios o videos que haya difundido. El cumplimiento de esta obligación pudiera requerir la colaboración de diversas instituciones, al igual que otras medidas reparadoras, capaces de satisfacer, de mejor manera, a la víctima.
- Una vez firme y ejecutada la sentencia, el tribunal dispondrá la extracción, la destrucción y el arrojado de las fotos, los audios o videos obrantes en las actuaciones, que resulten denigrantes para la imagen de las víctimas, aunque hayan tenido que practicarse. Igual suerte correrán aquellos que menoscaban la imagen de imputados y acusados, en especial, cuando estos sean absueltos.

En las materias abarcadas por el CPR:

- El tribunal rechazará o excluirá toda prueba que implique la vulneración del derecho a la imagen, salvo cuando, habiéndola obtenido lícitamente, ella resulte estrictamente necesaria para la comprobación de los hechos (no pueden ser demostrados por otros medios).
- En los asuntos en que la transgresión del derecho a la imagen recaiga exclusivamente en la dimensión patrimonial de este, con la anuencia de las partes, se podrá derivar el asunto a la mediación o intentar solucionarlo por medio de la conciliación.
- Siempre que se aprecie la existencia de una víctima, con signos de afectación psicológica, a causa de afectaciones al derecho a la imagen, ligadas al proceso, el tribunal deberá dar cuenta a la defensoría para

que asuma la representación de los intereses de esta persona, en especial, si se tratara de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad.

- Cuando, durante la tramitación del asunto, el tribunal identifique posibles situaciones de lesión del derecho a la imagen, lo comunicará a la fiscalía, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6.1 de la LTJ [GOR-O (137), 2021, p. 3930].
- Una vez firme y ejecutada la sentencia, el tribunal deberá proceder a extraer, destruir y arrojar las fotos, los audios o videos, denigrantes para la imagen personal, pero admitidos ineludiblemente.

## V. CONCLUSIONES

El derecho a la imagen es consustancial a la dignidad humana; en el contexto jurídico comparado y nacional, su protección se asegura desde la Constitución y trasvasa las leyes de desarrollo.

Los órganos judiciales, como garantes de los derechos refrendados en el texto fundamental, han de salvaguardar el derecho a la imagen personal en toda clase de procesos y actuaciones, aun en aquellos(as) que no lo tengan como objeto directo.

La colisión del derecho a la imagen con otros derechos y principios constitucionales ha de solventarse mediante la ponderación.

La regulación constitucional del derecho a la imagen en Cuba y su formulación coherente en las normas de desarrollo posibilitan la tutela judicial efectiva en caso de quebrantamiento. Corresponde a los jueces articular el respeto a este derecho en sus decisiones, a lo cual puede contribuir la facultad interpretativa del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

## VI. REFERENCIAS

- Álvarez Tabío, A. M. (2007). Los derechos inherentes a la personalidad (suplemento de la revista *Reflexión y Diálogo*). Ediciones Centro Cristiano de Reflexión y Diálogo.  
<https://docplayer.es/69761040-Los-derechos-inherentes-a-la-personalidad-ana-maria-alvarez-tabio-albo.html>

- Amargós Ginesta, J. (2017). *Ius imaginis*. *Revista Jurídica de Catalunya*, 82(4), 897-916. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2074835>
- Arzumendi Adarraga, A. (1989). *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*. Civitas.
- Borges Cardosa, R. (1993). *El proceso histórico de elaboración del texto constitucional en la Asamblea Constituyente 1987-1988*. Editorial Brasilia.
- Carrasco Perera, Á. (2000). *Código civil y leyes civiles cubanas*, 15-116. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Castán Tobeñas, J. (1978). *Derecho civil español, común y foral* (t. 1, vol. 2). Reus.
- Ceballos Delgado, J. M. (2011). Aspectos generales del derecho a la propia imagen. *Revista la Propiedad Inmaterial*, (15), 67. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3785211>
- Código civil boliviano. (2024). Global Law and Policy [base de datos], 1-192. Organización de Naciones Unidas para los Refugiados. <https://www.refworld.org/legal/legislation/natlegbod/1898/es/17716>
- Código civil español. (Marzo 1.º, 2023). *Boletín Oficial del Estado*, (206), s.p. [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)
- Código civil del Perú de 1984. (Febrero, 2024). Pasión por el Derecho [portal jurídico]. <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado>
- Código civil portugués. (2015). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/421353>
- Código penal alemán. (Marzo 7, 2013). López Díaz, C. (Trad). *Pensamiento Penal*, (127), 1-128. <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>
- Constitución de España de 1978. (Febrero 17, 2024). *Boletín Oficial del Estado*, (311), s.p. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

- Constitución de la República de Cuba de 1940. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones* (t. 2), 453-764. Imagen Contemporánea.
- Constitución de la República de Cuba de 1976. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones* (t. 2), 933-950. Imagen Contemporánea.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.
- Constitución de Portugal. (2005). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/5452>
- Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2024). JUSTIA Bolivia [portal jurídico]. <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado>
- Constitución política de Perú de 1993. (Septiembre 17, 2018). Presidencia de la República de Perú, 1-60. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion\\_Politica\\_del\\_Peru\\_1993.pdf?v=1594239946](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf?v=1594239946)
- Constitución política de la República Federativa de Brasil. (2024). En Bañados Espinosa, J. (Compil.) *Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Bélgica, España, Inglaterra y Suiza*. Roberto Miranda Editor. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/22191/1/233143.pdf&origen=BDigital>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, República de Argentina. (2021). Jurisprudencia de Brasil. Sentencia del 11 de febrero de 2021. <https://www.csjn.gov.ar/dbre/verNoticia.do?idNoticia=4847>
- Decreto Ley No. 10426, Código penal boliviano. (2003). [https://oig.cepal.org/sites/default/files/1997\\_cod.penal\\_bolivia\\_est\\_plur.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/1997_cod.penal_bolivia_est_plur.pdf)
- Ferreiro, M. A. (2020). Los últimos días de Otto Von Bismarck. La muerte del canciller de hierro. <https://elretohistorico.com/los-ultimos-dias-de-otto-von-bismarck/>
- González Hernández, E. (Septiembre-diciembre, 2021). El derecho a la propia imagen en su dimensión subjetiva y los códigos

de indumentaria laboral. *Revista de Derecho Político*, (112), 79-104. <https://vlex.es/vid/derecho-propia-imagen-dimension-878502006>

*Legal Today*. (Abril 3, 2020). El Tribunal Constitucional refuerza el derecho a la protección de la propia imagen en la sentencia fotos Facebook. Aranzadi. <https://www.legaltoday.com/opinion/la-cara-y-la-cruz/el-tc-refuerza-el-derecho-a-la-proteccion-de-la-propia-imagen-en-la-sentencia-fotos-facebook-2020-04-03/>

Ley fundamental, de 7 de febrero de 1959. En Torres-Cuevas, E. y Suárez Suárez, R. (2018). *El libro de las constituciones* (t. 2), 901-932. Imagen Contemporánea.

Ley fundamental para la República Federal de Alemania. (2022). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21843>

Ley No. 10.406, de 10 de enero de 2002, Código civil de Brasil. (2010). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/226198>

Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.

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

Ley No. 143, Del proceso penal. (Octubre 28, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

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

Ley No. 62, de 26 de diciembre de 1978, De protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. (1979). *Boletín Oficial del Estado*, (3), 76-78. <https://www.boe.es/eli/es/l/1978/12/26/62>

- Ley orgánica No. 1, de 5 de mayo de 1982, De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (1982). *Boletín Oficial del Estado*, (115), 12546-12548. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1>
- Ley orgánica No. 3, de 29 de mayo de 1985, De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (1985). *Boletín Oficial del Estado*, (129), 16113-16114. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/05/29/3>
- Ley sobre derechos de autor en obras artísticas y fotografía de Alemania. (2001). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/16436>
- Maza Gazmuri, I. de la. (2007). La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad *right of publicity* en el caso estadounidense. En Verda y Beamonte, J. R. (Coord.). *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*, 181-197. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2662514>
- Nogueira Alcalá, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Ius et Praxis*, 13(2), 245-285. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v13n2/art11>
- Pardo Falcón, J. (1992). Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Documentación Científica*, (34), 141-177. <file:///C:/Users/aimee/Downloads/Dialnet-LosDerechosDelArticulo18DeLaConstitucionEspanolaEn-79453.pdf>
- Pichardo Viñals, Hortensia. (1969). *Documentos para la Historia de Cuba* (2.<sup>a</sup> ed., t. 1). Pueblo y Educación.
- Puig Brutau, J. (1983). *Fundamentos de derecho civil* (vol. 1, t. 1). Bosch.
- Real Decreto No. 342. (Febrero 20, 1979). *Boletín Oficial del Estado*, (50), s.p. [www.boe.es](http://www.boe.es)

- Rodrigues da Cunha e Cruz, M. A. (2009). El concepto constitucional del derecho a la propia imagen en Portugal, España y Brasil. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 11(22), 17-50. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3036802>
- Rogel Vide, C. (2008). *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*. Reus.
- Rovira Sueiro, M. E. (2000). *El derecho a la propia imagen*. Comares.
- Sánchez González, M. P. (2017). *Honor, intimidad y propia imagen*. Juruá.
- Schawabe, J. (Compil.). (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung. [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038)
- Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia No. 0819/2015-S3. (2015). Jurisprudencia Constitucional y de Derechos Humanos [buscador en línea]. <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/13478-sentencia-constitucional-plurinacional-0819-2015-s3>
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 231/1988, de 2 de diciembre. (1988). *Boletín Oficial del Estado*, (307), s.p. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1172>
- Tribunal Constitucional de España. (Marzo 22, 2021). Sentencia No. 21, de 15 de febrero de 2021. *Boletín Oficial del Estado*, (69), s.p. [www.boe.es](http://www.boe.es)
- Tribunal Constitucional de Perú. (2004). Sentencia del expediente 00446-2002-AA, 1-3. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00446-2002-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional de Portugal. (2009). Jurisprudencia. Acórdão 6/84. [https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jurisprudencia\\_main.php](https://www.pgdlisboa.pt/jurel/jurisprudencia_main.php)
- Tutela de la vida privada. Realidades y perspectivas constitucionales. (Octubre 2-3, 2006). VIII Conferencia Trilateral Italia, Portugal y España. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/30/ponencia%20espa%C3%91a%202006.pdf>

Vega Vega, J. (1988). *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*. Ciencias Sociales.

Vendrell Cervantes, C. (2014). *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de derechos de imagen*. Aranzadi.

Verda Beamonte, J. R. de. (2006). El derecho a la propia imagen. *Revista Boliviana de Derecho*, (2), 179-206. <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/22191/1/233143.pdf&origen=BDigital>

Verda Beamonte, J. R. de. (2011). *La protección constitucional del derecho a la propia imagen. El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*. Thompson-Reuters-Aranzadi.

# DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLENCIA DE GÉNERO INTRAFAMILIAR

## *JUDICIAL DETERMINATION OF CIVIL RESPONSABILITY FOR GENDER VIOLENCE*

### ■ LIC. DEYLI GONZÁLEZ MILIÁN

Jueza profesional titular,  
Tribunal Provincial Popular de Ciego de Ávila, Cuba

<https://orcid.org/0009-0000-8811-5897>

[deyli@tsp.gob.cu](mailto:deyli@tsp.gob.cu)

## Resumen

El daño es fuente de obligaciones. Partiendo de que cualquier detrimento ocasionado a otra persona resulta indemnizable, aunque no siempre existan afectaciones de tipo patrimonial, es correcto afirmar que todos los casos de violencia familiar y, especialmente, los basados en el género, traen inmersos componentes de tipo no patrimonial. Ello vuelve relevantes las diversas formas de compensar los daños a las víctimas, cuya afección moral es indiscutible. El ordenamiento jurídico nacional carece de parámetros o criterios que permitan determinar las indemnizaciones que han de establecerse por los daños extrapatrimoniales ocasionados en los casos de violencia de género, en especial, la que acontece en el escenario familiar. Con el presente trabajo se pretende realizar un análisis del tratamiento de la responsabilidad civil en la normativa nacional y proponer algunas pautas, a partir del Derecho comparado, que permitan al órgano judicial determinar la responsabilidad civil derivada de los daños inmateriales, para alcanzar la reparación integral de la persona víctima en los casos mencionados.

**Palabras clave:** Violencia de género; violencia intrafamiliar basada en el género; daño; responsabilidad civil; reparación integral.

## Abstract

*Damage is a source of obligations. On the basis that any detriment caused to another person is compensable, even if there are not always pecuniary damages, it is correct to affirm that all cases of domestic violence, and especially those based on gender, involve non-pecuniary components. This makes the various forms of compensation for damages to the victims, whose moral affection is indisputable, relevant. The national legal system lacks parameters or criteria to determine the compensation to be established for non-pecuniary damage caused in cases of gender violence, especially that which occurs in the family setting. The aim of this paper is to analyse the treatment of civil liability in national legislation and to propose some guidelines, based on comparative law, which allow the judicial body to determine the civil liability derived from non-pecuniary damage, in order to achieve full reparation for the victim in the aforementioned cases.*

**Keywords:** *Violence based on gender; domestic violence; harm; civil liability; comprehensive reparations.*

## Sumario

I. Introducción; II. Violencia intrafamiliar por género; 2.1. Conceptualización; 2.2. Marco normativo; III. Responsabilidad civil por violencia de género intrafamiliar; 3.1. La reparación integral desde el Derecho comparado; 3.2. Tratamiento en el Código de las familias; 3.3. Pautas para la determinación judicial de la reparación integral a las víctimas; 3.4. Cuestiones procesales; IV. Conclusiones; V. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

La efectiva protección a las víctimas de la violencia intrafamiliar se enfrenta, en la actualidad, al problema de lograr alcanzar la reparación de los daños que ellas sufren. La diversidad de estos dificulta su determinación, lo que, a la vez, incide en su reconocimiento. Ello es igualmente trascendente en cuanto a las medidas que los ordenamientos jurídicos deben adoptar para proveer una tutela adecuada en tales casos.

Según Alonso y Castellanos (2006),

la violencia en el interior de la familia comenzó a ser visible en la década de los 70, de la mano del reconocimiento y de la especificidad de los Derechos Humanos a colectivos como los de las mujeres, niños/as y discapacitados/as. (p. 257)

Frente a este escenario, interesa destacar la importancia de sentenciar con perspectiva de género, al otorgar indemnizaciones que se correspondan con las consecuencias padecidas por las víctimas, pues el daño espiritual sufrido por ellas es profundo; en su mayoría, se trata de situaciones continuadas de violencia física, psíquica, económica, etc., que la víctima ha estado padeciendo a lo largo de un período de tiempo prolongado, lo que deja secuelas devastadoras en las personas, principalmente en su autoestima, además de afectar profundamente su dignidad. Es justo, entonces, que ello se vea reflejado en la cuantía indemnizatoria que se les otorgue.

El rol de las medidas de resarcimiento, cuando acontecen conductas violentas en el ámbito familiar, es de vital importancia. Ellas garantizan la reparación integral de la víctima; de esta forma se resguarda el interés legítimo lesionado y se incluyen los perjuicios que tienen lugar en el plano de los sentimientos, como es la frustración de un proyecto de vida familiar.

El Código de las familias (CFS) (GOR-O (99), 2022, pp. 2306-2307) introduce las figuras de la discriminación y la violencia en el ámbito familiar. El Artículo 13 (p. 2898) expone cómo se manifiesta esta última y su presencia, en cualquier forma, permite exigir la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos. El problema se plantea cuando el juez debe disponer la reparación de estos, pues el Artículo 15.2 (p. 2899) deja en sus manos la cuantificación y valoración en proporción a la intensidad, persistencia y las consecuencias del acto que origina la violencia, parámetros indeterminados de compleja demostración.

A la víctima o a quien actúe en su nombre le corresponde demostrar el daño o perjuicio, aunque ninguna normativa vigente ofrece una solución a los efectos de cuantificar la indemnización, la que se deja a la subjetividad del juez, quien debe tener en cuenta la dimensión disuasoria de aquella, de tal suerte que esta sea reparadora de los daños causados y, además, cumpla una vocación ejemplarizante.

Cuando el fenómeno de la violencia se presenta en la pareja y el hogar, la respuesta estatal no puede limitarse a la implementación de sanciones pedagógicas o penales. Solo por medio de un sistema de responsabilidad, estructurado y sólido, podrá garantizarse la reparación integral efectiva, lo que implica procurar el reconocimiento de un valor monetario a la persona afectada por los perjuicios sufridos, sean estos físicos o morales y marcar un precedente para evitar que se repitan en un momento posterior.

El presente trabajo parte del problema científico de que la inexistencia de pautas jurídicas precisas para la determinación judicial de la responsabilidad civil derivada de la violencia intrafamiliar por razón de género, en Cuba, afecta la armonía en las decisiones vinculadas a la reparación de daños y perjuicios por esta causa y puede vulnerar el derecho que asiste a las víctimas en ese sentido.

Se somete a comprobación la hipótesis de que la definición de pautas jurídicas para tal determinación tributa a la armonía en las decisiones vinculadas a la reparación integral de las víctimas, como garantía de sus derechos.

El objetivo general es fundamentar teóricamente un sistema de pautas jurídicas para dicha determinación, a partir de tres aspectos concretos: la existencia del daño inmaterial o moral, su cuantificación y la dimensión disuasoria de la indemnización.

Para ello, se abordan los aspectos generales de la violencia de género en el ámbito familiar y, en concreto, la reclamación de la responsabilidad civil. En concreto, se dilucida si es posible reclamar el padecimiento o daño inmaterial o moral de la víctima y cómo repararlo. Para determinar si procede la indemnización, se analizan varios criterios orientados a su identificación, demostración y cuantificación.

## II. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR POR GÉNERO

### 2.1. CONCEPTUALIZACIÓN

A lo largo de la historia han sido muchas las mujeres que se han unido a la lucha del feminismo contra todos los problemas que enfrenta continuamente este género, con la finalidad de llegar, por fin, a la liberación de todo tipo de violencia ejercida por los hombres y la igualdad entre

ambos géneros. Aunque no lo parezca, no hace demasiado tiempo que a ellas se les negaba el voto y se les educaba de forma diferente a los hombres, para que aprendiesen su rol de sumisión y sacrificio, con lo cual se vulneraban derechos tan fundamentales que en la sociedad de hoy en día tal situación sería impensable.

Para la mejor comprensión de este fenómeno, hay que partir de la definición de los vocablos violencia, género y sexo, como modo de comprender sus diferencias y llegar a la conceptualización de la violencia de género en el escenario familiar.

Según Poggi (2019), «la noción amplia de violencia abarca todo lo que produce daños físicos y/o psicológicos y/o económicos» (p. 290). Por su parte, González Ferrer y Pérez Gutiérrez (2021) conceptualizan el término *género* como una

categoría de análisis entendida como construcción sociocultural e histórica de lo femenino y lo masculino a partir del reconocimiento de las diferencias sexuales. Está interrelacionada con otras condiciones humanas como el color de la piel, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, entre otras, y estructurada en un sistema patriarcal que define relaciones asimétricas de poder, vinculadas al establecimiento de representaciones simbólicas socialmente compartidas sobre conductas, responsabilidades, roles y valores; representaciones simbólicas, además, naturalizadas y justificadas a través de procesos ideológicos de educación y socialización; naturalización y justificación que conducen a su inconsciente instalación en la subjetividad de las personas. (p. 9)

Las propias autoras González Ferrer y Pérez Gutiérrez (2021) definen *sexo* como el «conjunto de características morfofisiológicas que, en razón de diferencias biológicas, definen a los seres humanos como macho, hembra e intersexo» (p. 9), mientras Poggi (2019) considera que

«género» es un término utilizado para designar a hombres y mujeres basándose en características sociales, espaciales y temporales. Resalta que la distinción entre sexo y género se ha elaborado para distinguir lo que es biológico y natural, de lo que es social y, por tanto, cambiante: para explicar la transexualidad (donde el sexo y el género no coincidirían) y, sobre todo, para contrarrestar algunas formas de determinismo biológico. «Sexo» es un

término usado para designar a machos y hembras según factores físicos, biológicos (cromosomas, órganos sexuales, gametos, hormonas, etc.). (pp. 286-287)

El término violencia de género se ha ido consolidando a través de instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Al respecto, sostiene Vega Miranda (2023) que aquella consiste en «el ejercicio de la violencia o de comportamientos de este talante, que se ejerce en contra de las mujeres en razón de su género» (pp. 33-34).

Para González Ferrer y Pérez Gutiérrez (2021), violencia de género es

cualesquier acto, coacción u omisión, basado en desequilibrios de poder históricos entre hombres y mujeres, que busca el control y la sujeción de las personas a las vigentes normas de género. Tiene como resultado la violación de los derechos humanos de las personas. Afecta desproporcionadamente a mujeres, niñas y niños, y a las personas que construyen identidades de género que transgreden el patriarcado. Su forma de expresión más común es la violencia en las relaciones de pareja. (p. 21)

En cada uno de los conceptos brindados anteriormente existe un elemento común: este tipo de violencia se ejerce en contra de otra persona por razón de su género (mujeres, personas sexodiversas...). El saldo positivo ha sido, en los últimos tiempos, la concientización que las víctimas han logrado; cada día son más quienes se deciden a denunciar a sus agresores y esto ha posibilitado que el fenómeno se conozca mejor. La violencia de género no está restringida a un solo tipo y depende del escenario en que tenga lugar; uno de los más recurrentes es el familiar, pues, como dijera Álvarez Olalla (2020),

la familia es una institución que tiene como función principal satisfacer las necesidades de sus miembros y otorgar protección y cuidados a los miembros más vulnerables, como menores, ancianos y discapacitados. Pero, en ocasiones, es el caldo de cultivo de comportamientos violentos por parte de aquellos miembros que se encuentran en una situación dominante, respecto de los miembros más vulnerables. Como fenómeno diferenciado, si bien también puede darse en el ámbito familiar o doméstico (cuando son cónyuges víctima o agresor, o cuando, aun sin serlo, hay convivencia) se alza la violencia de género o violencia contra la mujer, que es la ejercida por un varón, no porque la mujer tenga una relación

de dependencia con él o sea especialmente vulnerable, sino como forma de ejercicio de los patrones de comportamiento machista en virtud de los cuales, el hombre se considera superior a la mujer. (p. 6)

En torno a la violencia interna de la familia, se han ofrecido varios conceptos, como son «violencia familiar/intrafamiliar», «violencia doméstica» y «violencia de género en el hábito familiar o de pareja». Para Ortega Pérez y Peraza de Aparicio (2021), las dos primeras son un mismo fenómeno, al cual definen como «toda acción u omisión cometida por algún integrante familiar en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra» (p. 111).

Entretanto, Palomeque-Verdugo *et al.* (2020) ponen a dialogar la violencia de género y la familiar; así, afirman que la «violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja puede consistir en violencia física, psicológica, económica y sexual», mientras que la ejercida contra ella dentro de la familia,

puede comprender la violencia física; relacionada con la dote; infanticidio femenino; abuso sexual de las niñas en el hogar; ablación o mutilación genital; matrimonio precoz o forzado; la ejercida por otros miembros de la familia, la cometida contra las trabajadoras domésticas y otras formas de explotación. (pp. 66-67)

González Ferrer y Pérez Gutiérrez (2021) definen la violencia familiar/intrafamiliar como aquella que

se utiliza para definir los actos u omisiones que se suscitan en el escenario familiar, entre personas enlazadas por vínculos «afectivos» (pretéritos o presentes). Es importante, en esta forma de violencia, conocer que pueden tener o no en sus orígenes cuestiones de género y, a consecuencia de ellas, pueden resultar afectadas personas en cualquier etapa del curso de vida. Es bastante común la utilización del término violencia doméstica para definir las formas de violencia que ocurren en el hogar, aunque violencia intrafamiliar o en el escenario familiar resulta una expresión más abarcadora de las formas de maltrato en las que existen relaciones familiares entre víctimas/sobrevivientes y victimarios, pues se amplía el escenario de ocurrencia. (p. 23)

Según el Artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres, aprobada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas,

la violencia de género es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. (p. 107)

Sobre los estereotipos de género que cimientan los actos violentos, refiere Rueda (2020) que «también pueden ser víctimas de violencia las personas LGBTIQ, las personas que ejercen la prostitución, los hombres y mujeres heterosexuales que no corresponden con los estereotipos asignados» (p. 700).

Luego de tener en cuenta algunas definiciones y conceptos, en una comprensión más amplia, puede entenderse la violencia de género en el escenario familiar como aquella ejercida por una persona del mismo grupo (al margen de su sexo, identidad de género u orientación sexual) contra otra persona, independientemente de lo anterior, fundada en una visión estereotipada por parte de quien agrede, en relación con la víctima, el rol socialmente asignado a ella, su identidad, orientación o la propia experiencia con el cuerpo, incluidas las formas de vivencias sexuales.

## 2.2. MARCO NORMATIVO

Las disposiciones normativas para el tratamiento legal de la violencia basada en género en el escenario intrafamiliar responden a una política de protección y garantía a los derechos humanos y se sustentan en la voluntad del Estado de eliminar todas las formas de discriminación.

El Artículo 35 de la anterior Constitución de 1976 [GOR-E (3), 2003, p. 9] establecía que «el Estado protege la familia, la maternidad y el matrimonio. El Estado reconoce en la familia la célula fundamental de la sociedad y le atribuye responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de las nuevas generaciones».

Los artículos 41, 42 y 43 del propio texto (p. 11) patentizaban que todos los ciudadanos disfrutaban de iguales derechos y estaban sujetos

a iguales deberes; prohibían y sancionaban la discriminación por motivos de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas; y consagraban algunos espacios particulares en los que se hacían patentes tales principios —de igualdad y no discriminación—, como resultado de la Revolución (cargos y empleos públicos, remuneración por el trabajo, salud, residencia, restaurantes, medios de transporte, centros de recreación, entre otros, limitados con anterioridad). En el Artículo 44 (pp. 11-12) se reconocía la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, en lo económico, político, cultural, social y familiar; y se garantizaba a las mujeres las mismas oportunidades y posibilidades que a los hombres, a fin de lograr su plena participación en el desarrollo del país.

El derogado Código de familia (CF) [GOR-O (6), 1975, pp. 71-86] reafirmaba los postulados constitucionales referidos y establecía, como uno de sus objetivos fundamentales, el contribuir al fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto mutuo entre sus integrantes.

La actual CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], más revolucionaria y adaptada a la realidad social, en su Artículo 41 (p. 79) regula que el Estado reconoce y garantiza a la persona el goce y ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación; mientras que en los preceptos del 42 al 44 (pp. 79-80) desarrolla estos últimos, con especial significación a la igualdad entre el hombre y la mujer —que incluye la proscripción de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y la creación de los mecanismos institucionales y legales para enfrentarla—; en el 46 (p. 80), consagra el derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad y la paz, en tanto, desde el 81 hasta el 89 (pp. 84-84) protege a las familias, cualquiera que sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y prevé el deber estatal de crear las condiciones para garantizar que aquellas puedan alcanzar sus fines. Particularmente, el Artículo 85 (p. 85) considera que la violencia familiar es destructiva para las personas implicadas, las familias y la sociedad y, por ello, es sancionada por la ley.

Las previsiones constitucionales se hallan a tono con los compromisos internacionales asumidos por el Estado cubano; son múltiples los tratados de los que el país es parte en el tema analizado y que, por imperio

del Artículo 8 de la ley fundamental (p. 72), forman parte del Derecho interno. En especial, cabe hacer mención a:

- La Declaración universal de derechos humanos (Instrumentos..., 2001, pp. 5-18) que, sobre la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana, proclama la igualdad de estos «en dignidad y derechos» (Artículo 1, p. 6). Con tales fundamentos, reconoce el derecho de cada uno a «gozar de igual protección contra toda discriminación», disponer de un «recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que [...] ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley», «ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación [...] en materia penal», fundar una familia y contar con la debida protección para esta —artículos 7, 8, 10 y 16, pp. 7-9.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (Instrumentos..., 2001, pp. 239-260) que condena cualquier forma de discriminación contra la mujer y conmina a los Estados a adoptar las medidas necesarias para asegurar su plena igualdad en todos los ámbitos de la vida social, incluido el familiar.
- La Convención sobre los derechos del niño (Instrumentos..., 2001, pp. 297-327), sustentada en iguales principios de respeto a los derechos humanos, en particular los de igualdad y no discriminación, que comprende la proscripción de cualquier forma de distinción, castigo o violencia, por cualquier motivo.
- La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Instrumentos..., 2001, pp. 101-124), cuyo objetivo es que se sancione la utilización de la tortura, entendida como

todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación [...]. (Artículo 1, p. 102)

- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Oficina..., 2014, pp. 271-310).
- La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993), conforme con la cual se consideran actos de esta naturaleza:
  - a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
  - b) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
  - c) la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra. (Artículo 2, p. 2)

Desde una perspectiva integral, los incisos f) y g) del Artículo 4 de dicho instrumento prevén que las legislaciones han de asegurar:

- f) todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer.
  - g) que las mujeres objeto de violencia y, cuando corresponda, sus hijos, dispongan de asistencia especializada, como servicios de rehabilitación, ayuda para el cuidado y manutención de los niños, tratamiento, asesoramiento, servicios, instalaciones y programas sociales y de salud, así como estructuras de apoyo, y que se adopten las medidas apropiadas para promover su seguridad y rehabilitación física y psicológica. (p. 3)
- Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2018), las que, aun cuando son consideradas como *soft law* (derecho no vinculante), cuentan con un amplio

consenso de la comunidad internacional en la materia. En este instrumento se aborda la victimización como una de las circunstancias que puede afectar la defensa efectiva de los derechos.

De acuerdo con las reglas de la 10 a la 12 (pp. 4-5), se considera víctima, en sentido amplio, a «toda persona física o grupo de personas que haya sufrido un daño ocasionado por una infracción del ordenamiento jurídico, incluida tanto la lesión física o psíquica, [como los] daños emocionales, [el] sufrimiento moral y el perjuicio económico». Una víctima estará en condición de vulnerabilidad cuando, debido a la vulneración, tenga una relevante limitación para prevenir, evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de esta o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. Son merecedoras de igual protección la victimización primaria o directa (procede directamente de la violación al orden jurídico), y la secundaria (resultante del contacto con el sistema de justicia), con una mirada especial hacia los casos de violencia intrafamiliar.

El análisis de estos instrumentos —apenas unos pocos de los que Cuba tiene ratificados en materia de derechos humanos— pone al descubierto el deber del Estado de establecer procedimientos legales, judiciales, administrativos, justos y eficaces para prevenir y erradicar la violencia de género, los que han de incluir: medidas de protección, juicio oportuno, acceso efectivo, resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación. De esta forma queda configurado, desde el orden internacional, el derecho de toda persona de acceder a la justicia y reclamar la tutela judicial efectiva de los tribunales, que incluye aquellos casos de discriminación y violencia basados en el género, en los cuales la protección no solo implica la disponibilidad de recursos civiles y penales, sino también el derecho a contar con una compensación, que pudiera consistir en indemnización económica por lesiones físicas y psicológicas sufridas, pérdida del empleo, prestaciones sociales y oportunidades educativas, daños a la reputación y la dignidad, así como gastos legales, médicos o sociales en los que se haya incurrido como consecuencia de la violencia.

Resulta esencial, entonces, instaurar los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la víctima obtenga la reparación del daño o acceda a otros medios de compensación equitativos y eficaces; de ahí, la importancia de implementar un marco adecuado de protección que comprenda la cuantificación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, sobre la base de determinadas pautas.

Usualmente, la intervención estatal en el ámbito de la violencia de género se justifica desde los predios del Derecho penal. Sobre ello explica Álvarez Olalla (2020) que

una corriente más tradicional y oficialista defiende la intervención del Derecho penal en el ámbito de la violencia de género, al considerar que medidas tales como la tipificación de conductas específicas de género y la mayor penalidad que se les asigna, la prohibición de mediación en el ámbito de la violencia de género, y la irrelevancia del consentimiento de la mujer a la hora de penalizar el quebrantamiento de medidas cautelares, entre otras, son vehículos adecuados para luchar contra este fenómeno. Otro sector del feminismo [...] considera que ello genera una sobreprotección de las víctimas y un tratamiento de la mujer como un ser vulnerable e incapacitado para autoprotgerse, de tal modo que defienden métodos alternativos, propios de la justicia restaurativa, incluida la mediación, para luchar contra esta lacra social. (p. 12)

La autora se afilia, *a priori*, a la segunda corriente porque el accionar en busca de la reparación integral por el daño sufrido atenúa mejor la victimización. Un rasgo importante a destacar, y que signa la evolución de la legislación nacional en materia de violencia intrafamiliar, es que a esta se le daba mayor relevancia cuando revestía caracteres de delito y era denunciada ante las autoridades competentes; en el presente, aunque la nueva norma penal sustantiva tipifica figuras delictivas que ofrecen especial protección frente a esa situación, con tratamiento, además, desde las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, ella también se halla incorporada a la norma familiar vigente.

El Código de las familias (CFS) [GOR-O (99), 2022, pp. 2306-2307] derogó a su antecesor de 1975 y, más atemperado a la realidad actual de las familias cubanas, dedicó el Título II a la violencia en el ámbito familiar, a la cual conceptualizó, al tiempo que enumeró sus expresiones y permitió la exigencia de la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de ella.

El Artículo 13, primer párrafo (p. 2898), regula que la violencia familiar «se expresa a partir de la desigualdad jerárquica en el interior de la familia y tiende a la destrucción de las personas, la convivencia y la armonía familiar» y considera, como sus principales víctimas, «a las mujeres y otras personas por su condición de género, las niñas, niños

y adolescentes [sic], las personas adultas mayores y las personas en situación de discapacidad».

En el apartado dos del citado precepto, se definen como expresiones de violencia familiar «el maltrato verbal, físico, psíquico, moral, sexual, económico o patrimonial, la negligencia, la desatención y el abandono, ya sea por acción u omisión, directa o indirecta». La protección legal, de acuerdo con los apartados tres y cuatro, se extiende a la violencia que se produce «en el contexto de las relaciones familiares», entre parientes y personas afectivamente cercanas, o entre quienes tuvieron o mantienen relaciones de pareja, u otras personas unidas por vínculos de convivencia, con independencia de que sean familiares o no.

A estos asuntos se les ofrece tutela urgente. Quien se considere víctima tiene el derecho de denunciarlo ante las autoridades correspondientes y solicitar su protección inmediata; de igual forma, cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de esta índole debe formular la denuncia —Artículo 14 (p. 2898).

La violencia basada en el género, en general, atenta contra los derechos a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y el desarrollo integral, derechos fundamentales de las personas, consagrados en el Artículo 46 constitucional, previamente citado. Cuando tiene lugar en el escenario familiar, no solo afecta a quienes intervienen directamente en ella, sino a todas las demás personas integrantes del núcleo familiar, que se ve resentido en sus interrelaciones, armonía, seguridad, confianza; la violencia deja marcas y quienes conviven con tales situaciones las llevan consigo a todos los ámbitos sociales en que se desenvuelven, en los que impactan de un modo u otro; de ahí su naturaleza pluriofensiva y altamente perniciosa.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 38 del Código civil (CC) [Pérez Gallardo, 2006, p. 47], las violaciones de los derechos inherentes a la personalidad que afecten el patrimonio y el honor del titular, confieren a este la posibilidad de reclamar el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos —si fuera posible—, la retractación del ofensor, y la reparación de los daños y perjuicios causados.

Sin embargo, los tribunales han entendido que los derechos inherentes a la personalidad carecen de valoración económica y, para que pueda estimarse el daño moral con relevancia jurídica, ha de producirse un perjuicio, una pérdida o un menoscabo susceptible de resarcimiento;

así lo plasma la Sentencia No. 29, de 30 de abril de 2008, dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana (Pérez Gallardo, 2011, p. 49).

En la Sentencia No. 110, de 2 de noviembre de 1999, recaída en el expediente 34, la propia sala había concluido que

[...] en lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código civil vigente, tal y como [sic] tantas veces se ha mencionado, la ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retracción pública [...]. (Pérez Gallardo, 2006, p. 92)

El Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] protege específicamente a las mujeres en 22 delitos; en aquellas figuras delictivas cometidas como consecuencia de la violencia de género o la familiar, la sanción a imponer puede ser agravada hasta en un tercio por encima del límite máximo del marco sancionador. Asimismo, tal circunstancia es considerada entre las que modifican la responsabilidad penal (agravantes y atenuantes, según el caso), se prevén sanciones accesorias dirigidas a la protección de las personas afectadas y la responsabilidad civil derivada del delito, que comprende el resarcimiento patrimonial y moral —artículos 43, 58, 75, 79, 102-105; pp. 2573, 2577, 2582-2585, 2595-2597, por su orden.

El Programa nacional para el adelanto de las mujeres (PAM), aprobado por el Decreto presidencial No. 198, de 20 de febrero de 2021 [GOR-E (14), 2021, pp. 247-259], integra las acciones y medidas conducentes a hacer efectivos los principios y postulados reconocidos en la CRC, y los compromisos internacionales contraídos sobre la igualdad de género. Como complemento de ello, por el Acuerdo No. 9231, del Consejo de Ministros, de 19 de noviembre de 2021, se formalizó la Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario familiar [GOR-E (101), 2021, pp. 837-874]. Ambos documentos apuestan por la edificación de una cultura de respeto a la dignidad humana y el consecuente enfrentamiento a la violencia de género; particularmente desde lo jurídico, promueven el rigor en el tratamiento administrativo y penal a quienes cometan actos de esta naturaleza y, a la vez, la reparación integral a las víctimas.

### III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLENCIA DE GÉNERO INTRAFAMILIAR

El Derecho ofrece tutela jurídica a las víctimas ante hechos de violencia basada en género que tienen lugar en la sociedad y lo hace a través de mecanismos de detección, prevención y reparación integral. Cabe señalar que la concepción de la reparación complementa la protección y no conlleva a sustituir las medidas de protección que establecen las leyes especiales.

Con respecto a la antijuridicidad, toda situación de violencia de cualquier tipo es contraria al derecho a no ser dañado por otro, principio basado en el derecho de daños. La institución jurídica que permite la reparación integral a la víctima es la responsabilidad civil, que según Martín Sanz (2018)

tiene como fin la prevención de los comportamientos antisociales, la indemnización de las víctimas, la difusión de la carga de los daños y ser garantía de los derechos de los ciudadanos. [...] Para que haya responsabilidad civil se tienen que cumplir los siguientes requisitos: una acción u omisión ilícita, la existencia y prueba del daño causado, la culpabilidad del sujeto agente y un nexo causal entre los dos primeros requisitos. (p. 5)

Luego, uno de los requisitos del instituto es la existencia del daño, entendido por Martín Sanz (2018) como

el elemento central de la responsabilidad civil, ya que sin el daño o perjuicio no existe la obligación de indemnizar, [lo entiende como] todo menoscabo que sufre una persona a consecuencia de un suceso, ya sea en sus bienes, propiedad o en su patrimonio, del que debe responder otra persona. (p. 9)

La responsabilidad civil presenta una dualidad en su naturaleza, pues el daño tiene una clasificación binaria: el patrimonial o material y el no patrimonial o moral, de ahí que puedan distinguirse distintas clases de responsabilidad civil (objetiva, subjetiva, plural, contractual y extracontractual); la autora, sin embargo, se centrará en aquella que sirve para entender la responsabilidad civil que se deriva de los daños causados respecto a la violencia de género en el escenario familiar, que es la extracontractual.

En esta clase de responsabilidad civil, el daño sufrido por la víctima puede manifestarse de diversas maneras; entre ellas, se estima atinada la presentada por Ortiz (2016, pp. 6-7), para quien existe:

- Daño físico: Implica la existencia de una lesión, visible o no.
- Daño emergente y lucro cesante: En el primero hay un egreso patrimonial efectivo; en el segundo, un no ingreso a raíz del daño, es decir, una ganancia frustrada, por ejemplo, el menoscabo de quien, a causa de una paliza propinada por el marido, se ve imposibilitada de concurrir al trabajo y pierde la remuneración correspondiente al período de inasistencia.
- Pérdida de chance: Se expresa en la pérdida de una posibilidad laboral o educativa concreta, lo que se relaciona con la imposibilidad de progresar debido al daño ocasionado. Para dar ejemplos, podemos mencionar la pérdida de un viaje de negocios o de una beca de estudios concedida.
- Daño psicológico: Tratándose de situaciones de violencia de diversa índole (física, psíquica, sexual, económica, etc.), el daño que adquiere una especial consideración es el psicológico. En estos supuestos, se ha exigido la prueba de comportamientos extremos, como, por ejemplo, a través de la realización de informes médicos que determinen si el comportamiento se debió a las situaciones de violencia padecidas. Se expresa mediante temores, pesadillas, paranoias, pérdida de memoria, ataques de pánico, entre otras manifestaciones.
- Daño sexual: Se refiere a la afectación a la integridad sexual de la persona. El bien jurídico lesionado es la salud sexual o el detrimento físico o psíquico producido por la alteración orgánica o funcional —total o parcial, permanente o transitoria. El daño incide en la función o el goce sexual. Este aspecto se relaciona con el daño al proyecto de vida, pero enfocado a la esfera sexual.
- Daño al proyecto de vida: Lesiona el ejercicio de la libertad ontológica del ser humano. Se vincula con la proyección y autorrealización personal de cada uno. Las consecuencias de este tipo de agresiones originan no solo miedos, fobias, tendencia al retraimiento, sentimientos de culpa, depresión, pesadillas o problemas en el rendimiento escolar, sino que trastocan de manera definitiva el modo en que las personas aprenderán a relacionarse en los diversos ámbitos de su vida.
- Daño material: Se entiende como la pérdida, el deterioro o menoscabo sufrido a un bien tangible, al patrimonio.

- Daño moral: De acuerdo con el citado autor, es una «especie de daño posible de darse en situaciones de violencia familiar donde hay aislamiento, deshonra, vigilancia, degradación que lesionan el espíritu de la víctima» (p. 6).

Martín Sanz (2018) también ofrece una clasificación de los daños; en este sentido, afirma que «el daño patrimonial, también denominado daño material, consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia que se haya dejado de obtener» (pp. 10-12).

Resalta la autora que el daño patrimonial tiene dos vertientes:

- a) El daño emergente: Perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, quien pierde un bien o derecho que ya estaba incorporado a él.
- b) El lucro cesante: Contempla la ganancia frustrada, es decir, aquellos daños que se producen porque dejan de obtenerse o ingresarse, en el patrimonio de la víctima, determinados bienes o derechos, de modo que se ve privada de beneficios que le correspondían;

Los daños morales son aquellos infringidos a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales (las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, la salud física o psíquica); se diferencian de los patrimoniales en que afectan bienes inmateriales, lo que supone un problema a la hora de valorar su equivalente en dinero.

El CC, aunque no define el daño de forma expresa, lo enuncia en el Artículo 81 (Pérez Gallardo, 2006, p. 83), al reconocer que «los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro». La obligación de responder por estos fue definida por el legislador en el precepto siguiente del propio cuerpo normativo (p. 84). Por ello, el acto ilícito es una situación indebida que se traduce en la violación de los derechos subjetivos de otros y de los valores postulados en la ley suprema del Estado cubano; aquel ocasiona un daño o perjuicio, del cual nace la obligación de quien lo causa de indemnizar a la víctima.

### 3.1. LA REPARACIÓN INTEGRAL DESDE EL DERECHO COMPARADO

En el sistema de responsabilidad civil se erige el principio *restitutio in integrum* o reparación integral, «lo que significa que la víctima debe ser reparada en todo aquello en lo que ha sido dañada. Sin embargo, en el

caso de los daños morales resulta imposible reparar íntegramente a la víctima» (Barros Bourie, 2009, pp. 117-118).

Corte López (2020) sostiene que la doctrina viene identificando al principio de reparación como

el perjuicio consistente en la lesión o [el] menoscabo de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito íntimo o estrictamente personal de la víctima, que serán objeto de resarcimiento por el juez, o también como la angustia, el sufrimiento o [la] aflicción [...], la humillación y los padecimientos causados a la víctima que afectan a [sic] su dignidad, estima social y salud psíquica y —en definitiva— relacionados con el derecho de la personalidad. (p. 5)

El contenido del verbo *reparar* es más amplio que el de *indemnizar*. El *Diccionario de la lengua española* define el primero como «arreglar algo que está roto o estropeado; enmendar, corregir o remediar; desagraviar, satisfacer al ofendido», mientras que, al segundo, lo entiende como «resarcir de un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica» (Real Academia Española, 2023, s.p.).

Para Vega Miranda (2023), «la acción reparadora se encuentra conducida en función del daño que se intenta remediar, en este sentido se distinguen dos tipos de daños de los que la víctima puede ser objeto, materiales e inmateriales [...]» (p. 2). De ahí que, como asegura la autora mencionada, existan dos clases de reparaciones: las materiales y las inmateriales; las primeras están vinculadas con los derechos patrimoniales o, incluso, con aspectos de la integridad que sean susceptibles de reparar, mientras que las otras «se encuentra[n] destinada[s] a resarcir el daño moral o espiritual causado a la víctima, de igual manera para reparar aquellos derechos que no son susceptibles de una valoración monetaria» (p. 26).

Jaramillo García (2020) apunta de forma similar que,

en caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. [...] Ante el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de

carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. (pp. 41-42)

En el Derecho comparado, pueden hallarse normativas que ya logran definir la reparación integral; algunos Estados lo hacen desde lo civil (España, México, Argentina) y otros, desde lo penal, como Ecuador, con el Código orgánico integral penal (COIP) (2014), en cuyo Artículo 77 se establecen parámetros para determinar la responsabilidad y cuantificar el daño, al preverse que

la reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. (s.p.)

El Artículo 78 del COIP (s.p.) establece los mecanismos de reparación integral y reconoce las indemnizaciones de daños no solo materiales, sino también, inmateriales, cuando se refiere a que la compensación resultante de un ilícito penal puede tener un valor monetario o no.

En Argentina, la Ley No. 26485, de 2009, regula distintas modalidades de violencia contra la mujer, entre ellas, la doméstica —Artículo 6 (s.p.). La parte damnificada puede solicitar la reparación civil por los daños y perjuicios sufridos, conforme al Código civil (Artículo 35, s.p.). Este último cuerpo legal, a diferencia de su similar cubano, define el daño, y prevé la reparación en sus distintas modalidades, así como las formas de lograrla —Artículo 1737, (s.p.).

Asimismo, el Artículo 1740 (s.p.) define la reparación plena ante daños materiales e inmateriales; de acuerdo con ello, fue resuelto un caso de violencia de género en el ámbito familiar por daños y perjuicios, ante el Juzgado de Familia No. 2, Secretaría No. 2, de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Esquel, en el que se accedió a la indemnización por daño no patrimonial con una perspectiva de género, para lo cual se tuvieron en cuenta varios parámetros, como las afecciones espirituales que interfirieron en el proyecto de vida de la víctima, las consecuencias de las angustias y sufrimientos psíquicos, las circunstancias del hecho, el nexo causal, el tiempo de convivencia entre las partes, y la intensidad del daño psíquico y moral demostrado, verificado en la concurrencia de trasgresiones de derechos por razones de género. El tribunal condenó al agresor al pago de una suma dineraria por daños inmateriales, tales como los psicológicos.

### 3.2. TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO DE LAS FAMILIAS

La responsabilidad civil garantiza la protección a las víctimas en la medida en que es capaz de generar obligaciones de reparación, a cargo de los causantes del daño; no obstante, en el ordenamiento jurídico nacional y, en particular, en el Derecho de las familias, cuando se trata de la violencia basada en el género, tal herramienta tiene una evolución incipiente; es a partir del CFS [GOR-O (99), 2022, pp. 2306-2307] que se define la violencia en el ámbito familiar, y se exponen, como nunca antes, las formas de manifestarse y la exigencia de responsabilidad por los daños derivados de ella.

Ante cualquiera de las manifestaciones de violencia intrafamiliar, algunas de las cuales se enuncian en el Artículo 13 de ese texto normativo (p. 2898), el legislador prevé la responsabilidad por daños; así, el precepto 15 (pp. 2898-2899) establece que «quien en sus relaciones familiares emplee discriminación o violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, responde conforme a lo establecido en la legislación familiar y en la penal». Asimismo, indica que la reparación de los daños y perjuicios por esta causa comprende el daño moral y se determina en proporción a la intensidad, persistencia y consecuencias del acto violento. Aquí radica la principal dificultad para el juez, porque no cuenta con pautas o parámetros que le permitan medir tal proporción, cuando es de naturaleza inmaterial, como sería necesario para poder cuantificarlo.

Esencialmente, la indemnización de naturaleza económica está prevista cuando se vulnera un derecho con contenido pecuniario, pero, en lo referente a los daños de contenido extrapatrimonial, no se encuentra un valor en el mercado.

Lo anterior cobra especial relevancia, si se tiene en cuenta que, en los eventos de violencia de pareja, al tiempo que se generan daños físicos, se pueden identificar gravísimas lesiones a la estabilidad psicológica y social de la víctima, más aun si la persona causante del daño es alguien con quien se tiene un vínculo íntimo.

El ordenamiento jurídico cubano no contiene ninguna norma, parámetro o criterio que sirva para determinar las indemnizaciones que deban establecerse por los daños ocasionados en los casos de violencia de género cuando estos no son de naturaleza patrimonial, lo que hace indispensable acudir a otros mecanismos para determinar el *quantum* indemnizatorio.

El CC es claro en cuanto a la reparación, si se trata de bienes materiales, es decir, cuando hay un daño o perjuicio patrimonial, en el que puede conocerse la cuantía de una forma más certera, pero no lo es para el no patrimonial, ya que, si bien se prevé el de tipo moral, que alcanza la retractación pública del ofensor —artículos del 83 al 88 (Pérez Gallardo, 2006, pp. 86-92)—, no se toma en cuenta que la lesión de un interés puede explicar la compensación del daño no patrimonial, en concreto, cuando la víctima lo ha sufrido en su cuerpo y dignidad humana, así como en la libertad u otros derechos de la personalidad, que pudieran mesurarse teniendo en cuenta el alcance de su protección.

En la responsabilidad civil derivada del delito por violencia de género, tiene cabida la indemnización no solo de los daños físicos ocasionados, sino también del moral, causado a la víctima (retractación del ofensor), solución, como se ha visto, prevista en el CC, pero que ha de extenderse, a partir de la nueva normativa familiar, a otros daños inmateriales.

La reparación integral actúa como un principio, es una base fundamental de la responsabilidad civil; de ahí que los jueces deban buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados a las víctimas, ya sea que se trate de bienes materiales o inmateriales.

El Artículo 102 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2594] identifica que la responsabilidad civil por los daños o perjuicios derivados del acto delictivo recaerá sobre los autores y partícipes que los hayan provocado y los terceros civilmente responsables así declarados; además, exige que el tribunal que conozca del delito, declare la responsabilidad civil y su extensión aplicando las normas correspondientes de la legislación civil, sin hacer alusión a la familiar; por otra parte, al referirse a la ejecución de esta responsabilidad, considera la obligación de restituir la cosa y la de reparar el daño moral, lo que hace evidente que toma en cuenta, única y exclusivamente, la dualidad patrimonial de esta institución. Si el resultado del ejercicio de la violencia intrafamiliar o de género constitutiva de delito fue un daño inmaterial, su reparación no encuentra solución en el plano normativo (penal y, por remisión de este, civil).

El juez tiene la obligación legal de solucionar cada caso sometido a su conocimiento, pero ello se complejiza cuando se trata de un daño que puede (y debe) ser reparado o compensado de forma integral, lo que solo sería posible, en el estado actual de la cuestión, si logra comprobar y valorar la existencia de las lesiones provocadas a la víctima.

### 3.3. PAUTAS PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS

La valuación del daño por los jueces debe desarrollarse sobre la base de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionales al menoscabo sufrido por las víctimas, y que, a la vez, garantice la prevención de los actos violentos. En torno a la cuantificación de la indemnización, según el criterio de Otaola (2012, p. 103), existen dos vertientes: dejarla expedita a la prudencia judicial o establecer, concretamente, en la norma, tabulaciones legales que deberán observar los jueces, en forma de una planilla de cálculo, que permita arribar a los daños a partir de operaciones aritméticas.

Partiendo de lo antes expuesto, podrían vincularse ambos extremos; por un lado, pudiera definirse el daño a través de diferentes hipótesis justiciables o hechos que puedan calificarse como indicios y ser susceptibles de indemnización, los que se traducirían en tabulaciones pecuniarias; pero también, para no dar lugar a rígidos cálculos matemáticos, debiera admitirse cierta flexibilidad que permitiese al juzgador acudir a su prudencia y separarse de la norma, por medio de una decisión fundada, cuando, tomando en consideración las particularidades del caso, el daño no se corresponda con la determinación preestablecida legalmente.

Dicho en otros términos, la flexibilidad otorgada al juez debiera regirse por pautas que eviten el riesgo de arbitrariedad en su actuar y cumplan con una triple finalidad: 1. Resarcir suficientemente a la víctima; 2. Restablecer a esta a la situación anterior a la lesión, siempre que sea posible; 3. Contribuir a la prevención del daño.

En primer orden, se ha de definir a quién le corresponde solicitar la cuantía y la forma de reparación; para ello, hay que situarse en el orden jurisdiccional en el cual se conoce el asunto. Si el acto derivó en un delito, le correspondería al fiscal o a la propia víctima; en cambio, si el conflicto es de naturaleza familiar o civil, este elemento sería el pilar de la pretensión de la demanda formulada por el actor y, en cualesquiera de los casos, este debería tener la oportunidad de pretender ser reparado de forma específica o por equivalente (pretensiones alternativas). Esto permitiría que la cuantía solicitada actúe como referente para el juez en el momento de disponer la reparación. Correspondería a quien juzga valorar si la suma dineraria solicitada es la adecuada o si deberá regirse por la pre-

vista en la tabulación, además de decidir sobre la forma de reparación a adoptar, con lo cual se evitarían intenciones lucrativas de las partes.

No obstante, ante la omisión o silencio de las partes sobre este particular, dadas las amplias facultades otorgadas al juez, él pudiera valerse de lo regulado en el Artículo 62 del Código de procesos (CPR) [GOR-O (138), 2021, p. 3989], que le permite resolver sobre aspectos no contenidos en la demanda, lo que podría acontecer cuando el asunto en sí no fuera promovido a causa de la violencia de género, sino que ella saliera a relucir, producto de hechos violentos y dañosos que no debieran quedar impunes, en un proceso de cualquier otra naturaleza. Tal actuación no se considera violatoria del principio de congruencia porque, en todo caso, el tribunal ilustraría a los justiciables sobre estos aspectos.

Otro parámetro a considerar, como plantea Naveira Zarra (2004, p. 172), es el valor particular que el bien dañado representaba para la víctima; de ahí, la posibilidad de determinar la utilidad concreta que proporcionaba a la persona, aunque, difícilmente, sería la misma, luego del evento dañoso; de ser posible, obtendría una reparación específica, aun cuando la reparación por equivalente, traducida en dinero, es la más cercana a esta gama de daños inmateriales porque actúa con una función compensatoria.

Atendiendo a la individualidad del asunto, el juez deberá apreciar las afectaciones en la esfera síquica o moral, según el tipo de lesión. Como elementos que permiten acreditar y cuantificar el daño, han de valorarse su intensidad, las circunstancias del caso, las consecuencias del acto y su persistencia, las condiciones socioeconómicas de la víctima, sus características personales (aspecto familiar, profesional o intelectual, social, psíquico, edad o períodos de vida de la persona, estado civil, cargas de familia, creencias, salud, estilo de vida y agresividad del comportamiento).

Del autor del daño, debe tenerse en cuenta su condición económica, el factor de atribución de responsabilidad, el grado de comprensión del acto violento y dañoso que ocasionó. Ha de valorarse si el menoscabo surgió de una conducta dolosa o culpable, pues aun cuando la cuantía indemnizatoria no atendería al aspecto subjetivo, sino al perjuicio o daño causado, la actuación dolosa impediría la posible atenuación que el juez pudiera realizar en función del patrimonio o la situación personal del agresor.

La persona titular del derecho violado debe ser necesariamente escuchada en la audiencia, al igual que el causante del daño; la inmediación entre las partes y el juez permite a este centrar el debate sobre la forma de reparación más justa y valorar la persistencia del daño. Este acto judicial, también, puede derivar a la mediación, como forma alternativa de solución al conflicto.

Para la determinación de los daños y el impacto de estos, así como para la posterior tasación económica, sería recomendable el empleo de medios de pruebas pertinentes e idóneos; en tal sentido, tienen protagonismo la prueba pericial en materia de trabajo social, impacto psicoemocional, exámenes médicos, antropología, entre otras. Estos ejercicios de estimación ayudarán a dimensionar el impacto del hecho en la esfera de la víctima y, si no son propuestos por las partes, el tribunal debiera disponerlos de oficio.

Asimismo, pudiera acudirse, de forma orientativa, al análisis de resoluciones judiciales que hayan recaído en asuntos similares, sin olvidar el principio de apreciación concreta, en plena concordancia con lo regulado en el Artículo 4.2 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3878], que introduce la jurisprudencia como una forma de interpretación. Se trata de otorgar a la víctima una reparación proporcionada, acertada y capaz de conferir seguridad para aquellos asuntos similares que acontezcan posteriormente.

El criterio de equidad debe servir para modular el principio de reparación integral; asimismo, se ha de actuar con objetividad y una sana crítica, de acuerdo con la realidad social del momento en que se conoce el asunto, empleando las máximas de la experiencia para poder ponderar, cuando sea necesario, en busca de proporcionalidad y racionalidad.

En la sentencia o acuerdo reparatorio también habría que observar el principio de razonabilidad, que implica exponer las fuentes de Derecho que orientan la decisión, incluida la exhibición de los principios constitucionales observados por el juez. En la resolución deben quedar expresadas las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse por parte del procesado.

### 3.4. CUESTIONES PROCESALES

En cuanto a la competencia para dirimir estos asuntos, la problemática se presenta con respecto a si debe conocer de ellos el juez de lo civil o el de lo familiar.

La autora se inclina por esta última variante, según la exigencia regulada en el Artículo 10 del CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2306], siempre que el daño no configure un ilícito penal, en cuyo caso habría que estar a lo dispuesto en la legislación penal; no obstante, para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, debiera atenderse a las reglas de la norma familiar que recomiendan la presencia de especialistas de diversas disciplinas que asesoren, acompañen y contribuyan, desde sus saberes, a la solución de estos asuntos.

Mientras el Artículo 24.1 g) del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3280-3281], de forma expresa, prevé la competencia del Tribunal Municipal Popular, en materia civil, para conocer de las demandas sobre el resarcimiento derivado de la responsabilidad civil extracontractual, el apartado dos del propio precepto dispone, de forma global, que todos los asuntos en materia de familia son conocidos, en primera instancia, por igual órgano. Por tanto, nada impide que los casos de responsabilidad civil derivada de la violencia intrafamiliar se conozcan en este orden jurisdiccional —el de lo familiar—, en atención al principio de especialidad.

El proceso se tramitaría por el cauce sumario, tomado en cuenta lo regulado en el Artículo 551.1 g) del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4053], que se dedica a la tramitación de los conflictos por razón de violencia de género o familiar. La especialidad de la demanda estará dada por el estrecho vínculo entre las partes, la naturaleza de los hechos relatados, la normativa utilizada, el ofrecimiento y la producción de la prueba, el análisis de cada medio de prueba y su valoración, entre otros elementos que la distinguen, no por el tipo de procesos ni sus presupuestos. El asunto pudiera ser iniciado por las víctimas de violencia o sus familiares y estaría dirigido contra el agresor.

La carga probatoria la ostenta quien alega la existencia del daño, sin perjuicio de la posibilidad que se confiere al tribunal para desplazarla a la contraparte, cuyo uso pudiera ser recomendable en algún caso relacionado con la violencia de género. Por su parte, los artículos 14 y 61.2 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3979, 3989] permiten a los tribunales analizar las pruebas, conjunta y separadamente, con valor objetivo y criterio racional, tenidas en cuenta las circunstancias del caso sometido a su consideración, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica.

Otra garantía latente, en consonancia con el debido proceso, es la facultad del tribunal de disponer de oficio, en cualquier estado del proceso,

la práctica de los medios probatorios que sean imprescindibles para formarse convicción sobre los hechos, tal como regula el Artículo 292.3 de igual cuerpo legal (p. 4019), potestad que, en el criterio de la autora, es vital para determinar la cuantificación de los daños.

Según el Artículo 15.4 del CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2899], la acción para reclamar la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios por los hechos de discriminación o violencia en el ámbito familiar es imprescriptible, lo cual favorece a la víctima porque le permite acceder a la justicia en cualquier momento, de acuerdo con lo regulado en los artículos 94, inciso d), de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], y 2.1.2 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3978].

## IV. CONCLUSIONES

La violencia de género en el escenario familiar puede ejecutarse mediante agresiones de distinto tipo: física, sexual, económica o psicológica, ejercida por una persona del mismo grupo, al margen de su sexo, identidad de género u orientación sexual.

Este tipo de conductas ocasiona gravísimas consecuencias, patrimoniales y no patrimoniales, que deben ser resarcidas con apego al principio general de reparación integral, según el cual se ha de considerar el cumplimiento de todos los requisitos para la declaración de la responsabilidad, a saber, la existencia del daño, el nexo de causalidad entre este y el hecho dañino.

El ordenamiento jurídico nacional no contiene ninguna norma que establezca los parámetros o criterios que permitan al juez determinar la proporción de la intensidad, persistencia y consecuencias del acto que origina la violencia, para luego fijar las indemnizaciones que deban establecerse por los daños ocasionados, cuando estos no sean de naturaleza patrimonial.

Para cuantificar la indemnización, el juez debe tomar en consideración la gravedad de la conducta violenta, su duración y las consecuencias derivadas del daño. Sería conveniente que la norma incluyera una lista no cerrada de elementos, parámetros o pautas que permitieran acreditar y cuantificar aquel, así como un sistema de reparaciones o indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales a los perjuicios sufridos, a fin de dar cabida a un modelo eficaz de reparación integral que prevenga la realización de conductas violentas, como exigen los instrumentos

internacionales, a partir de la armonización entre la prudencia judicial y las tabulaciones legales.

Atendiendo a las particularidades del asunto, el juez deberá apreciar las condiciones especiales o particulares de la víctima y el causante del daño, la intensidad y agresividad del comportamiento y el impacto de las afectaciones en la esfera síquica o moral, según el tipo de lesión.

El presente trabajo es, apenas, la arrancada de una investigación aún en ciernes. Se espera que, desde las páginas de *Justicia y Derecho*, puedan compartirse los resultados de un posicionamiento, nada pacífico, por cierto, en torno a la traducción económica de los daños inmateriales resultantes de la violencia de género (referidos a derechos inherentes a la personalidad) y su determinación judicial, como parte de la responsabilidad civil por daños, vista desde el principio de reparación integral.

## V. REFERENCIAS

- Alonso Varea, J. M. y Castellanos Delgado, J. L. (2006). Por un enfoque integral de la violencia intrafamiliar. *Intervención psicosocial*, 15(3), 253-274. <https://scielo.isciii.es>
- Álvarez Olalla, P. (2020). *Violencia de género y responsabilidad civil*. Reus. [https://www.editorialreus.esstaticpdfprimeraspaginas\\_9788429022919\\_violencia-de-genero-y-responsabilidad-civil\\_reus.pdf](https://www.editorialreus.esstaticpdfprimeraspaginas_9788429022919_violencia-de-genero-y-responsabilidad-civil_reus.pdf)
- Barros Bourie, E. (2009). *Derecho de daños*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. <http://doi.org/10.223/rcs70.2021.77.2959>
- Código civil y comercial de la nación argentina. (Octubre 8, 2014). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://www.argentina.gob.ar-ley>
- Código orgánico integral penal. (Febrero 10, 2014). Registro Oficial No. 180. <http://www.defensa.gob.ec>
- Consejo de Ministros. Acuerdo No. 9231, Estrategia integral de prevención a la violencia de género y en el escenario familiar. (Diciembre 9, 2021). GOR-E (101), 837-874.
- Constitución de la República de Cuba. (Febrero 24, 1976). GOR-E (3), 7-22.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, 101-124. (2001). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, 239-260. (2001). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Convención sobre los derechos del niño. En *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, 297-327. (2001). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2014). *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, 271-310. Naciones Unidas.
- Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. (Diciembre 20, 1993). En Instrumentos de derechos humanos. <http://www.ohchr.org>
- Declaración universal de los derechos humanos. En *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, 5-18. (2001). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Decreto presidencial No. 198. (Marzo 8, 2021). GOR-E (14), 247-259.
- Corte López, J. del. (2020). Aspectos civiles de la violencia de género: indemnización del daño moral. <http://www.civil-mercantil.com/sites/civil-mercantil.com/files/articulo-express-2020-5-0pdf>
- González Ferrer, Y. y Pérez Gutiérrez, I. (2021). *Guía teórico-práctica de aplicación del enfoque de género y prevención de la violencia en el ámbito jurídico*. Unijuris.
- Jaramillo García, A. M. (2020). *La reparación integral en los procesos de violencia intrafamiliar* [trabajo de titulación previo a la obtención del título de abogada de los tribunales de justicia de la República del Ecuador]. <http://www.ucacue.edu.ec>

- Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana). (Abril, 2018). <http://www.cumbrejudicial.net>
- Ley No. 1289, Código de familia. (Febrero 15, 1975). GOR-O (6), 1-69.
- Ley No. 59, Código civil. En Pérez Gallardo, L. B. (2006). *Código civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*. Ediciones ONBC.
- Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2301-2403.
- Ley No. 26485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (Marzo 11, 2009). *Boletín Oficial de la República de Argentina*. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley-26485-violencia-familiar.pdf>
- Martín Sanz, R. (2018). *La incidencia del derecho de daños en el Derecho de familia* [tesis de grado en Derecho, Universidad Valladolid]. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/30973/TFG-N.950.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Naveira Zarra, M. M. (2004). El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/1131>
- Ortega Pérez, M. A y Peraza de Aparicio, C. X. (2021). Violencia intrafamiliar: la reparación integral como un derecho en el Ecuador. <http://home/pi/Downloads/diegofalconi,+IURIS+DICTIO+28+-+15+dic+2021-107-118.pdf>
- Ortiz, O. D. (2016). ¿Por qué reparar por daños en violencia familiar? <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2468-que-reparar-danos-violencia-familiar>

- Otaola, M. A. (2012). La reparación plena e integral y el daño moral: ¿una utopía? *Revista de la Facultad*, III(2), 97-112. [https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/83108/CONICET\\_Digital\\_Nro.5994-17586-1-SM.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/83108/CONICET_Digital_Nro.5994-17586-1-SM.pdf?sequence=5&isAllowed=y)
- Palomeque-Verdugo, G. A.; Erazo-Álvarez, J. C.; Narváez-Zurita, C. I.; Vázquez, J. L. (Julio-diciembre, 2020). La reparación integral para las víctimas de violencia de género en el Derecho constitucional. *Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, (9), 58-88. <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i9.725>
- Pérez Gallardo, L. B. (2011). *Código Civil de la República de Cuba. Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*. Editorial de Ciencias Sociales.
- Poggi, F. (2019). Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. *Doxa*, 12(42). [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99650/1/DOXA\\_42\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99650/1/DOXA_42_12.pdf)
- Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la lengua española (edición del tricentenario, actualizada)*. <https://dle.rae.es/igualdad>
- Rueda, N. (2020). La reparación de los daños por violencia de género que no violencia contra las mujeres, ni violencia de pareja: hacia una superación del ineficaz populismo punitivo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(278-2), 693-718. <http://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-2.77488>
- Sentencia del Expediente 314. (Agosto 9, 2021). Juzgado de Familia No. 2. Ministerio de la Defensa Pública. <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/3278>
- Vega Miranda, K. C. (2023). *Los estándares de reparación integral en violencia de género* [tesis de maestría, Universidad Península de Santa Elena]. <https://repositorio.upse.edu.ec/bitstream/46000/9922/4/UPSE-MDC-2023-0007.pdf>

# LAS BONDADES DE LA ORALIDAD PARA EL PROCESO ADMINISTRATIVO CUBANO

## *THE BENEFITS OF ORALITY FOR THE CUBAN ADMINISTRATIVE PROCESS*

### ■ DRA. MAJELA FERRARI YAUNNER

Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana  
Jueza profesional suplente, Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-3664-4962>

[mferrariy@gmail.com](mailto:mferrariy@gmail.com)

### Resumen

El presente trabajo se centra en la valoración respecto al importante cambio que ha significado, en el proceso administrativo cubano, la introducción de la oralidad por medio de la audiencia, con la consecuente concentración de actuaciones. Resulta trascendente para el juez administrativo nacional la comprensión de las potencialidades que este acto procesal implica, los principios que potencia y el papel que a él corresponde como conductor activo del proceso y garante de los derechos de todos los sujetos intervinientes. A la par, sin abandonar el peso de los documentos, que ha caracterizado al proceso administrativo, este nuevo escenario oral y público implica, tanto para el tribunal como para los representantes letrados de las partes, importantes retos en torno a los que debe reflexionarse, en aras de incorporar buenas prácticas y elevar la calidad de las audiencias, lo que tributa directamente a la calidad de la impartición de justicia en el marco del nuevo proceso contencioso-administrativo.

**Palabras clave:** Oralidad; audiencia; proceso administrativo; principios.

## **Abstract**

*The present work focuses on the assessment of the important change that the introduction of orality through the audience has meant in the Cuban administrative process, with the consequent concentration of actions. It is important for the national administrative judge to understand the potential that this procedural act implies, the principles that it promotes and the role that corresponds to him as an active conductor of the process and guarantor of the rights of all the subjects involved. At the same time, without abandoning the weight of documentation, that has characterized the administrative process, this new oral and public scenario involves both the court and the legal representatives of the parties, important challenges that must be reflected upon, in order to incorporate good practices and raise the quality of hearings, which directly contributes to the quality of the administration of justice within the framework of the new contentious administrative process.*

**Keywords:** *Orality; audience; administrative process; principles.*

## **Sumario**

I. Introducción; II. Las ventajas de la oralidad; III. La audiencia en el proceso contencioso-administrativo cubano; 3.1. Posibilidades como acto judicial oral; 3.2. Exigencias para el juez; IV. Conclusiones; V. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Constitución cubana de 2019 (CRC) [GOR-E (5), pp. 69-116] ha impactado en todos los órdenes de la vida socio-jurídica nacional con especial trascendencia a la protección de los derechos en el ámbito judicial. En tal sentido, el reconocimiento de los principios del debido proceso y la tutela judicial efectiva abrió el escenario propicio para reforzar la protección de los derechos, y la centralidad y el protagonismo de los jueces en dicho empeño, al tiempo que los dotó de herramientas para ser cada vez más proactivos en la búsqueda de la justicia.

En 2017, a 40 años de vigencia de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), Matilla Correa, en un interesante artículo referido a las «urgencias» del proceso administrativo en

Cuba, significó, como la primera de ellas, que no estuviese recogida, de modo expreso en la Constitución de 1976, la mención formal, directa y expresa a la tutela judicial efectiva ni, tampoco, al debido proceso:

En razón de esto, hay ausencia en nuestro ordenamiento positivo de la consagración expresa, a nivel constitucional del principio de tutela judicial efectiva o del principio del debido proceso, como nervio central al que ha de responder el diseño de la justicia administrativa y de la justicia toda, en definitiva. Tampoco está configurada en el orden constitucional, específicamente, esa tutela o ese debido proceso como un derecho fundamental de los ciudadanos o como un deber del Estado; ni hay configurado un derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia frente a las actuaciones de la Administración pública, y del Estado en general. (p. 61)

Esta falencia fue resuelta en la CRC, en la que se refrenda en el Capítulo VI, específicamente en el Artículo 92 [GOR-E (5), p. 86], como una garantía de los derechos, aquella que ofrece el Estado para que todas las personas puedan acceder a los órganos judiciales, a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Sobre esta institución, se ha referido que

[...] abarca desde el acceso a los tribunales hasta la ejecución de los mandatos judiciales, pasando por la existencia de un debido proceso; contenido suficiente para ser considerada como derecho fundamental y como principal garantía para la defensa del resto de los derechos fundamentales y para alcanzar la justicia. (Pérez y Hierro, 2020, p. 40)

Sumado a ello, en el Artículo 94 constitucional [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], se asegura el disfrute del debido proceso, el que —como plus de protección— se reconoce tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y se erige en una garantía para la seguridad jurídica de las personas; en el mismo precepto, se refrenda una serie de derechos inherentes a esta. De modo tal que la nueva ley suprema del ordenamiento jurídico nacional aporta el marco propicio para que, en el ámbito procesal, en general, y en el procesal administrativo, en particular, se avance en un sentido evolutivo imprescindible en clave garantista, tal como se había alertado desde la academia cubana.

Como parte de la reforma procesal acontecida en el país, acarreada por la CRC, se dotó al proceso administrativo de una ley que lo emancipó

del resto de los procesos «no penales» y potenció su papel en la defensa de los derechos de las personas. La Ley No. 142 de 2021, Del proceso administrativo (LPA) [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093], abrió el diapasón de la justicia en este ámbito, al ampliar las cuestiones revisables por el juez en la defensa del ciudadano ante la Administración. Resulta esencial la celebración que de este nuevo proceso hiciera, en 2022, el profesor Matilla, al señalar que,

[...] con el nuevo régimen procesal administrativo se ha roto una coraza protectora bajo la que estuvo cubierta, y favorecida, por años, la Administración pública cubana, frente a los derechos de las personas, y se han abierto —en buena medida— las compuertas para que puedan penetrar, de manera más profunda e incisiva, en el funcionamiento administrativo, el ojo escrutador y la mano correctora de la justicia, no como una fuerza que le amenace ni pretenda desplazarlo o sustituirlo, sino como una que propicie, en lo que le corresponde, el avance de una cultura de respeto a los derechos de las personas, el fortalecimiento del Estado de Derecho y la buena administración pública. (p. 558)

Al valorarse el nuevo proceso contencioso-administrativo, resalta un elemento trascendental que rebasa los actos atacables y las garantías del administrado, pues se proyecta al protagonismo del juez y se refiere a los modos de interactuar con las partes en la conducción del proceso, marcado ahora por la centralidad de la audiencia.

El dinamismo y la inmediación que aporta esta representan una profunda transformación en la manera en que, procesalmente, dialogan los jueces con las partes, lo que impacta directa y positivamente en la intensidad con que perciben y valoran los hechos, las pruebas y la verdad en sí misma. Sin embargo, este cambio de escenario, que contrae un tanto el clásico protagonismo de lo documental, y se mueve más a lo personal, implica importantísimos retos para el juez conductor, así como para los representantes procesales de las partes.

La audiencia se presenta, entonces, como un desafío y, a la vez, como una fuente de posibilidades en la búsqueda de la verdad y la justicia. Al tratarse de un acto judicial novedoso para los jueces y litigantes, se generan en torno a él falencias que parten de su práctica relativamente reciente y la necesidad de estudios teóricos patrios que acompañen y potencien las habilidades específicas en dicho escenario oral, lo que le imprime importantes particularidades.

Ante tal problemática, el presente trabajo contiene un estudio teórico-jurídico que combina el análisis doctrinal con el normativo, aderezado con la experiencia práctica de su autora en la materia. Se trata de revelar tanto los retos que implica la audiencia para los intervinientes en el proceso como sus potencialidades; su propósito se encamina al examen de lo que puede implicar este acto judicial oral para el mejor hacer del juez administrativo cubano.

## II. LAS VENTAJAS DE LA ORALIDAD

Con acierto, se ha asegurado que no existe un proceso ni puramente oral ni completamente escrito. Según Parada (2008), los sistemas eminentemente escritos atentan contra una presencia intensa de los principios de inmediación y contradicción, cuestión que, igualmente, se proyecta hacia el proceso administrativo y no niega, de manera alguna, la importancia en este, por ineludible, además, de la utilización frecuente de pruebas documentales, que continúan marcando el proceso con un signo identitario en este sentido. (p. 16)

Por su parte, Hernández realiza un análisis sobre las ventajas de la oralidad en este tipo de procesos y señala su origen en el Derecho alemán, en oposición al modelo francés que apuesta por un proceso en el que prima la escritura (2007, p. 272).

De un análisis teórico sobre el tema, puede deducirse que la aceptación de la oralidad en el proceso contencioso-administrativo no ha sido dócil. Algunos de los argumentos esgrimidos en su contra se han centrado en la complejidad que pueden involucrar los asuntos debatidos, en tanto implican un ataque al actuar de la Administración y, aun cuando puedan versar sobre cuestiones aparentemente simples, inevitablemente, tienen un impacto directo en la vida de las personas, su patrimonio y bienestar.

Se alega, igualmente, la trascendencia económica de las cuestiones objeto de controversia, pues con frecuencia están en juego bienes de gran valor o sumas monetarias significativas, lo que, por cierto, les imprime mayor complejidad. Sin embargo, ello no desvirtúa el escenario oral; por el contrario, el juez puede conocer directamente la proyección de las partes, conducir las a la precisión de sus pretensiones e, incluso, a un acuerdo que ponga fin a la litis.

Otro argumento que se esgrime se enfoca en el predominio, entre los medios de prueba, de la documental, lo que tampoco desacredita el

escenario oral, pues no riñen ambas cuestiones. Las pruebas documentales continuarán ostentando protagonismo entre aquellas que se aportan al juez. Como complemento, las intervenciones de las partes en la audiencia arrojan luces, mediante el debate procesal, respecto a la interpretación que se pretende sobre ellas y su trascendencia para la probanza de los hechos controvertidos. En tal sentido, pueden aportarse en el acto oral perspectivas de análisis sobre los documentos aportados, de modo que se genera un espacio de exposición de argumentos probatorios.

Los detractores de la oralidad refieren, también, que en las controversias administrativas debe observarse una amplia normativa legal y reglamentaria, lo que, aunque cierto y típico, tampoco desacredita su utilidad. Del mismo modo que las partes argumentan las interpretaciones probatorias, exponen en la audiencia el rumbo de análisis de los preceptos aplicables en relación con el objeto del proceso y sus pretensiones. Aunque suele hacerse en los escritos polémicos, puede abundarse en ello en el momento de exponer los alegatos conclusivos o en otros espacios de la audiencia.

Un último elemento que suele mencionarse para atacar el espacio que viene ganando la oralidad en este proceso es el carácter relevante que desempeña el expediente administrativo o gubernativo, como suele denominarse en Cuba, el que contiene las actuaciones de la Administración en la sustanciación del procedimiento administrativo que se revisa en la sede judicial. Si bien es cierto que, de la centralidad que asume dicho expediente, deriva el importante protagonismo del elemento escrito en el contencioso-administrativo, al análisis de los documentos allí contenidos, generalmente propuestos como pruebas, se aplican los razonamientos precedentes. De igual modo, también puede valorarse por los representantes letrados de las partes aquello que no está en dicho expediente y es susceptible de denotar una falencia, omisión o violación respecto al desarrollo del procedimiento, razonamientos que suelen debatirse en la audiencia.

Al respecto, ha aducido Crepaldi (2019) que

el proceso administrativo es, entonces, un proceso prevalentemente escrito [...], en el poco tiempo disponible en la audiencia no habría posibilidad de tratar los temas de la controversia que implican hechos complejos y que, de forma cada vez más difusa y penetrante, requieren una evaluación a la luz de un saber científico ajeno al derecho, con dispendio de competencias especializadas de las que no disponen ni las partes ni el juez. (p. 17)

Esta autora coloca su mira en el peso que pueden tener las pruebas con intervención pericial y le asiste razón, aunque tal argumento, por el contrario, muestra la ventaja que, a los efectos, aporta la audiencia. A esta, como se verá más adelante, puede llamarse al (o los) perito(s) a comparecer, a fin de esclarecer las valoraciones vertidas en los dictámenes que se aporten como medios de prueba.

De modo que, a los argumentos expuestos, no debe atribuírseles fuerza suficiente para derrotar las ventajas que ofrece la oralidad en el contencioso-administrativo, la que puede armonizarse, perfectamente, con las mencionadas peculiaridades de este tipo de proceso. Aunque, con certeza, ha de concluirse la inviabilidad de un proceso puramente oral, resulta loable, por el contrario, defender la conciliación y articulación de ambos modos de conducirlo, de manera que se aprovechen, positivamente, las potencialidades de lo oral y lo documental.

En este sentido, no es posible cuantificar esta relación, no podría sentenciarse si el proceso contencioso-administrativo tiene más de escrito o de oral. Pero, en definitiva, este tampoco constituye el meollo del asunto, sino que se trata de resaltar las bondades de una oralidad introducida en Cuba en data reciente y que ya brinda sus frutos, y gana admiración entre los jueces de la materia, lo que no se deriva solo de su novedad al día de hoy, sino de sus «ventajas», ya constatadas por quienes tienen a su cargo la justicia administrativa.

— *Principios procesales que potencia la oralidad*

Como, acertadamente, ha señalado Jinesta (2007):

La oralidad en la justicia contencioso administrativa abarca un as de principios entre los que pueden mencionarse la concentración, la intermediación, la identidad física del juzgador y, sobre todo, la dignificación del proceso, en el sentido de que se establece una comunicación directa entre el justiciable y el juez, y eso reivindica la dignidad de la persona, porque ya no hay una muralla de papel, entre ambos, como ha existido en los procesos escritos, o predominantemente escritos. (p. 505)

Sobre esta misma línea, López (2007) asegura que:

Una vez instaurado en un sistema procesal el principio de oralidad, lo impregna de humanidad y eleva la calidad de la justicia, al punto que [sic] su infracción, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una vulneración a la tutela judicial, que

modernamente quiere separarse de la frialdad de las comunicaciones escritas para dirigirse al contacto humano, a la percepción directa de los hechos y a una justa decisión. Inaplicar el principio de la oralidad, una vez concebido legislativamente, implica indiscutiblemente, un quebrantamiento del derecho al debido proceso. (p. 44)

El principio de intermediación, uno de los más reconocidos en relación con la oralidad, se desdobra en varias exigencias que merecen examen. Al respecto, se ha identificado como intermediación subjetiva la necesidad de que exista identidad física entre los jueces que participan en la práctica de la prueba y quienes, previa deliberación, dictan el fallo. En este punto, es importante que cuando no sea posible agotar en una única audiencia todas las diligencias requeridas, por ejemplo, porque quede pendiente la práctica de alguna prueba admitida, se procure que en ambas audiencias, la preliminar y la de prueba, participen los mismos jueces, y que, luego, sean ellos quienes fallen y dicten la sentencia.

En cuanto a la intermediación objetiva o material, considerada un subprincipio, implica igualmente varias exigencias, entre las que se identifica que, a los efectos de procurar la probanza de determinado hecho, se opte por el medio probatorio más cercano a él. De igual modo, implica la necesidad de valorar la prueba producida en el juicio con la mayor cercanía factible, a fin de que se dicte sentencia lo más inmediato posible al término de la audiencia (Jiménez *et al.*, 2006, pp. 293-295).

En cuanto a este último elemento, no se trata, por supuesto, de dictar sentencia el propio día en que se declara el proceso concluso en la audiencia, pero con esta exigencia se promueve que, con la claridad sobre los hechos que se adquiere en ese acto judicial, a su término, se proceda a fallar la decisión, aunque ciertamente se utilice el plazo que la ley otorga al juez ponente para elaborar la sentencia, ya que ello conlleva un esfuerzo intelectual en la elaboración de los argumentos y, por su complejidad, resulta imposible de completar en el propio día.

Siguiendo los criterios del postrer autor citado, se razona que la brevedad o abreviación del proceso se materializa mediante la concentración de las actuaciones procesales en la audiencia. Resulta fundamental destacar la celeridad que ello supone, al llevarse a cabo la mayor cantidad de actos en el menor espacio posible, lo que conduce incuestionablemente a

una mejor impartición de justicia y genera más transparencia, de modo que muchas cuestiones quedan zanjadas en la propia audiencia.

En realidad, se ha hecho referencia a la implementación de la oralidad como un «mecanismo razonablemente encaminado al logro de la pretendida celeridad en la administración de justicia, favoreciendo la inmediación, acercando el juez a las partes y generando condiciones que propicien la simplificación de los procedimientos» (Arias, 2013, p. 308).

En consonancia con ello, resulta ilustrativo traer a colación lo referido por Matilla Correa (2017), quien, en un estudio enfocado hacia cinco principios de la buena administración en clave teórica, al analizar la celeridad en los marcos del actuar administrativo, plantea con claridad su contenido, el que puede aplicarse, igualmente, a la línea argumental que se sigue en este trabajo, en vínculo directo con la sustanciación del proceso contencioso-administrativo y como principio al que tributa la audiencia, con la concentración de actuaciones que implica. Así, define el profesor que:

El principio de celeridad, muy relacionado con el [...] de economía, marca el imperativo de desarrollar una actuación administrativa rápida, veloz, sin dilaciones innecesarias [...]. A partir del principio de celeridad, se busca que las actuaciones administrativas sean ágiles y rápidas en tiempo. (p. 102)

La principal ventaja que puede reconocerse a la oralidad deriva del hecho de que lo más importante del proceso se discute y dilucida en la audiencia, en la que intervienen todos los sujetos procesales, lo que representa la certeza de que estos conozcan los pormenores del proceso y se entiendan formalmente notificados de lo que han presenciado.

Por otra parte, se ha esgrimido, positivamente, su proyección hacia la informalidad del proceso. Ella hace más flexible la tramitación, pues permite una mayor libertad para adaptar la realización de los actos procesales al logro de su finalidad, siempre que no se vulneren las formas esenciales y no se produzca indefensión (Hernández, 2007, pp. 278-279).

En este sentido, debe distinguirse entre la formalidad y el ritualismo como hipertrofia de aquella, solo cuando se le pondera por encima de la búsqueda de la verdad y la justicia. Es decir, no es preciso hacer referencia a la formalidad en términos peyorativos, esta es necesaria e intrínseca al proceso y sus estándares, establecidos por la ley, son vinculantes para el juez, lo que no obsta para que él, con la libertad que le

caracteriza en función de cumplir su misión superior de impartir justicia, pueda hacer uso de sus facultades o poderes para que no se priorice lo formal sobre lo material.

Igualmente, debe resaltarse que la publicidad y la oralidad resultan interdependientes, pues solo se llega a aquella en la medida en que se adopte un método por audiencias en el que, abiertamente, se proceda al juzgamiento. Por el contrario, en el sistema escrito impera una publicidad relativa (solo para las partes) y, por tanto, se ve limitado este principio, ponderado en su dimensión más amplia (Parada, 2008, p. 55).

El principio de publicidad, que se potencia con la oralidad, en palabras de Hernández (2007),

[...] se puede interpretar en un doble sentido: por una parte, la necesidad de que todos los actos procesales se realicen en presencia de todas las partes involucradas en el proceso y que tengan acceso pleno a los mismos [sic]; y por la otra, es la posibilidad de aceptar la presencia de terceros ajenos al proceso que quieran conocer las actuaciones procesales. La publicidad, además, permite conocer la rectitud de la actuación jurisdiccional, contribuye a evitar que se produzcan sentencias-sorpresa, es decir, aquellas que no tienen nada que ver con lo que fue objeto de debate y de prueba durante el juicio. (p. 280)

Esta indisoluble relación entre oralidad y publicidad tributa, en consideración de Castellanos Malo, a una mayor equidad en el proceso (2013, p. 166). En este razonamiento se sintetizan, en cierta medida, los atributos que aporta el proceso mediante audiencias, ya que, a la equidad como principio, tributan la publicidad, la intermediación, la concentración e, incluso, la búsqueda de la justicia, mediante el papel de conducción asumido por un juez más activo, principios todos que robustecen el proceso, lo humanizan y resaltan las bondades de la oralidad para el contencioso-administrativo.

### III. LA AUDIENCIA EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CUBANO

A partir de lo regulado en la LPA [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093], y la No. 141 del mismo año, Código de procesos (CPR) [GOR-O (138),

2021, pp. 3977-4069], con la celebración de la audiencia, desaparecen o se concentran una serie de trámites que el juez debía evacuar de forma fraccionada, bajo la vigencia de la derogada LPCALE, los que generaban excesivas dilaciones.

Mendoza Díaz (2015), bajo el manto de aquella ley procesal, reconocía que, a contrapelo de ella misma, en el proceso civil, la oralidad fue abriéndose paso, además, bajo el imperio de las instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP) cubano que, aunque fueron adoptadas para los procesos de familia, luego irradiaron a todo el proceso civil. Este autor considera justo que se reconozca que quien introdujo la oralidad en el ordenamiento jurídico nacional fue el proceso económico, que se sumó a la LPCALE en 2006 y al que denominó «la luz en el camino» por sus potencialidades para expandirse al resto, como de hecho sucedió en la reforma procesal cubana posterior a 2019, cuando se generalizaron experiencias de aquel proceso, hoy mercantil (p. 247).

Como cuerpo normativo de relevancia para el análisis que aquí se desarrolla, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] resulta supletorio de aquello que no se prevé, expresamente, en la LPA, tal como establece su Artículo 4.2 [GOR-O (139), 2021, p. 4072]. En cuanto a las pruebas, de forma similar, su Artículo 102 (p. 4087) dispone que, en la proposición, admisión y práctica de estas, se aplican las regulaciones establecidas en el CPR, y solo dispone un par de particularidades muy precisas.

La audiencia se convierte así en un escenario propicio y fértil para el ejercicio de los poderes del juez, único director del proceso, quien anteriormente no encontraba espacio para verse cara a cara con las partes e interpelarlas respecto a aquello que considerara oscuro o dudoso. Debe recordarse que, en el proceso administrativo previsto en la LPCALE, no se concebía siquiera la posibilidad de comparecencia como en el proceso civil, por lo que solo existía contacto personal en el caso de interesarse la prueba testifical o la vista.

En tal sentido, se ha resaltado que

el principio de la oralidad puede desempeñar un papel fundamental para la resolución de la controversia, al permitir tanto el contacto directo de los jueces con las partes, como con los medios probatorios que le permitirán formarse la convicción acerca del asunto que debe decidir. (Hernández, 2007, p. 274)

### 3.1. POSIBILIDADES COMO ACTO JUDICIAL ORAL

A fin de observar de cerca este elemento de oralidad que se examina, resulta esencial el Artículo 96 de la LPA [GOR-O (139), 2021], en el que se establece que la audiencia tiene como propósitos escuchar a las partes sobre las alegaciones previamente formuladas, las que pueden invocar hechos nuevos que resulten del examen de los expedientes administrativos; analizar y resolver las excepciones procesales y cualquier otra cuestión que impida entrar al fondo del asunto, siempre que las partes las hayan propuesto debidamente en sus escritos o expresado en el propio acto; fijar los términos del objeto del proceso y del debate; pronunciarse sobre la admisión y denegación de los medios de prueba propuestos por las partes, y disponer el orden para su práctica; practicar las pruebas; escuchar los alegatos orales conclusivos de las partes; así como cualquier otra actuación indispensable, orientada a garantizar la sustanciación del proceso (p. 4086).

Si se observa con detenimiento este precepto, puede deducirse que todas las acciones que realiza el juez, desde la admisión de la demanda, son preparatorias de esta audiencia. En ella se concentra la mayor cantidad de acciones procesales, que ni siquiera se presentan como *numerus clausus*. Al dejar una fórmula abierta al final del artículo que refuerza la consideración inherente a este tipo de actos judiciales en relación con los amplios poderes del juez, él puede agotar diversos trámites en el momento de la audiencia, en adición de aquellos establecidos, relativos a la fijación de los extremos del debate y las pretensiones, la escucha de las partes, así como la admisión y práctica de las pruebas. El propio legislador procesal quiso dejar al arbitrio del tribunal otras cuestiones que pueden ser dilucidadas en este espacio, lo que debe interpretarse como atribución de libertad a quien preside, para todo lo relevante en cuanto a la sustanciación del proceso.

El CPR, en su Artículo 145.2 [GOR-O (138), 2021, p. 4000], establece que, en el transcurso de las audiencias, el tribunal puede adoptar decisiones de forma oral, las que se hacen constar en acta y agilizan el proceso. Por ejemplo, las partes pueden interponer recursos de súplica, respecto a los cuales el tribunal se pronuncia en el propio acto, según dispone el Artículo 98.2 de la LPA [GOR-O (139), 2021, p. 4086], en relación con el 418 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4031].

Aunque se procure agotar todo en una audiencia única, esto no siempre es posible. En tal sentido, se identifica una audiencia inicial, la que puede

llegar hasta la admisión de pruebas, incluso la práctica de algunas y, en caso de que quedaran pendientes, se convocará otra audiencia que debe considerarse continuación de la primera, en la que se agote lo pendiente y se declare el proceso concluido para dictar la sentencia. No obstante, el logro de todas las fases procesales en una sola audiencia intensifica la realización de los aludidos principios de concentración y celeridad, de modo que solo se prescinda de ello en caso de que sea inevitable, debido a la naturaleza de ciertas pruebas a practicar, tal como se ha mencionado.

Respecto a las ventajas de la audiencia (inicial) se ha expresado que «constituye un instrumento valioso para sanear vicios, fijar el litigio o lograr conciliaciones, lo que conlleva a darle mayor celeridad, eficacia y seguridad al proceso contencioso administrativo» (Güechá, 2014, p. 567).

En cuanto a la fase probatoria, las partes pueden impugnar las pruebas que sean presentadas en la audiencia, lo que será resuelto en la sentencia, en virtud del Artículo 339 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4024], mientras que el 304 de igual disposición (p. 4020) faculta al juez para la exclusión de pruebas a solicitud de las partes. Al respecto, llama la atención que, al parecer, subyace el deseo del legislador procesal de que no se reserven sorpresas probatorias para otros momentos fuera de la audiencia, lo que se deduce del carácter casi excepcional que se imprime a la admisión de pruebas en esta, que no hubieran sido propuestas en los escritos de demanda y contestación.

Para esta deducción, basta examinar con cuidado el Artículo 292.1 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4019], en el que se dispone que las partes proponen las pruebas en los escritos de demanda y contestación, amén de que, según faculta su apartado segundo, el tribunal de oficio, en cualquier estado del proceso, pueda disponer la práctica de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

Luego, el Artículo 305 (p. 4020) admite la posibilidad de que las partes presenten pruebas adicionales con dos condiciones: que su práctica resulte indispensable para una mejor determinación de los hechos y sus consecuencias, y además, que no hayan tenido conocimiento de ellas en la fase de alegaciones. En tal sentido, dicta la experiencia que las partes a menudo intentan, bajo el manto de esta posibilidad procesal, introducir pruebas en el momento de la audiencia y, aunque puede

resultarles mucho más sencillo demostrar su trascendencia respecto a los hechos sobre los que versa el debate, bien compleja se torna la probanza de su reciente conocimiento u obtención, pauta esencial que deberá valorar el juez para admitirlas.

Por ello, el uso de esta posibilidad un tanto excepcional requiere por-menorizada argumentación, tanto en cuanto al contenido mismo de la prueba y su importancia, como en lo relativo a la imposibilidad de tener acceso a ella y de haberla propuesto en el escrito de demanda o contestación. Esto implica la generación de un espacio argumentativo oral particular en el que debe darse traslado a la contraparte, pronunciarse el juez sobre su admisión y, de negarla, argumentar suficientemente tal decisión, según indica el apartado dos del Artículo 303 del CPR (p. 4020). Incluso, la parte afectada puede suplicar la no admisión (debiendo motivar este recurso) y, a su vez, el juez, al resolverlo en el propio acto de manera oral, deberá hacerlo de forma razonada.

A partir de la breve experiencia adquirida en la conducción de las audiencias, resulta llamativo que suele confundirse, por parte de los letrados, el momento para la impugnación de las pruebas, de modo que, frecuentemente, esperan el espacio de su admisión en la audiencia para accionar en tal sentido. Sin embargo, según el Artículo 338 del CPR (p. 4024), las documentales, ya sean públicas o privadas, son impugnables en la contestación, en caso de que se hayan propuesto con la demanda, en la audiencia en la que sean presentadas como adicionales o en el plazo de tres días, contados a partir de esta o de la notificación de haber sido unidos los documentos al proceso.

En este último supuesto, entran las pruebas propuestas en el escrito de contestación del demandado y debe tener claro el representante procesal del demandante que, desde que se dé traslado de la contestación, solo cuenta con tres días para presentar al tribunal la solicitud fundada de impugnación de los documentos probatorios que la acompañan. De tal modo que solo podrá hacerlo en audiencia, si esta se celebra dentro de ese plazo, lo que no se comprende aún con claridad y supone una desventaja para la parte que representa, pues, al hacerlo de forma extemporánea, no prosperará la solicitud de impugnación y, por tanto, su causa no será valorada por el juez.

Una práctica oral que puede resultar trascendental y que no ha sido suficientemente explotada en el proceso contencioso-administrativo, es la posibilidad de someter a debate, a solicitud de las partes o dispuesto

por el propio órgano judicial, las pruebas de documentos y de libros en la audiencia, tal como potencia el Artículo 345.1 del CPR (p. 4024). Ello quizás se debe a que, durante décadas, la fase probatoria bajo la égida procesal anterior se desarrolló en la intimidad del juez con los documentos, a excepción de que se admitiera la prueba de testigos. Sin embargo, actualmente es posible, como se ha referido, que los documentos admitidos como pruebas por el juez se sometan a la valoración oral de las partes, a fin de que estas puedan conducir la mirada del juzgador a un elemento que, en especial, sustente la posición defendida, amén de que resulte habitual que, al proponerlas en los escritos polémicos, se introduzcan razonamientos al respecto.

Una ventaja importante que puede tener esta práctica se deriva de que implica hacer constar en el acta de la audiencia lo alegado al respecto y ello resulta trascendental para su constancia, de modo que lo vertido pueda quedar en las actuaciones y ser valorado en el momento en que se sustancien los recursos. Vale acotar que esto responde a una lógica apuntada por Chioventa hace décadas: «Las actas sirven no tanto de ayuda a la memoria del Juez que debe decidir, cuanto de documento de las actividades procesales en las instancias posteriores» (1949, p. 254).

Para reforzar este razonamiento, es preciso examinar lo dispuesto en la Instrucción No. 283 del CG-TSP [GOR-E (51), 2023, pp. 349-352]. Este cuerpo normativo posee un carácter más bien referencial, en cuanto a aquello que pautan las leyes procesales en relación con la audiencia, y persigue uniformar la práctica en torno a este acto judicial. En el sentido que se venía analizando, el apartado decimosegundo dispone que el tribunal garantiza la posibilidad de debatir las pruebas de documentos y libros, lo que puede ser a instancia de las partes o dispuesto de oficio por el tribunal, cuando aquellas le ofrezcan dudas, y expresamente se dispone que, de todo lo debatido al respecto, se deja constancia en el acta.

En cambio, esta disposición normativa, en su decimoquinto apartado, establece que, en cuanto a los alegatos conclusivos, se deja constancia de su realización o la renuncia a su ejercicio y solo se consignará en el acta algún elemento relevante de lo expresado, cuando se considere necesario, de oficio o a instancia de parte. En tal sentido, se insiste respecto a que, al resultar excepcional el dictado al acta de lo depuesto en el momento final de la audiencia, donde, dicho sea de paso, suelen los abogados debatir cuestiones importantes sobre las pruebas, es

recomendable usar la referida posibilidad de que sobre estas se debata todo aquello que, por significativo, merezca ser plasmado en el acta de la audiencia, luego de su admisión por el tribunal.

Por otra parte, la LPA [GOR-O (139), 2021] introduce un elemento interesante que potencia la figura del juez director del proceso y revisor de la actuación administrativa. Se trata de lo dispuesto en el Artículo 98, en su tercer apartado (p. 4086), en el que se establece que:

Si, del resultado de los hechos debatidos y de las pruebas practicadas, el órgano judicial advierte la necesidad de pronunciarse en la sentencia sobre aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas, que están íntimamente relacionados o constituyen una consecuencia de ellas, y resultan de su competencia, sin prejuzgar su decisión, invita a las partes [para] que, en sus alegatos orales conclusivos, lo ilustren al respecto; a tal efecto, les señala concretamente los puntos sobre los que deben manifestarse.

No debe pasar inadvertida esta facultad del juez, quien, independientemente de las pretensiones fijadas y los hechos debatidos, al considerar que existen elementos fácticos trascendentes que no han quedado suficientemente dilucidados y sobre los que deberá hacer referencia en su sentencia, insta a las partes concretamente a referirse a ellos. Como puede suceder que estas no se encuentren preparadas en ese momento, por no conocer de antemano la solicitud del tribunal, el apartado último del mismo artículo, a fin de no crear un estado de desventaja o indefensión, le brinda la posibilidad a la parte que lo requiera, de solicitar al tribunal que se traslade lo que resta de la audiencia para un momento posterior, en fecha que no exceda de cinco días, momento en que, incluso, pueden proponerse pruebas al respecto.

Otra de las posibilidades que, para esta fase, brinda la audiencia es la práctica de las pruebas presentadas en soporte digital, según dispone el Artículo 347 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4024]. Aunque contra ello atenten, en primer lugar, el aún poco frecuente uso de tal variante por los abogados y la carencia, en algunos casos, de medios informáticos en las salas de juicio con estos fines, dichas circunstancias pueden cambiar paulatinamente, y la posibilidad de practicarlas y debatirlas en presencia de las partes aportar transparencia a su conocimiento. Debe llamarse la atención en cuanto a lo importante que resulta, en este sentido, el estudio previo a la audiencia que realice el juez ponente, sobre

todo respecto a las pruebas propuestas por ambas partes, ya que así es posible preverse la disponibilidad de los medios necesarios para su práctica en el lugar y hora señalados para el acto judicial, en caso de que se decidiera admitir alguna prueba en dicho soporte.

En cuanto al debate probatorio que viene significándose, el Artículo 361.1 del CPR (p. 4026) brinda la opción de convocar por el tribunal, ya sea de oficio o a instancia de parte, a los peritos, a fin de ser interrogados sobre el dictamen aportado en el proceso, lo que igualmente enriquece la percepción de los hechos constatados por el (o los) especialista(s), quien(es) los transmiten en primera persona y se somete(n) a las preguntas que se consideren necesarias.

Otra variante interesante, aunque lamentablemente infrecuente, es la que se reconoce en el Artículo 141 de la LPA [GOR-O (139), 2021, p. 4092], en relación con el 453.3 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4038], relativa a la negociación de acuerdos de manera oral en el propio acto de audiencia. En tal sentido, aunque no resulta viable, a las claras, en todos los conflictos administrativos, puede valorarse su procedencia en casos en los que se soliciten compensaciones, responsabilidad material de la administración, entre otros. Lo cierto es que, para alcanzar un acuerdo, el juez requerirá suspicacia, a fin de que pueda percibir si existe predisposición a ello, si están presentes las personas que pueden tomar decisiones trascendentes, tales como funcionarios o dirigentes en representación de la administración, entre otras condiciones favorables. En todo caso, debe obrar con cuidado, intentando conciliar intereses para el logro de un acuerdo justo y, por ende, equilibrado, siempre teniendo en cuenta que la relación que se manifiesta en el conflicto entre Administración y administrado no es de igualdad, por lo que debe procurar la protección del segundo en sus derechos e intereses legítimos.

### 3.2. EXIGENCIAS PARA EL JUEZ

Si bien se han recreado algunas de las muchas cuestiones que pueden solventarse en la audiencia, en pos de una justicia pronta y transparente, igualmente este amplio espacio de naturaleza puramente oral impone retos, desafíos y rigor, sobre todo en cuanto a la preparación que debe realizar el juez en relación con el contenido del expediente, antes de comenzar el acto. En ese orden, ha de estudiar con detenimiento las pretensiones de las partes, a fin de identificar imprecisiones en las que

deba hacer énfasis para fijar estas y los extremos del debate. Luego, y de gran trascendencia, debe examinar las pruebas propuestas en los escritos polémicos, en correspondencia con el objeto de controversia, para acudir a la audiencia con una idea preliminar de aquellas que deberá admitir. Sobre este particular, se debe aclarar que no se trata de un criterio preconcebido rígido, en tanto el propio desarrollo de la audiencia muchas veces modifica aquello que se proyectó.

En cuanto a esta fase, debe siempre el tribunal retirarse a deliberar cualquier decisión relativa a las pruebas, ya sea su admisión o no, e incluso, la solución a los recursos de súplica que, de forma oral, se interpongan por las partes en el acto. Esto, teniendo en cuenta, además, que, aunque un juez preside, las decisiones son colegiadas y todos deben participar; ello constituye una garantía de las partes y una actuación contraria no se justifica, pues atentaría contra el debido proceso.

Ha de preverse para la audiencia un período de tiempo amplio y razonable, pues las prisas pueden afectar su desarrollo positivo y no deben ser óbice para apresurar los debates y las intervenciones necesarias. Así tampoco, por el afán de concentrar todas las actuaciones en una única audiencia, puede prescindirse de pruebas trascendentes al caso, como las de peritos o de reconocimiento judicial, aunque ello dilate el proceso.

Importantísima resulta la exigencia de que se deje constancia fiel y exacta de todo lo que en este acto acontezca, desde las intervenciones de las partes y los debates que se susciten, hasta las decisiones adoptadas por el tribunal. Es por ello que, aunque el juez ponente las resuma, las ideas centrales expuestas deben contener la esencia de lo planteado, para que no atente contra la fidelidad del acta que, como se explicó en páginas anteriores, resulta esencial en la sustanciación posterior de los recursos procesales. Al respecto, se ha resaltado que,

[...] en atención del principio procesal de la doble instancia, el tribunal de segunda instancia deberá tener acceso en el expediente a todo aquello que fue debatido en la audiencia a fin de determinar si la sentencia recurrida fue dictada conforme a los términos en que se planteó la controversia. (Hernández, 2007, p. 275)

La audiencia abre un escenario argumentativo diferente, más dinámico, para el cual deben prepararse los jueces con el estudio profundo de la legislación, tanto sustantiva como procesal, pues no contarán con mucho tiempo para argumentar las múltiples e imprevisibles decisiones

que sea necesario tomar. Ello, además, requiere que el juez se conduzca mediante un lenguaje estrictamente jurídico, pero comprensible, sobre todo para las partes, denotando su autoridad en la sala, pero, a su vez, generando un ambiente de respeto mutuo, sobre la base, también, de la sensibilidad por las problemáticas subyacentes que pueden aflorar en el acto. Muchas veces, cuando llega el administrado al proceso, ha debido discurrir por un largo procedimiento ante la Administración, en ocasiones desgastante y muchas veces desfavorable para él, realidades que no puede ignorar el juez de lo administrativo.

Bajo los procedimientos que pautaba la ley procesal anterior (LPCALE), era poco frecuente la concurrencia de la Administración, si se realizaba algún acto de forma oral. En cambio, a la audiencia están obligadas a asistir las partes, lo que demanda rigor por el tribunal en emitir las citaciones con el tiempo suficiente y garantizar la presencia del representante de la Administración. Al colocarse este directamente frente al administrado, se contribuye, también, a potenciar la responsabilidad como valor imprescindible del funcionario público, quien ya no podrá mantenerse totalmente alejado de lo que acontece.

A la vez, debe el juez procurar que los representantes procesales de las partes transmitan adecuadamente sus argumentos, sin reiteraciones y legalismos incomprensibles, de modo que se clarifiquen en todo momento los elementos esenciales del debate y la posición de cada parte al respecto. Sobre este particular, refiere López (2012) que

se ha anotado como un defecto grave en los litigantes utilizar un formato equivocado en sus argumentaciones: algunos litigantes presentan la mala práctica de expresarse en las audiencias como si estuvieran escribiendo en lugar de hablando. Es decir, en lugar de transmitir al juzgador información de calidad de manera llana y sencilla, se expresan con el formato de la expresión escrita, lo cual le [*sic*] resta impacto a sus intervenciones. (p. 132)

Estos son solo algunos de los retos que impone la audiencia y, aunque se han expuesto enfocados desde la figura del juez, alcanzan también a los abogados y fiscales que intervengan, por lo que sirven igualmente a ellos los análisis propuestos; será con el esfuerzo de todos que se generarán las mejores prácticas, en pos de las garantías procesales de las personas.

## IV. CONCLUSIONES

A fin de resumir algunos de los elementos resaltados en este trabajo, después del estudio doctrinal que le ha servido de base, así como de la internalización de la experiencia adquirida en la celebración de las audiencias en los procesos administrativos, ha podido constatar que, en este escenario de oralidad, se refuerzan importantes principios, como los de intermediación, contradicción, concentración, celeridad o brevedad, publicidad, transparencia y dinamismo.

En este, además, se refuerza la figura del juez director del proceso, al que se le atribuyen importantes facultades que puede ejercer de oficio, tal como se ha verificado en la legislación procesal vigente, las que lo auxilian en la búsqueda de la verdad y la garantía de los derechos de las partes en el proceso, en pos de lograr claridad sobre los hechos controvertidos y los argumentos jurídicos sobre ellos, y que puedan desembocar en una decisión justa.

## V. REFERENCIAS

- Arias García, F. (2013). *Estudios de Derecho procesal administrativo*. Ibáñez.
- Castellanos Malo, E. (2013). Las grandes directrices en la justicia administrativa en el siglo XXI. En Jorge Fernández, R. y Otero Salas F. (Coords). *Justicia contenciosa administrativa. Congreso internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Chiovenda, G. (1949). *Ensayos de Derecho procesal civil* (vol. II). Bosch.
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Julio 4, 2023). Instrucción No. 283. GOR-E (51), 349-352.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.
- Crepaldi, G. (2019). La justicia administrativa en Italia: de los orígenes al primer código del proceso administrativo. En Crepaldi, G. (Coord.). *Justicia administrativa en Italia, España y Latinoamérica*. Tirant Lo Blanch.
- Güechá Medina, C. N. (2014). *Derecho procesal administrativo* (3.<sup>a</sup> ed.). Ibáñez.

- Hernández-Mendible, V. R. (2007). La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo. En *Justicia administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho administrativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Jiménez Mesa, M., Jinesta Lobo E., Milano Sánchez, A. y González Camacho O. (2006). *El nuevo proceso contencioso-administrativo*. Poder Judicial.
- Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. (2015). En Mantecón Ramos, A. (Rev.). *Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (ed. revisada y actualizada)*. Ediciones ONBC.
- Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.
- Ley No. 142, Del proceso administrativo. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (139), 4071-4093.
- López Camacho, J. A. (2012). *Medidas cautelares (En el Código procesal contencioso administrativo)*. Poder Judicial.
- López González, J. A. (2007). *Teoría general sobre el principio de oralidad en el proceso civil (1.ª reimp.)*. Juricentro.
- Matilla Correa, A. (2017). Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad. En Matilla Correa, A. (Coord.) *Tendencias actuales del Derecho administrativo. Homenaje al Profesor Dr. Héctor Garcini Guerra*. UNIJURIS.
- Matilla Correa, A. (2018). Las urgencias del proceso administrativo en Cuba: a 40 años de vigencia de la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE). En Carvalho Leal, V., Matilla Correa, A. y Barbosa, M. L. (Coords.). *El Derecho público en perspectiva: medio ambiente, política y sociedad. II Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público*. RTM.
- Matilla Correa, A. (Enero-junio, 2022). Los "nuevos aires" del proceso administrativo en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, 2(1), 518-560. <https://revista.unjc.cu>
- Mendoza Díaz, J. (2015). *Derecho procesal. Parte general*. Félix Varela.

Parada Gámez, G. A. (2008). *Oralidad en el proceso civil*. Departamento de Ciencias Jurídicas UCA.

Pérez Gutiérrez, I. y Hierro Sánchez, L. A. (2020). La tutela judicial efectiva en el ámbito constitucional cubano. En Lledó Yagüe, F., Benítez Ortúzar, I. F. y Mendoza Díaz, J. (Dtores.). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Dykinson-ONBC.

# LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO CUBANO

## *THE PROOF IN THE CUBAN ADMINISTRATIVE PROCESS*

### ■ LIC. LILIANA PALMERO MARTÍN

Presidenta de Sala,<sup>1</sup>  
Tribunal Provincial Popular de Sancti Spiritus, Cuba

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

[lilipalmeromartin@gmail.com](mailto:lilipalmeromartin@gmail.com)

### ■ LIC. ORELVIS GENER CRESPO

Presidente, Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, Cuba

<https://orcid.org/0009-0006-0814-0990>

[genercrespo@gmail.com](mailto:genercrespo@gmail.com)

## Resumen

La teoría general de la prueba en el proceso administrativo es un lugar común en la doctrina menos explorada; sin embargo, la cuestión adquiere singular relevancia a medida que se le entiende como el fundamento para resolver los conflictos de este orden, tanto en los procedimientos a cargo de la Administración, como en la sede judicial. El presente artículo aborda los aspectos esenciales de la prueba en ese proceso, a raíz del nuevo escenario legislativo que presenta el país, desde la entrada en vigor de la Ley No. 142 en 2022. Dichas cuestiones corresponden al análisis de la evolución de tal ámbito del Derecho en Cuba, al que, asimismo, atañen la carga de la prueba tras las novedades procesales, su valoración y el papel a desempeñar por el juez en la fase probatoria, como premisas del principio de tutela judicial efectiva.

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

**Palabras clave:** Carga de la prueba; Administración; proactividad; prueba de oficio.

## **Abstract**

*The general theory of evidence in the administrative process is a less explored commonplace in the doctrine; however, the question acquires singular relevance as it is understood as the basis for resolving conflicts of this order, both in the procedures in charge of the Administration and in the judicial venue. This article deals with the essential aspects of evidence in this process, as a result of the new legislative scenario that the country presents, since the entry into force of Law No. 142 in 2022. These questions correspond to the analysis of the evolution of this area of law in Cuba, which also concerns the burden of proof after the procedural novelties, its evaluation and the role to be played by the judge in the evidential phase, as premises of the principle of effective judicial protection.*

**Keywords:** *Burden of proof; administration; proactivity; ex officio evidence.*

## **Sumario**

I. Introducción; II. Evolución histórica; III. Análisis doctrinal; IV. Consideraciones en el actual escenario procesal administrativo; V. El papel del juez en la búsqueda de la certeza judicial; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Constitución de la República de Cuba (CRC) [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], en su décima disposición transitoria, encomendó al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la presentación, ante la Asamblea Nacional del Poder Popular, del proyecto de las nuevas leyes procesales, ajustadas a los cambios constitucionales; entre aquellas se encontraba la ley procesal administrativa, que se aprobó el 28 de octubre de 2021 y entró en vigor el 1.º de enero de 2022.

La Ley No. 142, Del proceso administrativo (LPA) [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093] reguló este espacio jurisdiccional en un único cuerpo

legal y lo diferenció de las normas procesales civiles, como modelo, debido a la complejidad que adquieren los asuntos en los que interviene la Administración pública y las peculiaridades de la rama del Derecho a la que se integra. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene la función esencial de tutelar los derechos e intereses legítimos subjetivos —Artículo 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87]—, pero, también, la de controlar el ejercicio de la potestad reglada, la discrecional y la legalidad de la actuación administrativa, como garantía que se otorga a los ciudadanos ante la Administración. Una gama de matices materiales e instrumentales se antepone al análisis de la prueba, vista desde el principio dispositivo —en que el proceso (con todo su contenido) pertenece a las partes e, incluso, la resolución del juez está imposibilitada de versar, en principio, de asuntos ajenos a los que le han pedido—, hasta llegar a la regla de oficialidad del procedimiento, estribo del papel activo de los órganos administrativos y del juez, en la solución de los conflictos de este orden.

El desarrollo del proceso judicial, en lo que a la prueba se refiere, se encuentra fuertemente influido por la necesidad de hacer efectivo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (TJE), regulado en los artículos 92 y 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87], lo cual no solo impone a la Administración pública el deber de colaborar en la búsqueda de la certeza judicial, sino que encamina la labor del juez hacia ese propósito y permite distinguir al proceso administrativo del civil. En tal sentido, para arribar a la certeza judicial en el desarrollo del primero, alcanza mayor interés la etapa probatoria en cuanto a los elementos que configuran la pretensión procesal, en el entendido de que la resolución del proceso debe estar sustentada por el material probatorio suficiente que la sustente.

El análisis tampoco puede estar desvalijado de la consideración relativa a la sustanciación del proceso administrativo y del papel proactivo que debe realizar el juez en este tipo de asuntos, en relación con la citada garantía de la tutela judicial, y del principio de legalidad que debe regir dicha actuación, en la búsqueda de todos los elementos probatorios necesarios para arribar a la certeza judicial, de la cual el tribunal se erige en garante, como establece el Artículo 4.1 de la LPA [GOR-O (139), 2021, p. 4072].

Sentado lo anterior, el presente artículo parte del problema científico de ¿cuáles son los presupuestos doctrinales sobre los que se diseña la

actividad probatoria en el proceso administrativo cubano, a partir de la promulgación de la Ley No. 142, de 28 de octubre de 2021, a fin de ofrecer una TJE?

La hipótesis que se pretende validar es la de que la regulación de la prueba en el proceso administrativo cubano, a partir de la promulgación de la LPA, tiene en cuenta el principio distributivo de la carga de la prueba, sus particularidades en materia de derecho sancionador y en temas discriminatorios, y la oficiosidad del juez en la incorporación de otras pruebas al proceso, en aras de garantizar una TJE.

El trabajo pretende, como objetivo general, fundamentar los presupuestos doctrinales sobre los que se sustenta la regulación de la prueba en el actual proceso administrativo cubano, para garantizar la TJE.

Para el cumplimiento del objetivo general, se plantean, como objetivos específicos:

1. Examinar la evolución histórica de la prueba en sede judicial administrativa en Cuba.
2. Analizar la carga de la prueba a partir de lo regulado en la LPA.
3. Valorar el papel del juez en la búsqueda de la certeza judicial, a partir de los medios probatorios aportados en el proceso y, especialmente, su proactividad en la prueba de oficio.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Suele citarse en este tema la compilación del emperador Justiniano, quien actualizó, en la Edad Media, la ya vieja fórmula que ordenaba la presentación de las pruebas al reclamante. Por su parte, el Código de Napoleón, aprobado el 21 de marzo de 1804, ejemplo clásico del auge de la codificación que trajo consigo la Revolución Francesa (1789), incluyó un principio similar, recibido por diversas legislaciones —en países como Colombia, Chile, Italia y España—, las que coinciden, en sentido general, al exigir que corresponde probar los hechos y sus consecuencias a quien los afirma, al tiempo que disponen la absolucón del demandado si quien reclama no prueba los hechos en que fundamenta su demanda.

El Derecho administrativo cubano se encuentra influenciado por el español, como fruto de la huella colonial. De acuerdo con Matilla (2011),

en esa cuerda de entendimiento, hay dos ideas básicas que deben estar a mano para la comprensión del análisis: una, que Cuba —en el momento que nos sirve de motivo— estaba bajo dominio español y sometida a un orden político-jurídico especial en su condición de tal [sic]; y la otra que, desde esas condiciones de especialidad, ese territorio quedaba dentro de los marcos de desenvolvimiento político-jurídico del poder español asentado en la Península Ibérica. (p. 162)

El Derecho administrativo que se gestaba en la metrópoli se encontraba dirigido, principalmente, al sostenimiento de la condición colonial de Cuba y el control de esta, no así a proveer de garantías a los súbditos del Caribe ni a ofrecer atención a los intereses generales del territorio antillano; por consiguiente, se alejaba de lo que Cuba demandaba.

En correspondencia con ello y tenidas en cuenta las características que poseía el país en aquel contexto, Carrera (1912) concluye que

[...] si en España encontrábase nuestros legisladores: si de allí procedía el nombramiento de funcionarios que en Cuba debieran realizar la Administración pública, que es el Poder Ejecutivo en acción, y si también desde Madrid se designaban nuestros Magistrados y Jueces, en verdad, faltaba aquí ambiente para que los cubanos estudiásemos nuestra vida pública, en la que solo por excepción interveníamos y era lógico que no nos preocupásemos de estudiar problemas en cuya solución poco o nada habíamos de intervenir. (p. 21)

Es comprensible, entonces, que en tal estado de cosas no se hablara de la prueba propiamente dicha en el proceso contencioso-administrativo de la península. El período que se extiende hasta 1855 estuvo marcado por la permanencia de la legislación contenida en las Leyes de Indias.

Díaz (1866) afirmaba que

la sabia y paternal legislación de indias empezó por trasladar a las posesiones allende del Océano desde los remotos tiempos en que se conquistaron, las instituciones de la Metrópoli, sobresaliendo entre todas como la principal, el establecimiento de las reales Audiencias, que ya constituidas en acuerdos o bien en salas de justicia, reunían funciones diversas, ora decidiendo sobre los asuntos contenciosos de la administración, o ya fallando sobre la propiedad, la honra o la vida de los ciudadanos. (p. 30)

La legislación indiana se refería a las materias civiles y penales principalmente. Sin embargo, para Aguirre (1856),

no es [...] afirmar que la jurisdicción administrativa fuese de todo punto desconocida en la isla de Cuba, las jurisdicciones especiales de hacienda, correos y minas, el real Acuerdo, cuando conocía de las apelaciones contra las decisiones de los Gobernadores Capitanes generales con arreglo a la ley de indias, entendían y fallaban frecuentemente sobre cuestiones de índole contencioso-administrativa involucradas sin embargo las atribuciones de los respectos juzgados [sic] con otras de carácter contencioso-ordinario, propiamente civiles y penales, ni podían ser denominados con propiedad tribunales administrativos, ni las cuestiones de este orden ante ellos llevadas lo eran por razón de su especie administrativa, sino por causa de la materia común sobre [la] que recaían. (pp. 398-399)

En ese orden, puede aseverarse que no existía un proceso administrativo, pues, aunque se podían reclamar algunas cuestiones que se consideran administrativas, ello no implicaba, en sí, un proceso concebido para el Derecho administrativo; de hecho,

la jurisdicción contencioso-administrativa introducida para ventilar y resolver de un modo conveniente y equitativo las reclamaciones de los particulares contra el Estado, ya se ha visto que fue una consecuencia de la división de poderes inherentes al Gobierno representativo, que no hace largo tiempo fue adoptado [sic] en España; por lo tanto, no podía conocerse aquella Jurisdicción ni su enjuiciamiento especial en las posesiones de indias. (Morillo, 1865, pp. 157-158)

El 30 de enero de 1855 se dictó una Real Cédula en la cual se introdujeron numerosos cambios en la administración de justicia en la isla caribeña y el resto de los territorios de Ultramar; su cumplimiento se dispuso por el Real Decreto de 1.º de abril de 1855, ambas disposiciones se publicaron en la *Gaceta Oficial*. Según González Olivares (1856)

la isla de Cuba no cuenta en sus anales un año más fecundo en mejoras para la administración de justicia que el de 1855, en que se promulgó y puso en ejecución la memorable real Cédula de 30 de Enero. Mucho se había adelantado con el establecimiento de una Audiencia en esta Capital y con las reformas posteriormente introducidas en ella y en las judicaturas de primera

instancia de los pueblos más importantes de la isla; pero la real Cédula citada fue, por decirlo así, el complemento del progreso antes iniciado, y la realización de los deseos y aspiraciones de cuantas personas de instrucción se interesaban en el bienestar de la Isla. (pp. 3-4)

En materia de Derecho administrativo y Derecho procesal administrativo aquella norma constituyó un cambio importante, en tanto separó la impartición de justicia de la gobernanza; en los artículos 120 y 121 se reguló la competencia en esa materia, al establecer las reclamaciones que se podrían canalizar por dicha vía; además, en el 118 se obligaba a los gobernadores a escuchar a las reales audiencias constituidas para adoptar acuerdos sobre las ordenanzas, los reglamentos o las disposiciones provenientes de ellos, que pudieran afectar la administración de justicia. El precepto 119 excluía del conocimiento de los tribunales las decisiones de los gobernadores, si previamente los interesados podían dirigirse a la vía gubernativa; con ello, se entablaba la *vía previa*, pese a no denominarla así expresamente, la que se mantiene en la actualidad. De acuerdo con Matilla (2021)

sobre la base de esa real Cédula, y con ojos del momento, tanto Manuel Aguirre de Tejada como José María Morilla vieron en ella la creación o inauguración de la jurisdicción contencioso-administrativa para Cuba, pues por tal disposición normativa se establecía dicha jurisdicción en Ultramar, se señalaba el órgano competente (las reales Audiencias constituidas en Acuerdos) para conocer de las reclamaciones en esta vía en esos territorios, así como los supuestos en los que dicha vía procedía. (pp. 29-30)

En la etapa colonial en Cuba, el año de 1888 marcó un hito, con la aprobación de la Ley de lo contencioso-administrativo, de 13 de septiembre, cuya vigencia se extendería entre nosotros hasta las puertas del tercer cuarto del siglo xx. Esta norma se hizo extensiva a los territorios de Ultramar por el Real Decreto de 23 de noviembre de 1888, suscrito por Trinitario Ruiz Capdepón (Vivanco, 1944). Para Sánchez (1942),

la importancia que esa ley tuvo para el Derecho Procesal Administrativo en Cuba, su larga vigencia dentro del ordenamiento jurídico nacional y la falta de esclarecimiento sobre el origen y evolución del orden contencioso-administrativo para los cubanos ha llevado a algunos escritores a identificar en esa norma procesal administrativa, el primer antecedente legislativo sobre

la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa en el Derecho cubano. (pp. 4-5)

Diversos autores acreditan la relevancia que, para Cuba, tuvo la ley antes referida. Para Martín (1975),

la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1888 va a tener una importancia primordial. Por un lado, como tal ley, va a poner un cierto orden y va a adoptar un aparato conceptual mucho más riguroso que el que hasta entonces venía utilizándose. (pp. 45-46)

No obstante, en el criterio de Matilla (2021),

no puede dejarse de reconocer que no fue una norma todo lo innovadora que pudo haber sido, por no incorporar en ella los criterios más modernos que entonces imperaban en función de un alcance más efectivo de ese control, tal como otros países más avanzados habían puesto en práctica ya para ese tiempo del siglo xx (en especial el caso francés, que seguía siendo un importante marco de influencias y referencias). Por lo tanto, no es desatinado sostener que esa ley de 1888 se revelaría como que iba un paso atrás de lo que, al respecto y para ese entonces, sucedía en la vanguardia del pensamiento y de la práctica del fenómeno procesal administrativo en la Europa continental. (p. 72)

La Ley Santamaría de Paredes fue un resultado de la época en que se consagraban principios sobre el control jurisdiccional del funcionamiento administrativo que habían tenido su base en el más rancio pensamiento liberal burgués decimonónico —propio, sobre todo, de los tres primeros cuartos de ese siglo— de una parte de la Europa continental. La Ley de lo contencioso-administrativo de septiembre de 1888 es una de las grandes piezas normativas que revelan y permiten apreciar, la conexión sustancial, histórica, efectiva, del Derecho cubano con el Derecho español, y el valor de este último en la formación histórica del sistema de Derecho patrio e, incluso, en el desenvolvimiento de una parte del mismo [sic] en la primera etapa de nuestra vida como Estado nacional. (p. 87)

La Ley de lo contencioso-administrativo de 1888 en el Derecho cubano no se extinguió, por completo, con su derogación formal en 1974, sino que logró subsistir con el nuevo orden social, en tanto una parte de sus contenidos sirvieron de inspiración para el trazado de las nuevas

leyes procesales que, en 1974 y 1977, pasaron a ser las principales disposiciones normativas en materia procesal administrativa, hasta su derogación en 2022.

En ese sentido, la promulgación de la Ley No. 1261, de 4 de enero de 1974, denominada Ley de procedimiento civil y administrativo [GOR-O (1), pp. 1-61], derogó la Ley de enjuiciamiento civil, vigente desde el 1.º de enero de 1886, y la Ley de lo contencioso-administrativo, antes citada; con ella, se unificaron dos ramas procesales en un solo cauce; el proceso administrativo perdió su autonomía y quedó a la sombra del proceso civil, que permanecía en todo su esplendor. Tal disposición, a su vez, fue derogada por la Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977 [GOR-O (34), pp. 417-479], como resultado del proceso codificador de la década de 1970, generador de un grupo de leyes atemperadas al modelo social naciente en esa época. La Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral unificó en un solo cuerpo legal tales campos del Derecho.

Refiere Matilla (2021) que

la ley de 1888 ciertamente sirvió de inspiración a la reforma procesal administrativa que se produjo en Cuba en la década de 1970; pero, ante el resultado normativo que el paso de los años nos permite apreciar mejor, no es errado decir que más que una reforma sustancial en los pilares mismos en los que se venía asentando históricamente nuestro contencioso-administrativo, ese movimiento procesal quedó en un reacomodo formal de la ordenación jurídica del proceso administrativo, con ciertos cambios, pero sin una transformación sustancial, esencial, de envergadura, que la colocara a tono con las exigencias más rectas e insoslayables de la tutela jurisdiccional frente al funcionamiento administrativo. (p. 102)

El Artículo 105, párrafo primero, de la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888, disponía que la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 —regente en tierra cubana desde 1886— sería supletoria de la legislación que contenía los procedimientos contencioso-administrativos, en todo cuanto fuera compatible con la índole de estos, incluida la prueba.

En tal sentido, la carga de la prueba se estableció en el Derecho cubano desde la época colonial. Uno de sus antecedentes fue el viejo Código civil español, hecho extensivo a Cuba por el Real Decreto de 27 de julio de 1889, que, en su Artículo 1214, establecía: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone» (Betancourt, 1916, p. 311).

Una regla similar regía la institución en la Ley No. 7, cuyo Artículo 244 establecía que «a cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que opone a los alegados por las otras [...]. Los hechos notorios por su publicidad y evidencia serán apreciados sin necesidad de prueba» [GOR-O (34), 1977, p. 437], es decir, que la carga de la prueba se determina a partir de la relación existente entre la parte y el efecto jurídico pedido. Esta ley desarrollaba todo un catálogo de medios de prueba en la sección segunda del capítulo II (pp. 438-445).

El año 2021 marca un antes y un después en el Derecho procesal cubano. La reforma legislativa dio vida a dos importantes leyes: la 141, Código de procesos (CPR) [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], y la 142, Del proceso administrativo [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093], ambas promulgadas el 28 de octubre de 2021 y vigentes desde el 1.º de enero de 2022.

Con la Ley No. 142 el proceso administrativo se separa de los demás procesos y recobra su independencia, en atención a la trascendencia de la relación jurídica que regula, con novedades revolucionarias en comparación con la vieja norma —que mantenía la misma línea que la Ley Santamaría de Paredes—, entre ellas, la regulación de la prueba, a pesar del carácter supletorio que sigue manteniendo la legislación procesal civil, en este caso, el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069].

### III. ANÁLISIS DOCTRINAL

El verbo *probar* no tiene una significación única. De acuerdo con González Pérez (1964) «la prueba es una actividad procesal encaminada a demostrar la exactitud o la inexactitud de determinados hechos que han de servir de fundamento para una decisión» (p. 466).

Según Gascón (1999), el término *prueba* tiene un carácter polisémico, mas puede resumirse, básicamente, entre *medio de prueba* y *prueba* (como resultado del razonamiento probatorio). *Medio de prueba* es todo aquello que permite que se conozcan los hechos del caso en el procedimiento, es decir, que permite formular o verificar enunciados para la reconstrucción de los hechos que se discuten; y *prueba* (como resultado) es el conocimiento que se obtiene sobre un hecho controvertido, en función del resultado de la valoración de los medios de prueba. Estos deben permitir elegir, racionalmente, entre los diversos enunciados sobre hechos formulados en el procedimiento, ya sea para confirmarlos o refutarlos (pp. 84-85).

Una definición más actual ofrece Ortega Polanco (2023), para quien

la prueba es un medio para justificar o demostrar lo alegado, por una parte, sea la verdad o la mentira, la existencia o inexistencia de algo o de alguien. Jurídicamente, se trata del medio empleado por una parte para demostrar la validez de su argumento, la existencia o no de un hecho o un acto jurídico. (p. 89)

En concordancia, puede decirse que la prueba, en sede judicial, se refiere a todo elemento que aporte convicción al juez, para resolver los procesos que se someten a su jurisdicción, y que se presenta por los medios adecuados para formar certeza. También se señala, desde la perspectiva de su eficacia, que la prueba es susceptible de provocar esa convicción y la verificación jurídica que realizan las partes y el juez para acceder a la verdad o a la certeza de lo que se controvierte en una causa o litigio.

Meneses (2008), por ejemplo, señala que

la prueba judicial aparece, además, como una entidad que requiere de elementos que le sirvan de soporte, con base en los cuales el tribunal pueda dar por acreditadas las afirmaciones de hecho de la causa. Bajo esta perspectiva, la doctrina jurídica alude a la <prueba como medio>, refiriéndose con ello a los antecedentes que puede utilizar el juez para determinar la materia factual del juicio. [...] En las legislaciones procesales de *civil law* esta faceta es con frecuencia designada con la expresión <medios de prueba> [...]. La prueba judicial se produce a partir de una serie de actuaciones ejecutadas en el proceso (prueba como actividad); se apoya en los elementos que se aportan a la causa (prueba como medio); y se dirige a la obtención de una conclusión sobre los hechos por parte del juzgador (prueba como resultado) [...]. (s.p.)

En la misma línea, Devis Echandía (1997) define los actos procesales probatorios

como aquellos que se ejecutan para la petición, presentación, admisión o decreto y práctica de los medios probatorios que se utilizan en el proceso, con el fin de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que debe tener en cuenta para sus decisiones. (p. 415)

La prueba es todo lo que sirva para arribar a la certeza de una proposición, ello motiva a entender que su valor radica en que, en su ausencia, los derechos serían apariencias, pues no basta con invocar un derecho o sufrir un perjuicio causado por otro, sino que, además, es necesario probar la ocurrencia del hecho que genera el derecho o el perjuicio ocasionado, esa obligación de probar lo alegado constituye la llamada carga de la prueba.

Desde una perspectiva subjetiva, la carga de la prueba se refiere a la necesidad de que las partes acrediten los hechos sobre los que fundamentan sus pretensiones; en cambio, desde el prisma objetivo, se refiere a las consecuencias jurídicas que se derivan de la falta de actividad probatoria por una de las partes del proceso, o todas. En este último sentido, la carga de la prueba consiste en una regla de juicio que ofrece al órgano judicial la solución con la cual dictar sentencia cuando haya dudas sobre la veracidad de los hechos (Aguado I Cudolà, 2013, p. 6).

La relación jurídico-procesal administrativa no se iguala a la civil, pues una de las partes tiene mayor ventaja sobre la otra. Como señala Brewer Carías (1978):

En primer lugar, el procedimiento administrativo o gubernativo, que es el que se desarrolla ante las autoridades administrativas; y por otra parte, el procedimiento contencioso-administrativo, que es un procedimiento de carácter jurisdiccional. En estos dos procedimientos hay una serie de elementos extraños al proceso civil, que van a condicionar la carga de la prueba y la prueba misma en materia administrativa [...]. Un acto administrativo al dictarse, goza de esta presunción de legitimidad lo que implica que quien pretenda impugnar ese acto debe probar sus alegaciones. Por tanto, en virtud del solo principio de la veracidad y legitimidad del acto administrativo, existe un condicionamiento a los efectos de la carga de la prueba. (p. 27)

En general, la doctrina tiende a diferenciar la carga de la prueba en el procedimiento administrativo de la que corresponde al proceso judicial, y la coloca como objetivo de la Administración pública, en virtud del principio de oficialidad y de la búsqueda de la verdad jurídica, objetiva o material que pesa sobre ella, para impedir que aquella se muestra renuente —en comportamiento arbitrario— a aportar al proceso los medios de prueba en su poder, mientras que quien alega los hechos sobre los que configura la pretensión tiene a su cargo la prueba respectiva,

tanto acerca de su existencia como de su alcance. En ese sentido, Bezionce, Morello y Sosa (1993) afirman que el no probar genera una sanción, lógica, desde que los hechos afirmados por el titular de la carga, quedan como inexistentes (p. 7) y, en consecuencia, por ser propio de la actividad que debe desarrollar, incumbe, primeramente, a quien demanda la alegación y prueba de los hechos sobre los que se basa y, a quien se defiende, hacer lo propio para exonerarse de las consecuencias de las conductas que se le endilgan.

#### **IV. CONSIDERACIONES EN EL ACTUAL ESCENARIO PROCESAL ADMINISTRATIVO**

El Artículo 94 de la CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87] deja claro 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 varios derechos que enuncia en su cuerpo, incluidos los derechos regulados en los incisos a) y c): disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte, aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido.

En concordancia con el precepto constitucional que garantiza la proposición, admisión y práctica de los medios probatorios para las partes, la LPA [GOR-O (139), 2021, pp. 4071-4093] se atiene a las regulaciones en torno a la prueba establecidas en el CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], a tenor del carácter supletorio que tiene este con relación a aquella, en virtud de lo dispuesto en los artículos 102 y 4.2 de la primera de dichas disposiciones normativas.

El CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069] adopta una posición más progresista y moderna que la derogada norma procesal, al adicionar a la regla general, antes esbozada en el Artículo 244 de la ley rituaría [GOR-O (34), 1977, p. 437], otros elementos que completan el fin de la carga de la prueba (Artículo 290, p. 4019), en la medida en que pone el énfasis en la probanza de los hechos que llevan a la certeza judicial, más allá de a quién le haya de corresponder esa carga, como indica el Artículo 293.1, que permite al juez desplazarla hacia la parte que esté en mejores condiciones para demostrar un hecho. Tal decisión es facultad del tribunal, ya sea a instancia de parte o de oficio, siguiendo el principio de proactividad que debe caracterizar su labor.

Sobre el particular, Guzmán (2011) señala que

en el ámbito administrativo es evidente que la Administración Pública en general se encuentra en mejor aptitud para probar y ello se ha entendido por ejemplo en el contexto del proceso contencioso administrativo. La carga de la prueba no le corresponde a quien afirma un hecho, sino más bien a aquel que se encuentra en mejor capacidad para probar el mismo [*sic*], principio que algunos denominan también carga de la prueba dinámica. (p. 632)

La posibilidad de trasladar la carga de la prueba hacia la parte que se encuentre en una posición más favorable para probar es de suma importancia en el proceso administrativo, en el que, generalmente, la Administración pública aventaja al particular.

Castillo (2017), citando a Fenoll, señala que el núcleo central de la carga de la prueba es la facilidad probatoria, «entendiéndose que esta se refiere a la proximidad a la fuente de prueba que permite justificar un determinado hecho, por tener a su disposición las fuentes necesarias para ello» (s.p.). La circunstancia de que el administrado —como enseñan García de Enterría y Fernández (1987)— «tenga la carga de accionar, no implica que la Administración se encuentre desligada de la carga de acreditar el sometimiento de su actuación a la legalidad» (p. 479).

Pese a que el Artículo 102 de la LPA, ya citado, remite con carácter supletorio al CPR para toda la fase probatoria, establece dos particularidades importantes con respecto a la carga de la prueba: la primera, que en los procesos contra actos de índole sancionadora, aquella corresponde a la entidad administrativa, la que debe probar la veracidad de los hechos en los que se funda su decisión; y la segunda, siempre que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias del demandado, este deberá probar la inexistencia de tal situación o la proporcionalidad de las medidas adoptadas. La formulación de este artículo aventaja las previsiones de la anterior ley procesal e impone un desafío a la Administración que tiende a declararse rebelde, en aquellos casos en que la carga de la prueba se invierte por mandato legal.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, las reglas de la carga de la prueba quedan condicionadas por la aplicación de la presunción de inocencia como garantía procesal, que comporta, entre otras cuestiones, el movimiento de aquella hacia quien acusa, es decir, la Administración —Artículo 102 a) de la LPA *cit supra*—, mientras que,

al administrado, le corresponderá demostrar aquello que lo exonere de responsabilidad.

En el régimen probatorio de este ámbito jurídico influye la singular desigualdad material entre las partes, dado que la Administración posee potestades y facultades atribuidas a su función, no así el particular. La presunción de legalidad en el actuar de aquella no evita que, frente a su concreta impugnación, dicho ente tenga que acreditar la conformidad de su conducta con el ordenamiento jurídico. Según González-Cuéllar (1992), la carga que pesa sobre el particular de instar la acción judicial no desplaza la carga de la prueba que recae sobre ambas partes de acreditar los supuestos de hecho de la norma jurídica cuya aplicación reclaman en el caso concreto (p. 42). La consecuencia inmediata de no admitir al contencioso-administrativo como un mero proceso revisor es la aceptación de que, sobre la Administración pública, pesa la carga de acreditar los elementos configurativos del sostenimiento de la legalidad del acto impugnado y, sobre el tribunal, la función de asegurar que ello se cumpla en toda la tramitación del proceso, mediante un actuar activo e indagador. El control judicial no ha de mirarse, entonces, solo a través del prisma del dogma revisor, sino como la necesaria verificación de que el ente público ha actuado con pleno sometimiento a la ley; en ese contexto, corresponde, también, a ella cargar con la prueba de que su accionar está en conformidad con el ordenamiento jurídico.

Ortega y Rivero (2016) plantean que

los actos administrativos se presumen válidos, pudiendo producir efectos desde su dictado, salvo cláusulas accesorias o condiciones adicionales asociadas a su comunicación a los destinatarios, por un elemental principio de debido proceso y por la consideración a demostrar para con todas las personas que se relacionan con la Administración pública. De ahí que los requisitos más frecuentes para la eficacia sean la notificación o, alternativamente, la publicación. (p. 105)

El control que realiza el tribunal sobre la Administración pública supone la verificación del principio de juridicidad de que deben estar investidos los actos administrativos. Calderón (2011) indica que,

si la actuación administrativa debe ser sometida al principio de juridicidad, implica la aplicación del derecho y esto trae como consecuencia la aplicación en primer lugar de la norma jurídica, en caso de no haber una norma, necesariamente hay

que aplicar los principios generales del derecho administrativo y en última instancia se pueden aplicar las instituciones de la doctrina. (p. 31)

En el caso patrio, se requiere, en especial, de una mayor precisión del juez y de las partes en el ejercicio de lo dispuesto en el Artículo 293 del CPR, previamente mencionado, de forma que se evite una sobrevaloración del expediente administrativo en detrimento de las garantías de los ciudadanos. En este ámbito, pueden resultar afectados derechos constitucionales fundamentales, como es el derecho a la prueba o a la presunción de inocencia. Se trata de lograr un equilibrio entre la necesidad de que las actuaciones administrativas gocen de determinada credibilidad, en función del principio de eficacia, y el respeto a las garantías procesales de los ciudadanos, de conjunto con la exigencia de que el derecho a la prueba, en tanto instrumento del derecho a la defensa, sea realmente efectivo.

## V. EL PAPEL DEL JUEZ EN LA BÚSQUEDA DE LA CERTEZA JUDICIAL

El derecho a una TJE en materia administrativa, en concordancia con el Artículo 92 constitucional [GOR-O (5), 2019, p. 86], se halla establecido en el precepto 4.1 de la LPA [GOR-O (138), 2021, p. 4072], como un principio de interpretación de la norma. Ello constituye un reto para el juez de lo administrativo en su participación en la fase probatoria y en la búsqueda de la certeza judicial. La garantía, también, se halla recogida en el Artículo 15 c) de la Ley de los tribunales de justicia (LTJ) [GOR-O (137), 2021, pp. 3934-3935], como parte de las garantías en el ejercicio de la función judicial.

El principio del impulso procesal está relacionado con el de oficialidad, ya que dispone la necesidad y el deber del operador jurídico de promover la marcha del proceso, para que este no se estanque a consecuencia de la inactividad de las partes; en este sentido se busca imprimirle celeridad para que se alcancen los fines pretendidos en un plazo prudencial (Devis Echandía, 1987, p. 47).

El principio de la verdad material y la oficialidad o impulso del proceso de oficio sirven como base para entender la actividad probatoria del juez dentro del proceso administrativo. El apego al primero de ellos determina que el juez deba verificar y constatar plenamente los hechos en

el tiempo, modo y lugar que los singularizan, así como los actores que participan en el litigio, ingredientes que se obtienen a partir de los diversos medios probatorios y que serán las piezas claves para razonar la decisión en la sentencia. Según Ivanega (2012), ese principio se encuentra, como muchos otros, incluido en el debido proceso adjetivo; el de la verdad material «supone que se deseche la prevalencia de criterios que acepten como verdadero algo que no lo es o que nieguen la veracidad de lo que sí lo es» (p. 199). Para la autora citada, la verdad consiste en la fórmula tomasina de la adecuación entre el objeto y la idea o el juicio que se tiene de dicho objeto (p. 200).

Con el anterior principio, se encuentra vinculado íntimamente el de oficialidad que busca «superar las restricciones cognoscitivas que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes» (Ivanega, 2012, p. 200) y apunta a la obtención de la verdad material, mediante un afinamiento de las posiciones de las partes, en cuanto a destrabar las lagunas cognoscitivas o puntos dudosos u oscuros del conflicto judicial sometido al juicio del juzgador.

La anterior afirmación colisiona con la postura de aquellos que consideran que es a las partes del proceso a quienes compete aportar, exclusivamente, todo el material de prueba y someterse a la libre confrontación con su contraparte, en ejercicio del principio de contradicción y defensa. El ejercicio del principio de oficialidad puede conllevar a que el juez, al desplegar la facultad de decretar pruebas de oficio, termine yendo más allá de sus poderes y supla la posición de una de las partes, es decir, que «sobrepase los parámetros sobre los cuales la ley enmarca dicha potestad y se provoque una afectación de derechos fundamentales» (Ayala *et al.*, 2012, p. 51).

Se señala, en concreto, que esa tensión puede desequilibrar la balanza, en dependencia desde donde se analice la función del juez; si este dispone una prueba para demostrar un hecho alegado por uno de los intervinientes procesales, está relevándolo en el deber de probar los hechos alegados y, con ello, incumple su deber de administrar justicia de forma imparcial; en cambio, si el juzgador aporta una prueba al proceso con el fin de demostrar un hecho oscuro o sobre el cual no tiene claridad, su actividad no está afectada, pues solo busca tener plena certeza acerca de los hechos, aclarar sus dudas, a fin de motivar la sentencia que debe emitir (Ayala *et al.*, 2012, p. 51).

Cañón (2013) expone las diferentes coyunturas que tiene la prueba de oficio en el proceso y resalta la búsqueda de la verdad, el esclarecimiento de las dudas y la aplicación de las herramientas apropiadas para la valoración de la prueba:

En todo caso, la prueba de oficio aparece y se justifica para obtener la verdad, para corroborar versiones, para confirmar o refutar hipótesis, con lo cual, decretada y practicada en sana lógica, se hace iguales a los desiguales, toda vez que la prueba es el elemento del cual se vale el entendimiento para comprobar o verificar la veracidad de un juicio, o lo que es lo mismo, es el elemento que fundamenta un juicio, lo cual depende más de la lógica que de la ley y no de las diversas construcciones del mundo. (p. 117)

En definitiva, el principio de oficialidad conduce a que haya una combinación de los principios hasta aquí citados, y a que, fundamentalmente, la operatividad del juez esté orientada a que este se torne activo o inactivo dentro del proceso judicial. Así lo expone Pinzón (2015) para quien

no es cierto que un juez silente garantice mayormente la imparcialidad que aquel que activamente cuestiona a los testigos. Si se trata de lograr la convicción judicial, lógicamente debe admitirse que participe activamente en la producción probatoria, especialmente cuando dentro de la práctica persuasiva aparezcan dudas que necesariamente deberá resolver en ese mismo instante, lo que de ninguna manera lesiona los derechos de las partes, sino por el contrario efectiviza el valor de justicia y la racionalidad de la decisión. (pp. 29-30)

El juez debe ser imparcial, autónomo, proactivo, independiente, en condiciones de igualdad de tratamiento para con las partes; esto implica que los jueces y tribunales han de ejercer sus labores de administración de justicia sin la intromisión de los demás poderes públicos y de los particulares, con fundamento en los hechos y de conformidad con el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, la garantía al debido proceso, de conjunto con el acceso a la justicia y la tutela efectiva determinan elementos medulares a aplicar en condiciones de igualdad a las diferentes partes en el proceso, pues irles a la contraria resultaría claramente opuesto, también, a los principios y las garantías en el ejercicio de la función judicial, establecidos en los artículos 13 y 15 de la LTJ [GOR-O (137), 2021, pp. 3931-3934], con relación a los artículos 92 y 94

de la Carta Magna [GOR-E (5), 2019, pp. 86-87]. Cualquier interpretación que privilegie a una las partes en detrimento de la otra desdibuja la ética de la impartición de justicia en un estado social de derecho.

La prueba está a cargo, primariamente, de las partes y está dirigida al juez. Esa carga, en dependencia de la naturaleza de la pretensión, puede reposar más en una de las partes que en la otra, pero no exonera o limita al juez en la necesidad de indagar acerca de la corrección de la conducta estatal sometida a su conocimiento. El Artículo 292.3 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4019] claramente permite al juez, de oficio y en cualquier momento del proceso, disponer la práctica de pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, a tono con la Carta Magna que establece la actividad oficiosa de los órganos judiciales en la búsqueda de garantizar la TJE, para proteger los derechos e intereses legítimos de los justiciables, según deriva de los preceptos 92 y 94, antes citados. Esta línea reguladora alcanza, además, su esplendor en la LTJ, que consagra el principio de proactividad, cuando prevé que los jueces, en el ejercicio de sus funciones, disponen de amplias facultades para garantizar el debido proceso y arribar a decisiones justas —Artículo 13.1 g) [GOR-O (137), 2021, p. 3932].

La ley le atribuye al juez la potestad de decidir u ordenar la producción de pruebas; en ese sentido, le asigna un margen de libertad para la elección de los medios que él considere más apropiados para indagar acerca de la verdad material y formarse convicción respecto a ella. En modo alguno pudiera interpretarse que se trata de una mera facultad de actuar o de no actuar frente a la presunción de legalidad de la actuación estatal, ya que esta es, por naturaleza, posible de ser desvirtuada mediante prueba en contrario y se agota en su esfera meramente declarativa. Esa verdad jurídica, material u objetiva, no es, por cierto, como lo enseña Morello (1998) «una verdad absoluta y abstracta, sino [...] un estado subjetivo del juez cuyo acceso a [ella] se ha ajustado a un procedimiento reglado, a pautas, guías lógicas y de experiencia» (p. 108) y, en consecuencia, es una certeza suficiente sobre los hechos.

El juez del proceso administrativo tiene a su cargo verificar la legalidad de la actuación estatal, entendido este concepto en su más amplio significado de conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, de legitimidad o de juridicidad, en cuanto órgano del Estado, obligado a proveer la garantía de la TJE y velador de esa legalidad. Si se admitiera que, en la búsqueda de la verdad, aquel está limitado a lo que las partes

le señalen, su papel quedaría reducido a presumir que la actuación estatal es siempre legítima, salvo arbitrariedad manifiesta, con lo cual se convertiría en un apéndice de los otros órganos estatales. La única frontera del juez, en este ámbito, es la de preservar la igualdad de las partes en el proceso y la vigencia de los principios de bilateralidad y contradicción que lo informan, por cuanto ello es consecuencia de la garantía de la defensa en juicio.

La prueba de oficio responde a la necesidad de arribar a la máxima aproximación de certeza en cuanto a los hechos planteados por las partes y la dispone el juez, cuando advierte la ausencia de un medio de prueba que es preciso para resolver el conflicto y arribar a una decisión justa, pero que las partes no han podido impulsar. La posición que se defiende no se desarrolla sobre la idea, aún usada, de generar convicción en el juez, ya que el objeto del proceso dejó atrás la generación de convicción por su subjetividad relativa, sino la de ofrecer solución al conflicto mediante una práctica científico-jurídico-procesal, en la que se relacionen la valoración de la prueba y el razonamiento sustantivo; de ahí que el criterio del juez sea sustituido por un máximo grado de aproximación a la verdad o de certeza.

Los conflictos presentados ante los tribunales no pueden quedar inertes, en el sentido de que, al faltar un elemento sustancial de prueba, el juez se abstenga de resolverlos. Como *elemento sustancial* se sugiere la visibilidad clara de la existencia de un medio de prueba que se encuentra en un estado oculto, es decir, que no ha podido ser propuesto por las partes, pero cuya existencia sí es percibida por el juez; su labor, precisamente, es la de deducirlo, encontrarlo y practicarlo para arribar a la certeza judicial.

En el derecho procesal moderno, no puede hablarse de la concurrencia de varias pruebas para demostrar un hecho; en una concepción más amplia, la prueba es el resultado final de la apreciación de otros elementos que concurren de manera conjunta. Devis Echandía (2000) define la prueba «como el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que [...] suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso» (pp. 20-21). Esos medios aportados son reconocidos como los *probatorios* propiamente dichos, de los cuales se debe extraer un conocimiento sobre el conflicto para proceder a la llamada valoración conjunta. Todos los medios de prueba parten de un mismo valor inicial: cero, y es en el transcurso de

la contradicción y la oposición oral de una parte con la otra, cuando comienza a adquirir mayor o menor valía.

Para la valoración probatoria en el proceso administrativo rigen las reglas generales de la lógica, la razón, la sana crítica y el principio de libre valoración, sometido, únicamente, al deber de motivar razonablemente la resolución, o sea, la obligación de explicar las razones por las que se le otorgó un significado determinado a cada elemento de prueba individualmente, y en su apreciación conjunta y armónica con los demás. Las reglas de la sana crítica son un precioso estándar que, según refiere Mertehikian (2017), abarca

todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares. (s.p.)

Evaluar la veracidad de las pruebas, o sea, de las informaciones aportadas al proceso con los medios de prueba y atribuir a aquellas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan constituye el núcleo del razonamiento probatorio, que conduce, a partir de las informaciones aportadas, a una afirmación sobre hechos controvertidos (Gascón, 2016, p. 361). Barrero (2006) señala que, al no haberse establecido reglas generales y expresas sobre la valoración de la prueba, se consagra el sistema de la libre apreciación (valoración) por la autoridad decisora, toda vez que la prueba legal o tasada exigiría su concreta previsión (p. 261).

Si se define que los medios probatorios parten todos de un valor cero, ¿cómo se puede precisar sobre ellos un valor fijo para ser posteriormente vinculado con los demás? La respuesta depende de conocer su contenido. Sobre el particular, Andrés Ibáñez (1998) indica que «[...] el acceso al conocimiento [del hecho] solo cabe mediante previa toma de conocimiento de otros datos que así mismo han de ser previamente probados, es decir, a través de una cadena de inferencias» (p. 137). En consecuencia, cada medio probatorio aportado al proceso contiene determinada información que guarda relación con los hechos propuestos y la meta es descubrir, mediante el contradictorio, toda la información contenida en aquel para poder elegir los datos más relevantes en relación con el hecho propuesto y que conduzcan a una verdad objetiva.

No todos los datos obtenidos serán sometidos a un proceso de valoración conjunta, sino que se escogerán aquellos más relevantes, útiles e idóneos, por su estrecha relación con los hechos propuestos; ese núcleo de información útil le dará un valor significativo, que deberá, a su vez, ser relacionado con los otros medios de prueba, mediante lo que Ibáñez llama una *inferencia*.

Según Olmo y Vega (2011), este término se usa en diversos contextos: en primer orden, en sentido psicológico, para denotar la acción o el resultado de inferir algo, a partir de un dato; en segundo lugar, se halla el espacio epistemológico o metodológico, que indica un proceso discursivo de transición o cambio de estados de información, creencia o conocimiento; y, en tercer puesto, el ámbito lógico, para referirse a una relación semántica entre proposiciones. Para la práctica procesal, se considera más acertada la segunda acepción.

Al respecto, Olmo y Vega (2011) precisan que, en un uso más específico y en contextos relacionados con las vías y formas propias de conocer, el término se refiere, más bien, al proceso discursivo por el que alguien pasa de una información, una creencia o un conocimiento, a otra u otro. En el ámbito del proceso, a efectos de extraer el verdadero valor de los datos contenidos en el medio probatorio examinado (actuado), aquellos que han logrado aprobar la selección necesaria formarán una *inferencia* (pp. 297-301).

Devis Echandía (1981) precisa que,

por el principio de unidad de la prueba, los medios aportados al proceso forman una unidad, en tanto, como tal deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellos se forme. (p. 117)

Similar concepto plantean Peyrano y Chiappini (1985), al indicar que

el material probatorio ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo. (p. 125)

Se trata, en consecuencia, de vincular los conocimientos extraídos individualmente de cada medio probatorio y poder relacionarlos de manera

conjunta, de modo que, como resultado de dicha actividad, se arribe a una conclusión lógica y cierta.

La valoración conjunta implica el desarrollo de una metodología de análisis comparativo de todos los medios probatorios vinculados, a partir de los datos útiles de la información contenida en cada uno de ellos. Este análisis comparativo implica que el juez conozca a cabalidad el resultado de cada inferencia que se produzca de manera individual y, posteriormente, compare cuáles son las coincidencias con las demás; dicha actividad logrará formar una certeza de los hechos, obviamente, sin prescindir del razonamiento jurídico necesario.

No existe contradicción entre el método de valoración conjunta de los medios probatorios y el principio de la unidad de la prueba. El primero, como se ha precisado, aplica una metodología individual para, luego, proceder a la comparación entre los datos relevantes de cada medio probatorio. Unida esta cadena de conocimientos, la conclusión es una y solo una; la prueba se consolida en una unidad de conocimiento concluyente.

En el ordenamiento nacional, el principio general vigente es el de la admisión amplia de medios de prueba y la libre valoración que realiza el juez atendiendo a la que haya sido practicada. El Artículo 14 del CPR [GOR-O (138), 2021] establece la regla general de que

en todos los procesos previstos en [él] rige el principio de libre valoración de las pruebas, ajustado a los criterios de la racionalidad, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, de acuerdo con los estándares que este establece. (p. 3979)

Además, para cada uno de los medios de prueba, prevé que la valoración del juez se hará de acuerdo con la sana crítica, el razonamiento lógico y los elementos que esclarecieron los hechos, sin ponderar un orden de importancia entre aquellos (artículos 331, 348, 365, 372 y 398.1, pp. 4023, 4024, 4026, 4027 y 4029, respectivamente).

En materia procesal administrativa, como regla general, las actuaciones previas de la Administración constituyen una prueba instrumental incorporada por una de las partes al proceso, sin perjuicio de que alguna de sus piezas pudiera, autónomamente, revestir naturaleza de instrumento público. De allí que, se coincida con García Pullés (2004, p. 658), en relación con el papel descollante que, en este tipo de proceso, se asigna a las actuaciones administrativas.

Desde este punto de vista, del estudio realizado por el juez en la etapa inicial del proceso podrían advertirse hechos que los litigantes no hubieran alegado como constitutivos del conflicto o impeditivos del derecho subjetivo que se pretende restablecer, los que pueden adquirir un determinado valor —según el criterio del tribunal— y ser conducentes a la búsqueda de la verdad material. Como se ha explicado, a pesar de la presunción de veracidad de los actos de la administración, el juez no está sujeto a una posición pasiva en la fase probatoria, no es un simple revisor de las actuaciones administrativas, sino un controlador proactivo.

El límite del juez en este estricto ámbito es el respeto a las reglas de la bilateralidad y de la plena contradicción, derivados de la defensa en juicio y de la igualdad de los litigantes frente a él. El derecho a la TJE, estipulado en el Artículo 4.1 de la LPA [GOR-O (139), 2021, p. 4072], como principio de interpretación favorable de las normas procesales de la materia, cuya efectiva vigencia se verifica en esta etapa del proceso judicial, no puede sino implicar que las potestades de las cuales está investido el juzgador, configuren la atribución para escoger —a partir de la exposición de los hechos y de su experiencia— los medios más aptos para obtener la verdad material, en el sentido expuesto, es decir, de convicción o certeza acerca de la legitimidad y juridicidad del comportamiento estatal. Para ello, se ha de indagar si el acto administrativo emitido encubre una finalidad distinta de la expresada o si se alegan razones de oportunidad para encubrir una verdadera ilegalidad, o si la Administración se ha extralimitado en sus potestades discrecionales.

Tal como refiere Marcheco Acuña (2009),

una adecuada tarea de control o fiscalización de la actividad de la Administración Pública por parte del juez implica que éste analice cada caso concreto, para determinar si efectivamente se encuentra frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica [...] o si, por el contrario, existen otros elementos en la actuación administrativa que puedan ser justiciables, puesto que la existencia de una facultad discrecional no debe coartar en absoluto la facultad de los órganos judiciales para extender su control sobre los actos en los que se ejercita, hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración a la legalidad, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad. (p. 63)

En cuanto a la valoración de la prueba resulta de aplicación el principio de unidad, el cual supone que el juez analice los elementos de juicio que aportan las partes al proceso en su conjunto y no aislada e individualmente, para darles —de acuerdo con la sana crítica— el valor que les corresponde. A lo anterior han de agregarse los criterios de utilidad, relevancia y necesidad de la prueba. Lo expuesto tiene, como premisa, que el proceso contencioso-administrativo asume etapas definidas, con momentos previstos para el ofrecimiento de prueba, y parámetros específicos de valoración y admisión de la comunidad probatoria, a los cuales deben ajustarse tanto las partes como los juzgadores.

Sentado lo anterior, se concluye que en el proceso contencioso-administrativo, sea que se mire desde el prisma del litigante, del abogado o del juez, es fundamental tener claridad acerca de la prueba, su ofrecimiento y la respectiva valoración jurisdiccional, pues de ellos deriva la posibilidad de alcanzar, de mejor forma, la verdad real de los hechos y satisfacer el *desideratum* de justicia. La plena justiciabilidad a la que está sometida la Administración pública se refuerza con la adecuada utilización de los medios de prueba, que permiten acreditar la legalidad de toda la función administrativa, o no; en tal sentido, el ámbito de acción judicial se vio reforzado con la implementación del CPR y la LPA.

## VI. CONCLUSIONES

La legislación administrativa en la etapa colonial avanzó con el decursar de los años; no obstante, el derecho de ese orden, promulgado en la metrópoli, no llegó a las colonias de Ultramar hasta la promulgación de la Real Cédula, de 30 de enero de 1855, que se perfeccionó con la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888, la cual marcó el desarrollo de esta materia en Cuba.

La prueba constituye la vía para arribar a la certeza judicial y aseverar los hechos que las partes exponen y sobre los cuales esgrimen la pretensión. La regulación probatoria en la Ley del proceso administrativo se distingue con relación a la contenida en el Código de procesos: 1. La Administración, por la posición favorable que ostenta, detenta la carga de la prueba en los procesos de índole sancionadora o en los que se alega la discriminación; 2. El principio de presunción de legalidad o juridicidad de los actos administrativos no exime al ente público de la probanza de la adecuación de sus actos a tal exigencia.

Siempre que los jueces adviertan la necesidad de pruebas para arribar a la certeza judicial y resolver el asunto, han de disponerlas de oficio, en la función proactiva que les imponen la Constitución y la Ley de los tribunales de justicia.

El órgano juzgador valora el material probatorio aportado por las partes de forma independiente y, a su vez, de conjunto, como garantía de una tutela judicial efectiva.

## VII. REFERENCIAS

- Aguado I Cudolà, V. (2013). La prueba en el proceso contencioso-administrativo: ¿Supletoriedad de la legislación procesal civil o necesidad de una regulación específica? En Fernández Ruiz, J. y Otero Salas, F. (Coords.). *Justicia contenciosa administrativa. Congreso Internacional*, 935-954. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/48.pdf>
- Aguirre de Tejada, M. (1856). Artículos 120 y 121 del Capítulo 6.º de la Real Cédula de 30 de enero de 1855. *Revista de Jurisprudencia* (t. 1). Spencer y Compañía.
- Andrés Ibáñez, P. (1998). Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos). *Revista del Poder Judicial*. <http://revistas.pj.gob.pe>
- Ayala Colmenares, S., Flórez Pérez, M. C., Sánchez Castillo, A., Ángel Barajas, J. C. (2012). Alcance de la facultad del juez al momento de decretar pruebas de oficio, de conformidad con la jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, años 2005 a 2010. *Temas Socio-Jurídicos*, 30(62), 49-88. <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/download/1757/1620/5144>
- Barrero, C. (2006). *La prueba en el procedimiento administrativo* (3.ª ed.). Aranzadi.
- Berizonce, R. O. , Morello A. M. y Sosa. G. L. (1993). *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Librería Editora Platense-Abeledo Perrot.
- Betancourt, Á. C. (1916). *Código civil* (2.ª ed.). Rambla, Bouza y Compañía.

- Brewer Carías, A. (1978). La carga de la prueba en el Derecho administrativo. Instituto de Filosofía del Derecho. Cuaderno de trabajo No. 23, 1-51. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/28.-ARBC.-La-carga-de-la-prueba-en-el-dcho.-administrativo.pdf>
- Calderón, H. H. (2011). *Teoría general del Derecho administrativo* (t. 1). Servicios Diversos MR.
- Cañón, P. (2013). *Teoría y práctica de la prueba judicial. Legislación-Doctrina-Jurisprudencia 1887-2012*. Ecoe.
- Carrera Jústiz, F. (1912). La Asociación de Doctores en Derecho Público. *Revista Jurídica* (t. 1). Avisador Comercial.
- Castillo, G. (2017). *Cargas probatorias dinámicas en los procedimientos administrativos*. <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2014/12/GABY-CASTILLO-MEDINA.pdf>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Zavalía Editor.
- Devis Echandía, H. (1987). *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso* (t. 3). Díké.
- Devis Echandía, H. (1997). *Teoría general del proceso* (2.<sup>a</sup> ed.). Universidad.
- Devis Echandía, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial* (t. 1). Rubinzal Culzoni.
- Díaz Ufano y Negrillo, J. (1866). *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar*. Imprenta de Manuel Minuesa.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1987). *Curso de Derecho administrativo* (t. 1). Civitas.
- García Pullés, F. R. (2004). *Tratado de lo contencioso-administrativo* (t. 2). Hammurabi.
- Gascón, M. (1999). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- Gascón, M. (2016). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra.

- González-Cuéllar Serrano, N. (1992). *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga, valoración)*. Colex.
- González Pérez, J. (1964). *El procedimiento administrativo*. Publicaciones Abella.
- González Olivares, I. (1856). *Discurso pronunciado en la solemne apertura del tribunal de la Real Audiencia Pretorial el día 2 de enero de 1856 por su regente*. Imprenta del Gobierno Capitanía General y Real Audiencia por S. M.
- Guzmán, C. (2011). *Tratado de la Administración pública y del procedimiento administrativo*. Caballero Bustamante.
- Ivanega, M. M. (2012). El alcance del principio de verdad material en el procedimiento administrativo. *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/art/art6.pdf>
- Ley No. 1261, Ley de procedimiento civil y administrativo. (Enero 4, 1974). GOR-O (1), 1-61.
- Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral. (Agosto 20, 1977). GOR-O (34), 417-479.
- Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.
- Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.
- Ley No. 142, Del proceso administrativo. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (139), 4071-4093.
- Marcheco Acuña, B. (Enero-junio, 2009). El control judicial de la potestad discrecional de la administración pública en Cuba. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39(110), 57-75. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3862/3549>
- Martín Rebollo, L. (1975). *El proceso de elaboración de la ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*. Instituto de Estudios Administrativos.
- Matilla Correa, A. (2011). *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho administrativo en Cuba*. <http://hdl.handle.net/10016/12033>

- Matilla Correa, A. (2021). *Breve historia de la justicia administrativa en Cuba hasta 1958*. UNIJURIS.
- Meneses, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000200003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200003)
- Mertehikian, E. (2017). *La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad*. <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/14/14>
- Morello, A. M. (1998). *Estudios de Derecho procesal* (t. 1). Librería Editora Platense-Abeledo Perrot.
- Morillo, J. M. (1865). *Tratado de Derecho administrativo español* (t. 2, 2.ª ed.). Imprenta de la Viuda de Barcina y compañía.
- Olmo Gómez, P. y Vega Reñón, L. (2011). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Trotta.
- Ortega Polanco, F. (2015). *Derecho administrativo intensivo*. Corripio.
- Ortega Polanco, F. y Rivero Ortega, R. (2016). *Manual de derecho administrativo*. Funglode.
- Ortega Polanco, F. (2023). La prueba en el proceso administrativo. *Saber y Justicia*, 1(23), 84-134. <https://saberyjusticia.enj.org3>
- Peyrano, W. J. y Chiappini, O. J. (1985). *El proceso atípico*. Universidad.
- Pinzón, C. (2015). *La prueba de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Doctrina y Ley.
- Sánchez Roca, M. (1942). *Leyes administrativas de la República de Cuba y su jurisprudencia* (vol. 2). Lex.
- Vivanco Hernández, J. C. (1944). *El juicio contencioso-administrativo* (vol. xxxix, 2.ª ed.). Editorial de Jesús Montero.

# LIQUIDACIÓN JUDICIAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

## *JUDICIAL LIQUIDATION OF COMMERCIAL COMPANIES*

### ■ M.Sc. MERCEDES CARINA TORRES HIDALGO

Jueza profesional titular, Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0009-0004-8173-6630>

[mercedest@tsp.gob.cu](mailto:mercedest@tsp.gob.cu)

## Resumen

A la disolución de las sociedades mercantiles, solo se procede cuando están presentes las causas que, para ello, determinan los estatutos o establece la ley. Esta decisión puede ser adoptada por acuerdo de los socios o por resolución judicial, y da inicio a la liquidación, la cual puede presentarse en sede judicial cuando no existe conformidad al efecto. El Código de procesos regula que la liquidación de una sociedad mercantil se realiza por el proceso de ejecución, mas no ajusta los preceptos respectivos a los pasos que deben seguirse para liquidar este tipo de persona jurídica. Ello es fuente de actuaciones judiciales dispares y hace nacer la necesidad de uniformar la práctica judicial, mediante un pronunciamiento del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el ejercicio de la atribución constitucional que así lo faculta. El presente trabajo propone las bases que deberán tenerse en cuenta a tal efecto.

**Palabras clave:** Sociedad mercantil; disolución; causas; liquidación judicial.

## Abstract

*The dissolution of commercial companies is only proceeded with when the causes for this are present, as determined by the articles*

*of association or established by law. This decision can be taken by agreement of the shareholders or by court decision and initiates the liquidation, which can be brought before a court if there is no agreement to this effect. The Code of Procedure regulates that the liquidation of a commercial company is carried out through the process of execution, but does not adjust the respective precepts to the steps that must be followed to liquidate this type of legal entity. This is a source of disparate judicial proceedings and gives rise to the need to standardise judicial practice by means of a pronouncement by the Governing Council of the Supreme People's Court, in the exercise of the constitutional power that empowers it to do so. This work proposes the bases to be taken into account for this purpose.*

**Keywords:** Commercial company; dissolution; causes; judicial liquidation.

## Sumario

I. Introducción; II. Generalidades; 2.1. La disolución; 2.2. La liquidación; III. Disolución y liquidación judiciales; 3.1. Causas; 3.2. Retos; 3.3. Propuesta; IV. Conclusiones; V. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

Aun cuando las sociedades mercantiles (SM) encuentran regulación en Cuba desde la entrada en vigor del Código de comercio (Betancourt, 1917), lo previsto en este cuerpo legal dejó de aplicarse con el triunfo de la Revolución, debido a los radicales cambios que ocurrieron en la base socioeconómica y la implantación de las nuevas relaciones de propiedad, el predominio de la propiedad estatal, la planificación centralizada de la economía y las relaciones que se establecieron en el comercio internacional con los países del campo socialista, mediante el Consejo de Ayuda Mutua Económica. Las SM cayeron en desuso, como sujetos de la economía nacional, por lo inoperante del empleo de formas societarias en ese entorno; por consiguiente, también dejó de desempeñar su papel lo regulado en aquel texto legal sobre la disolución y liquidación de estas organizaciones.

A partir de la década de los 80 del pasado siglo, al iniciarse los primeros pasos para desarrollar la inversión extranjera (IE), con la aprobación del

Decreto-Ley No. 50, de 15 de febrero de 1982, Sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras [GOR-E (3), 1982, pp. 11-15], se comenzaron a revitalizar las SM en el país. Así, se constituyeron nuevas entidades que adoptaron la forma de sociedades anónimas. La norma en cuestión las reguló en algunos sectores en los que resultaba indispensable la participación de capital extranjero, por no contar la isla con los recursos financieros, las materias primas, las tecnologías y los mercados para desarrollar determinada rama o sector, lo que se realizó de forma limitada. También, se extendió el empleo de esa forma de organización societaria al sector estatal, con la creación de SM de capital totalmente cubano.

Al desplomarse las relaciones que Cuba mantenía con el campo socialista y, en especial, con la Unión Soviética, a finales de la década del 80 y principios de los 90 de la pasada centuria, la situación económica cubana se vio afectada con la disminución de las operaciones de comercio exterior que se realizaban a la sazón. En ese contexto, se hizo necesario realizar reformas en la actividad de la IE: el Comité Estatal de Colaboración Económica (CE) fue sustituido por el Ministerio de la IE y la CE (MINVEC), encargado de analizar las oportunidades de negocios de entidades cubanas con inversionistas foráneos, y, en 1995, se aprobó la Ley No. 77, De la inversión extranjera [GOR-E (3), pp. 5-12], con la finalidad de promover e incentivar esta y así fortalecer la capacidad económica y el desarrollo sostenible del país; en ella, se regularon nuevas formas de inversión, oportunidades y beneficios para atraer negocios en sectores importantes.

Sin embargo, en ninguna de estas disposiciones normativas se reguló el tratamiento que debía darse a la disolución y liquidación de las sociedades, el cual quedó sujeto a lo previsto en el Código de comercio (Betancourt, 1917) o a lo que las partes hubieran regulado en los estatutos constitutivos. No es hasta la aprobación de la Resolución No. 27 de 2003, del ministro IE-CE [GOR-O (35), pp. 537-556] que se establece aquel proceso, pero para el caso en que existiera acuerdo entre los socios y no aplicable a las sociedades de capital totalmente cubano. Los litigios que surgían entre estos no encontraron regulación en las normas sustantivas aprobadas ni en las procesales entonces vigentes en el país, por lo que, una vez más, fue preciso acudir al Código de comercio (Betancourt, 1917), aun cuando esta disposición, por su tiempo de vigencia, se hallaba desfasada de la realidad económica antillana.

Con la modificación que introdujo el Decreto-Ley No. 241 de 2006 [GOR-E (33), pp. 325-335] en la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral, al regular el proceso económico, se determinó, por primera vez, la competencia de las salas de esta especialidad de los Tribunales Provinciales Populares (TPP) para conocer de los litigios que surgieran en las SM cubanas, incluidas las que contaban con capital extranjero, con motivo de la disolución y liquidación de aquellas, conforme se dispuso en su Artículo 746, sin precisar cómo se procedería en sede judicial, lo que resultaba importante, teniendo en cuenta el aumento de la IE que se desarrolló en ese momento.

Con los cambios ocurridos en la economía cubana, a raíz de la actualización del modelo económico y los Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución, fue necesario ajustar lo establecido en la Ley No. 77/1995 y, en consecuencia, se aprobó la Ley No. 118 de 2014, De la inversión extranjera [GOR-E (20), pp. 177-189], que otorga mayor facilidad para realizar inversiones en el país, y mayores garantías y seguridad jurídica al inversionista extranjero. En esta norma se reguló que los litigios que se derivaran de la inactividad de los órganos de gobierno, y los relacionados con los procesos de disolución y liquidación de las SM serían del conocimiento de las salas de lo Económico de los TPP. También se determinó que lo previsto en la ley se aplicaría a todas las modalidades de IE existentes, incluidas las que estaban en operación a su entrada en vigor (Disposición transitoria primera, p. 188). A partir de ese momento, se dejó a dichas salas el conocimiento exclusivo de la tramitación y solución de todos los litigios que pudieran surgir entre los socios de estas SM, relacionadas con aquellos procesos.

El Decreto No. 325, Reglamento de la Ley de la inversión extranjera [GOR-E (20), 2014, pp. 189-202], por primera vez, determinó cuándo procede la disolución de las modalidades de la IE; fijó las causales que, de existir, llevan a la desintegración de las SM; previó que los socios deben acordar las causas que llevan a la disolución, la designación de los liquidadores y sus funciones, el cronograma de la liquidación y el presupuesto para realizarla. En cuanto a esta, fijó pautas generales a tener en cuenta para efectuarla, incluidos el pago de los créditos, la extinción de las obligaciones, la determinación del haber social y la repartición de bienes, las que, en opinión de la autora, resultan insuficientes para su tramitación en sede judicial.

Con el reconocimiento en la Constitución de la República (CRC) [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] de las diferentes formas de propiedad, se hizo necesario regular los actores económicos que, de hecho, operaban en el país; así, se aprobó el Decreto-Ley No. 46 de 2021, Sobre las micros, pequeñas y medianas empresas (mipyme) [GOR-O (94), pp. 2710-2725], que ordenó la creación y el funcionamiento de estos sujetos, para lograr su inserción en el desarrollo económico interno. La norma dispuso que ellos se constituyen como SM, bajo la forma de una sociedad de responsabilidad limitada; además, previó las causas por las que puede acontecer su disolución y, como novedad, determinó que esta puede ser instada forzosamente por la Fiscalía General de la República, ante la ocurrencia de presuntos hechos delictivos, cometidos por alguno de los socios o representantes, en nombre de aquella, o por violaciones de la legalidad. En cuanto a la liquidación, ofreció pautas generales, pero sin determinar cómo llevarla a cabo.

La Ley No. 141 de 2021, Código de procesos (CPR) [GOR-O (138), pp. 3977-4096], confirió jurisdicción exclusiva a los tribunales nacionales sobre los procesos en los que se conozca de la disolución de las SM constituidas conforme a la ley cubana y, también, en aquellos relacionados con los acuerdos o decisiones de sus órganos que impliquen la paralización de su actividad —Artículo 16 c), p. 3979. Se ratificó que el conocimiento de los litigios que surjan entre los socios de las SM corresponde a los TPP, en el orden jurisdiccional mercantil (artículos 22 y 25.4 a), pp. 3980, 3982). Aun cuando la ley procesal determina que la tramitación de la liquidación de las SM se realiza por el proceso de ejecución (Artículo 454.3, p. 4038), los preceptos de este no se ajustan a los requerimientos que ha de cumplir aquella; tampoco resultan ajustados los relacionados con la vía de apremio (artículos 476-484, pp. 4043-4044), de lo que sigue que, en la actualidad, no existe un procedimiento para tramitar la liquidación judicial de las SM en el contexto cubano.

## II. GENERALIDADES

### 2.1. LA DISOLUCIÓN

Una SM es la unión voluntaria de personas que aportan bienes, para desarrollar una actividad económica que les permita la obtención de ganancias, las que son repartidas entre ellos, de conformidad con la

participación que tenga cada uno. Su constitución está precedida de la firma de un contrato de asociación, en el cual las partes determinan los principales elementos que deben regirla y fijan aspectos tan importantes como el objeto para el que se crea, su organización y órganos de dirección, la participación de los socios, las aportaciones individuales, las causas de disolución y liquidación, y la forma en que deberán resolverse los litigios que surjan entre quienes la integran. Por lo general, tales estipulaciones coincidirán con lo que se plasmará en los Estatutos que regirán la vida de aquella.

Disolución y liquidación son términos que no deben identificarse como sinónimos, aunque se encuentren estrechamente vinculados. La primera se produce cuando existe un rompimiento de los vínculos existentes entre los socios, por presentarse alguna de las causas establecidas en la ley o los Estatutos, que impide el cumplimiento de su objeto social. Ella trae aparejado el inicio del proceso de liquidación, en el que se procede a realizar las operaciones necesarias para lograr la terminación de los negocios pendientes, la división del haber social y la extinción de la sociedad.

Lo anterior coincide con el criterio de Dávalos (1994), quien, al referirse a la diferencia entre estos vocablos, explica:

La disolución es el fin de la actividad mercantil de la empresa en cumplimiento de su objeto social. No es la extinción inmediata de la sociedad [...] no implica el fin de la sociedad, sino de las operaciones mercantiles de ésta, el cese de sus administradores y la declaración del estado de liquidación. (p. 118)

Con la disolución se busca garantizar la seguridad del tráfico mercantil e impedir que entidades destinadas a desaparecer continúen asumiendo obligaciones que, luego, no podrán cumplir, lo que agravaría su situación durante la liquidación y podría causar un perjuicio mayor a los terceros con los que se haya relacionado.

Para Mantilla (1977), la disolución es

la resolución del negocio social, no así la extinción de la persona moral nacida de él, pues ésta, aunque pierde su capacidad para realizar nuevas operaciones, subsiste para efectos de resolver, en una etapa posterior llamada liquidación, los vínculos jurídicos establecidos por la sociedad con terceros y con sus propios socios y por los socios entre sí. (p. 43)

De lo anterior se aprecia que la existencia de una causal de disolución no acaba inmediatamente con la sociedad, sino que constituye el punto de partida que desemboca en la etapa de liquidación.

Rodríguez (1996) se refiere a las diferencias entre *causa de disolución* y *estado de disolución*, en el sentido de que

las circunstancias que según la ley o los estatutos son capaces de poner fin al contrato de sociedad se llaman causas de disolución. El estado jurídico que resulta de la presencia de una de dichas causas es el que se llama estado de disolución, es decir, la situación de la sociedad que pierde su capacidad jurídica para el cumplimiento del fin para el que se creó y que solo subsiste para la resolución de los vínculos establecidos por la sociedad. (p. 199)

El autor mencionado pone en claro que las causas de disolución están previstas desde la constitución de la sociedad —ya sea por la ley o por los Estatutos— y pueden producir el fin de esta, pero no se dan necesariamente, en cuyo caso el negocio que dio origen a la persona colectiva se desarrolla normalmente. Por el contrario, cuando el motivo de disolución se manifieste, la sociedad quedará impedida de asumir nuevos derechos u obligaciones con terceros y toda su actividad deberá dirigirse a concluir los negocios pendientes.

Para Hernández (1999), «la disolución es un <pasillo> que conduce a la liquidación y por tanto el principal efecto de la misma [*sic*] es que abre el período de liquidación, aunque la sociedad se disuelva conserva su personalidad jurídica durante el mismo [*sic*]» (p. 508).

Según Díaz Bravo (2017), «[...] por disolución ha de entenderse el hecho de que una sociedad quede impedida para seguir realizando su objeto social y, consecuentemente, la cesación de los administradores en sus cargos [...]» (p. 409).

La disolución debe adoptarse por acuerdo de la Junta General (JG) o disponerse por el tribunal competente, cuando se encuentre presente una causa que la justifique; a partir de este momento, se inicia la liquidación, con el nombramiento de los liquidadores que la representarán; durante tal período, la SM conserva su personalidad, pero solo dirigida a desarrollar las actividades necesarias para concretar aquella.

Por ello, con la disolución, la SM pasa, de ser una persona jurídica con plena capacidad para asumir derechos y obligaciones, a ser una entidad, que mantiene su personalidad jurídica al solo efecto de concluir

los negocios que tiene pendientes con terceros. A tal fin, debe realizar el cobro de los créditos, el pago de las deudas sociales, el cumplimiento de las obligaciones pendientes y la distribución, entre los socios, del remanente del haber social. Solo cuando se cumplan todas estas acciones, puede cancelarse la inscripción registral que extingue la sociedad.

Cuando concurra una causa de disolución de la SM, corresponde a los administradores sociales convocar la celebración de la JG para ventilar esta cuestión. De no efectuarla, han de responder por las operaciones que se realicen con posterioridad a ese momento, tanto ante los socios, como frente a los terceros con los que aquella tiene relaciones jurídicas. En tal caso, además, cualquiera de los socios pudiera solicitar que se convoque la JG, a los efectos de que se adopte el acuerdo de disolución y se dé inicio al proceso de liquidación. Si el órgano societario mencionado no adopta el acuerdo o no se logra la celebración de la junta, por no contarse con el *quorum* necesario, los administradores o alguno de los socios tendrán que instar al órgano judicial o arbitral competente, para que se declare la disolución.

Las causas de disolución pueden ser de origen estatuario —determinadas en los Estatutos— o legal —reguladas en las leyes de los diferentes regímenes jurídicos de cada país. En el ámbito comparado, se apreciaron similitudes en este sentido, tal como se analiza a continuación:

En España, por ejemplo, los artículos del 360 al 363 de la Ley de sociedades de capital (texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010) [BOE, (161), 2010, pp. 96-97] distinguen las causas de pleno derecho, entre ellas, el transcurso del término fijado en los Estatutos, sin ser prorrogado, o el de un año desde la adopción del acuerdo de reducción o aumento del capital —por debajo o en exceso de lo previsto en la ley—, sin que se inscribiera la disolución o transformación.

Igual consideración otorga a la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores. Entre las causas legales o estatutarias que pueden dar pie a la disolución, regula el cese en el ejercicio de la(s) actividad(es) que constituye(n) su objeto social por un período superior a un año, la conclusión de la empresa para la que se constituyó, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento, las pérdidas en el patrimonio por debajo de la mitad del capital social, u otras.

Por su parte, el Artículo 229 de la Ley general de sociedades mercantiles de México (2023, pp. 96-97) establece, como causales de disolución, la expiración del término fijado en el contrato social, la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o la consumación de este, el acuerdo de los socios, la reducción del número de accionistas por debajo del mínimo establecido en la ley, y la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

Estos motivos son similares a los previstos por el Artículo 378 del Código de comercio boliviano, establecido mediante el Decreto Ley No. 14379 (2022, s.p.). Su Artículo 378 otorga ese tratamiento al acuerdo de los socios, el vencimiento del término, sin prórroga o renovación, la obtención del objeto para el cual se constituyó la sociedad o la imposibilidad sobrevenida de lograrlo, la pérdida de capital, la declaratoria de quiebra, salvo la celebración de convenio preventivo o resolutorio, la fusión y la reducción del número de socios (a menos de tres, en las sociedades anónimas, y a uno en las restantes), siempre que no se incorporen otros nuevos en el plazo de tres meses.

En todos los casos antes mencionados se prevé el deber de los administradores de convocar la celebración de la JG, a los efectos de que se adopte el acuerdo para disolver la sociedad y se dé inicio al proceso de liquidación. También se determina la responsabilidad que asumirían, de no cumplir tal obligación.

La declaración de disolución de una SM tiene como principales consecuencias:

- El cambio en la denominación de la sociedad, a la cual se adiciona el sintagma «en liquidación», cual garantía para el tráfico mercantil, a fin de que se conozca el estado en que se encuentra la entidad, que le impide asumir nuevas obligaciones.
- El cese de la representación de los administradores para celebrar actos jurídicos y contraer nuevas obligaciones.
- El inicio del proceso de liquidación, con el nombramiento de los liquidadores, quienes asumen la representación de la sociedad, con la función de culminar los negocios pendientes.
- La modificación del objeto o fin social, ahora dirigido a la conclusión de los negocios pendientes, mediante el cobro de los créditos, el pago de las deudas y el cumplimiento de las obligaciones asumidas con terceros.

- La permanencia de la JG, pero limitada en su actuación a la adopción de los acuerdos relativos a la conclusión de la liquidación.

## 2.2. LA LIQUIDACIÓN

Una vez dispuesta la disolución de la SM, se pasa a su liquidación. Según Uría (1977), «[...] entre la disolución y el estado de liquidación no hay solución de continuidad; y el efecto inmediato del nuevo estado es que cesa la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones [...]» (p. 205).

Por su parte, Etxarandio Herrera (2019) plantea que la liquidación «[...] es el medio ordinario que conduce a la extinción de la sociedad. Su finalidad reside en traspasar la titularidad del patrimonio social a los socios después de haber satisfecho íntegramente las deudas pendientes con los acreedores sociales [...]» (p. 181); mientras que Labariega Villanueva (1986), al referirse a aquella, asegura que

[...] se trata, pues, de un procedimiento disgregativo de la sociedad o de reconversión al patrimonio social en dinero, con la mira de satisfacer a los acreedores, si los hay, y repartir el remanente entre los socios a título de restitución de las aportaciones, aumentados [sic] eventualmente con las utilidades. (p. 1102)

En tanto, Mesa Tejeda (2005) considera que la liquidación es

[...] la fase del proceso de extinción que comprende una serie de actos que van dirigidos a la satisfacción del crédito por los acreedores sociales y a la distribución del patrimonio social remanente entre los socios. Es la fase que antecede a la extinción de la sociedad, y durante la misma [sic] la sociedad conserva su personalidad jurídica [...]. (p. 152)

La liquidación puede darse de dos formas: la *societaria*, que se produce cuando concurre una causa de liquidación y se cuenta con patrimonio suficiente para ejecutar los pagos de las deudas a todos los acreedores, desde el haber social con el que cuenta la sociedad, sin que queden obligaciones pendientes de cumplimiento, y, si quedara un remanente, repartirlo entre los socios; y la *concurzal*, cuando exista un estado de insolvencia actual o inminente en la sociedad, que le impida cumplir con las obligaciones asumidas, por no contar con recursos para satisfacer las deudas frente a los acreedores.

La liquidación societaria, de acuerdo con Muñoz Paredes (2015), está sujeta «[...] a dos presupuestos, uno formal, la disolución de la sociedad, y otro material, cual es la suficiencia de los bienes y derechos sociales para pagar a todos los acreedores, pues en otro caso habremos de acudir al concurso de acreedores [...]» (p. 514).

Cuando exista una insolvencia actual, que impida al deudor el cumplimiento regular de sus obligaciones, o una insolvencia inminente, en la que pueda vaticinarse que aquel, en un período próximo, no podrá hacer frente a las obligaciones adquiridas, regular y puntualmente, por no contar con recursos financieros o materiales, se estará en presencia de un concurso de acreedores, el que puede ser forzoso, si se alega por alguno de los acreedores, o voluntario, en el caso de que la propia sociedad deudora lo invoque. Esto impediría llevar a efecto la liquidación de la sociedad. No es objeto de este trabajo adentrarse en el procedimiento concursal, por demás inexistente en Cuba, lo que requeriría de un análisis que excedería el propósito planteado.

En esencia, en esta fase, los liquidadores designados constituyen el órgano gestor y representativo de la sociedad disuelta y ocupan una posición jurídica semejante a la de los administradores, con el encargo de:

- Formular un inventario del patrimonio social, que tome como fecha la de la disolución de la sociedad e incluya la relación pormenorizada de todos los activos sociales, los créditos y las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal para su pago. El inventario debe ser aprobado por los socios.
- Cobrar los créditos que tenga la sociedad, para lo cual han de valerse de los medios idóneos. En el caso de las sociedades anónimas, se debe exigir a los socios que desembolsen las sumas pendientes para completar el importe nominal de las acciones a su nombre, siempre que ello sea necesario para la satisfacción de los créditos a los acreedores externos y en la cuantía requerida para satisfacerlos.
- Pagar las deudas adquiridas por la sociedad y no pagadas. Solo cuando se cumplan todas las obligaciones podrá continuarse con la liquidación y determinarse el remanente.
- Informar a los socios y acreedores, en el plazo fijado en los Estatutos, sobre el estado de la liquidación, ya que, como la sociedad continúa existiendo, los liquidadores están obligados a rendir cuenta de su gestión.

- Proponer la forma en que se distribuirá el remanente de los activos sociales, determinar el valor de estos y el importe de dinero o los bienes que corresponderán a cada socio a título de liquidación.

Finalizado este proceso, los liquidadores deben convocar la celebración de la JG para someter a su aprobación el balance final de la liquidación, informar las operaciones realizadas y presentar la propuesta del reparto del activo resultante entre los socios, de acuerdo con lo previsto en los Estatutos y la proporción de su participación en el capital social.

Concluido y aprobado el informe final de la liquidación, procede la cancelación del asiento en el Registro Mercantil; para ello debe demostrarse que los socios han recibido los montos que les corresponden por concepto de distribución del remanente del haber social. De esta forma, se extingue la sociedad y desaparece del tráfico jurídico-mercantil.

## III. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN JUDICIALES

### 3.1. CAUSAS

Las causas de disolución para las sociedades anónimas se regulan en el Artículo 37 del Reglamento de la Ley de la inversión extranjera [GOR-E (20), 2014, pp. 197-198], en tanto las referidas a las sociedades de responsabilidad limitada se hallan en el precepto 95 del Decreto-Ley No. 46, sobre las mipyme [GOR-O (94), 2021, pp. 2722-2723].

Algunas de ellas han servido de fundamento a los procesos tramitados en el período comprendido de 2009 a 2022, en los que la pretensión estuvo dirigida a que se declarara la disolución judicial de una SM. Aunque en todos esos casos se trató de compañías constituidas bajo la forma de sociedades anónimas, al amparo de la primera de las disposiciones normativas mencionadas, los análisis realizados resultan válidos para las mipyme —sobre las que aún no se conocen asuntos de esta índole—, dada la similitud de la regulación de las causas de disolución en ambos cuerpos legales.

De acuerdo con la Sentencia No. 370 de 2017, de la Sala de lo Económico del TPP de La Habana, el vencimiento del plazo de vigencia, sin haberse inscrito la prórroga autorizada en el Registro Mercantil, surte efectos inmediatos, pues, desde que se constituyó la sociedad, se determinó el momento en que se disolvería y, cuando ello ocurre, debe darse paso automáticamente al inicio del proceso de liquidación, con-

forme a lo pactado en los Estatutos, sin necesidad de que se acuerde por los socios, se disponga por el tribunal competente y se inscriba en el Registro Mercantil. Por lo anterior, se consideró desacertada la promoción de una acción ante el tribunal para que dispusiera una disolución que ya había acontecido, toda vez que, al ejercerse la acción, habían transcurrido más de dos años del vencimiento del plazo de vigencia.

Para que esta causa de disolución no se verifique, la modificación de la duración de la sociedad deberá acordarse, necesariamente, antes de que concluya el plazo de vigencia fijado. En el caso de las empresas mixtas constituidas como sociedades anónimas, debe contarse con la aprobación del organismo que autorizó su creación, previo a la adopción del acuerdo de prórroga por los socios, de conformidad con el Artículo 20 b) de la citada disposición reglamentaria.

La existencia de *sentencia firme de un tribunal* —causa prevista en las dos normas citadas— no ha de verse como un motivo de disolución en sí mismo, pues, para que este se integre, ha de recaer un pronunciamiento judicial que declare disuelta la SM, lo cual solo es posible cuando se demuestre la concurrencia de una razón para ello, legal o estatutariamente prevista.

Cosa diferente ocurre cuando los socios acuerdan la disolución, como, también, prevén las disposiciones comentadas, pues ellos pueden, de manera soberana, decidir no continuar con la actividad que desarrollan, sin que para esto tenga que estar presente otra de las causales, en atención al principio de autonomía de la voluntad.

Asimismo, los textos legales citados contemplan la posibilidad de disolución por inactividad de los órganos de dirección, debido a una discrepancia insuperable entre los socios que impide adoptar los acuerdos sociales necesarios para la realización de su objeto social u otra actividad imprescindible a efectos de la continuidad de su funcionamiento. Esta es la causal que más se ha utilizado en los procesos promovidos ante la sala de justicia mencionada. En algunos casos, la pretensión se fundó en la imposibilidad de celebrar la JG de accionistas, por la inasistencia repetida de uno de los socios, a pesar de estar convocado, lo que conllevó a la total inactividad de la sociedad (Sentencia No. 299, 2014) y, en otros, por haber ocurrido la extinción del accionista de la parte extranjera, con igual resultado (Sentencia No. 184, 2021).

Por otra parte, la causal relacionada con la ocurrencia de cambios de control accionario de uno de los accionistas, sin ser informado

debidamente, o cuando, habiéndolo sido, el otro accionista decida terminar la asociación, prevista en el régimen de la inversión extranjera, no puede identificarse, únicamente, a partir de la falta de información al otro socio. En tal sentido, ha de considerarse que, en el caso cubano, el cambio de un miembro extranjero no se produce, sin más, con el conocimiento y consentimiento del nacional, sino que, también, debe contar con la autorización gubernamental para que entre a la empresa mixta una parte diferente; la ausencia de esta aprobación llevaría igualmente a la disolución. Así se apreció en la Sentencia No. 15 de 2022, dictada por la citada sala.

La no obtención del financiamiento para llevar a cabo la inversión ha dado lugar a varios procesos, aun cuando no se encuentra prevista, expresamente, como una causa legal de disolución. Se ha entendido que tal supuesto puede enmarcarse en el inciso i), del Artículo 37, del Reglamento de la Ley de la inversión extranjera [GOR-E (20), 2014], referido al «incumplimiento de las obligaciones de cualesquiera [sic] de las partes que afecte sustancialmente la consecución del objeto social o contractual» (p. 198) y, también, en la previsión del inciso c), que alude a la «imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto social o contractual, o por falta de ejercicio de las actividades que lo integren durante un período que exceda de ciento ochenta (180) días naturales» (p. 198) (Sentencia No. 64, 2011).

El resto de las causales legalmente previstas no se han empleado como fundamentos para la solicitud de declaración judicial de la disolución de una SM ante la sala en cuestión.

No obstante, la «insolvencia patrimonial declarada de la sociedad», establecida en el inciso f) del precepto antes mencionado, y regulada, asimismo, en el Artículo 874, del Código de comercio (Betancourt, 1917, p. 294), quedó inutilizada en el ámbito mercantil, al no contemplarse las normas procesales destinadas a la determinación de aquella en la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, ni en el Código de procesos. En tal caso, la disolución tendría que fundarse en alguna de las causales derivadas de la insolvencia, como pueden ser las pérdidas que reducen el patrimonio social —Artículo 37 e) [GOR-E (20), 2014, p. 198].

Por último, al determinarse que la Fiscalía General de la República puede instar la disolución forzosa de las mipyme, ante la ocurrencia de presuntos hechos delictivos, perpetrados en nombre de una de ellas,

o por violaciones de la legalidad, cometidas por sus socios, debió preverse esta situación como causa de disolución en el Decreto-Ley No. 46 [GOR-O (94), 2021], lo que no se realizó, sin que tampoco quepa enmarcarla en cualquiera de las establecidas en el Artículo 95 (pp. 2722-2723). Para que se declare judicialmente la disolución de una SM debe configurarse alguna de las causales legales o estatutarias; en otro caso, no podría obtenerse tal pronunciamiento del tribunal actuante.

### 3.2. RETOS

Cuando no se adopte el acuerdo que apruebe la disolución por parte de la JG, puede buscarse la intervención del tribunal para que este la disponga. Para ello, es competente la Sala de lo Mercantil del TPP del domicilio social de la entidad, según lo previsto en el Artículo 25.4 a) del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 2982]. La demanda será tramitada por el proceso ordinario, por ser el que se reserva para resolver los litigios en esta materia —Artículo 520.2, p. 4048.

En los conflictos relacionados con la disolución o liquidación de las SM, los administradores de estas se encuentran legitimados para solicitar la intervención judicial, por ostentar la representación de la sociedad y tener, entre sus atribuciones, la de accionar para lograr la disolución, cuando se verifique la existencia de una de las causales previstas en la ley o los Estatutos; si ellos no lo realizaran, cualquiera de los socios podría promover el proceso ante la sala competente.

Para el caso de las mipyme —en las que pueden accionar, de igual forma, los administradores y los socios—, también se legitimó al órgano de control y fiscalización, el que puede instar judicialmente la disolución cuando la JG se niegue a adoptar el acuerdo, lo que debe ser demostrado con la presentación de la demanda —Artículo 86.1 del Decreto-Ley No. 46 [GOR-O (94), 2021, p. 2721].

En relación con estas SM, resulta muy novedosa la legitimación con que cuenta la Fiscalía General de la República para intervenir en este tipo de litigio, según el Artículo 97 de la propia disposición (p. 2723), la que, también, deja claro que esta ejecución forzosa solo puede disponerse por resolución firme del tribunal competente. Dicho actuar se ampara, además, en el Artículo 65 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 3989], con el inconveniente de no haberse previsto la causa de disolución respectiva, como antes se razonó.

Como partes demandadas, estarán legitimados la SM que se pretende disolver, el socio que haya generado el conflicto que provocó la causal de disolución o que se opuso a adoptar el acuerdo para su disposición en la JG, y el resto de los socios que integran la persona colectiva.

En todos los procesos tramitados por la aludida sala —referidos a empresas mixtas—, la demanda fue presentada por el representante legal del socio cubano, sin que los administradores hubiesen accionado oportunamente para disolver la sociedad, con incumplimiento de las funciones que tienen atribuidas. En todos esos asuntos, además, la causal de disolución se había configurado desde años anteriores y no se instó para que se declarara la disolución, lo que había agravado la situación patrimonial de la sociedad y generado afectaciones económicas tanto a los socios como a los terceros con quienes había mantenido relaciones.

Ni en el Decreto No. 325, para las sociedades anónimas que operan en el país [GOR-E (20), 2014, pp. 189-202], ni en el Decreto-Ley No. 46, para las mipyme [GOR-O (94), 2021, pp. 2710-2725], prevén el término con el que cuentan los administradores, al presentarse una causa de disolución, para convocar a la celebración de la JG, a fin de que esta analice y determine la disolución de la sociedad. Tampoco se establece el plazo en el que, una vez convocada la junta, si esta no se celebra o no se adopta el acuerdo que disponga la disolución, debe instarse ante el tribunal competente. Estos particulares nunca han estado determinados en los estatutos de las SM que han sido parte de los procesos tramitados en la aludida sala. En consecuencia, la responsabilidad de los administradores, cuando no actúan de manera diligente, como les corresponde, queda sin determinarse.

El Artículo 153 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4001] estableció que la resolución definitiva, en la que se disponga la disolución de una SM, debe indicar el inicio del proceso de liquidación, designar la comisión liquidadora y la periodicidad con la que esta debe rendir cuenta sobre su actividad, hasta que presente el balance de cierre de aquella, para la inscripción de la extinción en el registro pertinente. La liquidación se tramita por la vía del proceso de ejecución, según determina el Artículo 454.3 de la propia ley (p. 4038).

La omisión de la solicitud de liquidación y la propuesta de los liquidadores debiera ser advertida por el tribunal desde que se presenta la demanda, al objeto de disponer la subsanación para que tales as-

pectos sean incluidos como parte de los hechos y las pretensiones, por ser posibles términos del debate. De esta forma, se preservaría la congruencia entre el fallo y las pretensiones, exigida en el Artículo 152 de la ley procesal (p. 4001).

Ha sido acertada la postura del legislador al prever que, con la disolución, se disponga el inicio del proceso de liquidación, pues esta es una consecuencia obligada de aquella; sin embargo, además de atender a los aspectos legales, en el momento de decidir sobre la liquidación, habrá que poner atención en los estatutos de la sociedad, para no desconocer lo que los socios hayan podido acordar en dicho instrumento acerca de la persona que los representará en ese trámite. El tribunal se encargará de la designación de los liquidadores, cuando no exista acuerdo sobre ello, no se encuentre previsto en aquellos o no se haya personado en el proceso alguno de los socios demandados. La determinación de los plazos en que los liquidadores deberán rendir cuenta corresponde al juzgador, sin tener que sujetarse a lo pactado por las partes.

Una vez que adquiera firmeza la sentencia que dispone la disolución, el inicio de la liquidación y la designación de la comisión liquidadora, se debe remitir comunicación al Registro Mercantil, con copia de la resolución, para que se realice la inscripción correspondiente, de lo que se deja constancia en las actuaciones.

Aunque hasta el momento no se han confrontado dificultades en la práctica judicial, la liquidación de las SM en sede judicial pudiera verse afectada por la exigencia de que se cuente con activo suficiente para asumir las obligaciones pendientes y el pago a todos los acreedores, especialmente, en lo que concierne a la parte extranjera. En las modalidades de la inversión extranjera, en este sentido, son relevantes los acuerdos a los que puedan llegar los socios entre sí para viabilizar la cancelación de las deudas.

Lo anterior, en cambio, no debe de funcionar de igual manera cuando el litigio se presente entre los socios de las mipyme, ya que estos son personas naturales que realizan aportaciones de recursos financieros o bienes para conformar el capital social, pero no responden por las deudas sociales, al constituirse estas entidades bajo la forma de sociedades de responsabilidad limitada. En estos casos, los liquidadores deberán verificar que se cuenta con el capital para hacer frente a las deudas, pues, de no ser así, sería imposible continuar la liquidación y debería darse paso a la liquidación concursal, lo que no puede ser tramitado

ni resuelto en la actualidad, dada la carencia de disposiciones normativas al respecto.

El Artículo 454.3 del CPR, previamente citado, es claro en que la liquidación que se tramita por el proceso de ejecución es la *dispuesta por una resolución judicial*. Ello significa que la pretensión dirigida a lograr la liquidación en sede judicial de la disolución de una SM, resultante del transcurso de su tiempo de vigencia o acordada por los socios —como acontece, por ejemplo, cuando la discrepancia se suscita con relación al nombramiento de los liquidadores, el informe final presentado por estos o la propuesta de reparto del remanente—, deberá transitar por el proceso ordinario, cuestión que genera una falta de uniformidad en la tramitación de la liquidación y obliga a considerar, en un proceso de conocimiento, cuestiones que son propias de la ejecución.

Una posible solución para tal situación pudiera radicar en que el proceso ordinario que se promueva se limite a declarar la tramitación de la liquidación, el nombramiento de los liquidadores o la ratificación de los ya designados, así como la forma y los plazos en que ellos deberán rendir cuenta del estado de la liquidación, con los mismos requerimientos ya expuestos, con lo cual se dejaría la terminación de la liquidación para el proceso de ejecución de la sentencia.

Por otro lado, una vez firme la resolución judicial que disponga la disolución de una SM e inscrita esta en el Registro Mercantil respectivo, deberán archivar las actuaciones, como corresponde realizar en un proceso de conocimiento, pues la ejecución solo procede a solicitud de la parte interesada, de conformidad con lo previsto en el Artículo 455 del CPR [GOR-O (138), 2021, p. 4038]. Como consecuencia de ello, las sociedades disueltas pudieran mantenerse en esa situación, sin llegar a ser liquidadas, con lo cual se mantendrían en el tráfico jurídico, aun cuando, de hecho, hayan dejado de ejecutar el objeto para el que se constituyeron.

En criterio de la autora, la anterior postura entra en contradicción con los pronunciamientos que el tribunal está obligado a realizar, al declarar la disolución (con vistas a la liquidación), los que justifican que, una vez firme la sentencia, se continúe, de oficio, con la ejecución de la fase de liquidación, hasta llegar a la extinción de la sociedad, cuestión que bien pudiera ser dispuesta por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP), en cumplimiento de las facultades que le están conferidas, en los artículos 148, tercer párrafo, de la CRC

[GOR-E (5), 2019, p. 101], y 29.1 h), de la Ley No. 140, de 28 de octubre de 2021, De los tribunales de justicia [GOR-O (137), 2021, p. 3938], mediante una instrucción.

Las previsiones de los artículos del 454 al 467 del CPR [GOR-O (138), 2021, pp. 4038-4039], que regulan la ejecución de las resoluciones judiciales, no se ajustan a las acciones que deben llevarse a cabo para liquidar una SM, particular con relación al cual tampoco existe ninguna norma procesal previa; ello obliga a los jueces a adaptar la tramitación de la ejecución a lo que cada caso requiera y, a la vez, es fuente de diversos modos de actuación, con la consecuente inseguridad jurídica.

Aun cuando la tramitación de la liquidación siga el proceso de ejecución de sentencia, la práctica de pruebas mantiene una importancia vital, en especial, si se presenta oposición al informe de liquidación final, lo que puede hacer necesaria la intervención de especialistas contables o auditores que actúen como peritos, ya sea a instancia de parte o de oficio.

Durante la ejecución, se debe mantener un control sobre los liquidadores designados, para viabilizar la presentación de un informe mensual sobre el estado de la liquidación; el tribunal ha de realizar todas las acciones necesarias para que aquellos actúen de forma responsable, en función de la terminación de las acciones que les permitirán emitir el informe final de liquidación, con la propuesta de división del haber social. Una vez presentado este, debe darse traslado a las partes, por el término que se considere oportuno, para que se pronuncien sobre la aceptación del resultado, o no, y, mostrada inconformidad, el tribunal pudiera auxiliarse de peritos que dictaminen con relación a lo que sea objeto de ella. Si el dictamen coincide con los resultados del informe final, debe dictar un auto que apruebe el informe de liquidación.

Solo puede librarse la comunicación al Registro Mercantil, para que se cancele la inscripción de la sociedad, una vez que los liquidadores demuestren ante el tribunal que se ha cumplido con la entrega del haber que corresponde a cada socio.

En resumen, actualmente, la forma en que se deben tramitar los litigios que surjan entre los socios con posterioridad a que se declare la disolución de la SM o durante su liquidación, el plazo con que cuentan los liquidadores para presentar el balance inicial de las cuentas de la sociedad, los documentos que han de aportarse con este, el modo en que el juez controlará el cobro de los créditos y el pago de las deudas pendientes al decretarse la disolución y cómo proceder una vez que se

presente el informe final de liquidación son cuestiones por determinar. Esta tarea pudiera ser asumida por el CG-TSP, mediante una instrucción, dirigida a uniformar la práctica judicial en ese sentido.

### 3.3. PROPUESTA

En criterio de la autora, basado en el resultado de la investigación, debieran ser objeto de una instrucción, dictada por el CG-TSP, los aspectos siguientes:

1. Los litigios que surjan entre los socios, con posterioridad a declararse la disolución de la SM o iniciada la liquidación, debieran tramitarse por el proceso ordinario, pero dirigido este, esencialmente, a que se acredite la disolución de la sociedad y el estado de la liquidación. La sentencia que ponga fin al asunto deberá disponer la tramitación de esta, el nombramiento o la ratificación de los liquidadores y la periodicidad con la que ellos rendirán cuenta sobre su actividad, hasta que presenten el balance de cierre.
2. Una vez firme la sentencia, el tribunal deberá entrar, de oficio, en la ejecución de la fase de liquidación de la SM hasta su extinción.
3. Los liquidadores debieran presentar el balance inicial de liquidación, expresivo de la situación de la sociedad en el momento de la disolución, acompañado del inventario general de los bienes con los que contaba aquella, los estados financieros u otros documentos relevantes al efecto, en un plazo no superior a 20 días hábiles.
4. Una vez recibido el balance inicial de liquidación, el tribunal debe dar traslado a las partes, por un plazo de cinco días, para que puedan mostrar su conformidad o desacuerdo con él, proponer la inclusión de otros bienes, créditos o deudas que posea la sociedad en ese momento y presentar los documentos que acrediten su posición.
5. El tribunal ha de controlar, sistemáticamente, las operaciones de liquidación en relación con el estado del cobro de los créditos sociales, el pago de las deudas, la venta de los bienes sociales, de modo que pueda conocer el estado en que aquella se encuentra e impulsar su culminación. Sería recomendable, a ese efecto, que los liquidadores rindieran un informe mensual, sin perjuicio de la facultad del órgano judicial actuante de convocar a audiencia, de oficio o a instancia de parte, para que ellos precisen aspectos de influencia en ese trámite.

6. Cuando se reciba el balance final de liquidación y el proyecto de división del activo resultante entre los socios, se debiera conceder traslado a las partes, por un plazo de cinco días, para que se pronuncien con relación al informe. De no presentarse la impugnación o mostrarse conformidad con el contenido de este, el tribunal dictará un auto en el que lo apruebe y pondrá fin a la ejecución. Una vez demostrado el cumplimiento de la distribución del remanente correspondiente a cada uno de los socios con derecho a cobrarlo, debiera disponerse librar comunicación al Registro Mercantil para que este proceda a la cancelación del asiento registral, en un plazo que no exceda de 10 días, con el apercibimiento de que, si incumpliera el mandato judicial, se le podrá exigir responsabilidad penal por la comisión del delito de desobediencia.

7. Si el balance final de liquidación fuera impugnado, ello debería ser tramitado por la vía de las cuestiones incidentales, con traslado a las otras partes para que puedan oponerse en un plazo de cinco días. Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, o las dispuestas de oficio, el tribunal debería dictar un auto por el que acoja o desestime la impugnación. Una vez que la resolución dictada sea firme y se demuestre por los liquidadores el cumplimiento del pago del remanente a los socios, se deberá librar comunicación al Registro Mercantil, en los términos antes explicados.

8. Si, durante la tramitación de la liquidación, los encargados de realizarla informan que el activo de la sociedad no es suficiente para cubrir los créditos sociales, se debiera conceder traslado a las partes, por el plazo de cinco días, para que se pronuncien al respecto. De comprobarse lo informado, se dispondría la paralización de la liquidación y el archivo de las actuaciones, mientras se mantenga esa situación.

## **IV. CONCLUSIONES**

La disolución y la liquidación son dos etapas diferentes del proceso de extinción de una sociedad mercantil, que no han de ser confundidas, aunque existe una estrecha relación entre ellas.

Durante la liquidación, la sociedad mantiene su personalidad jurídica, pero está impedida de desarrollar su objeto social y adquirir nuevas obligaciones. El actuar de los liquidadores se limita a la conclusión de los negocios pendientes, el cobro de los créditos, el pago de las deudas y el reparto del haber social remanente entre los socios.

En el ordenamiento jurídico nacional no existe un cauce apropiado para dar solución a los litigios que surjan entre los socios, con posterioridad a la disolución de una SM ni se ha regulado la tramitación de la liquidación judicial de este ente colectivo, lo que genera falta de uniformidad en la actuación de los tribunales.

Tales cuestiones pudieran encontrar un paliativo por la vía de una disposición del CG-TSP que interprete las previsiones procesales para uniformar la práctica judicial en los ámbitos identificados.

## V. REFERENCIAS

Betancourt, Á. C. (1917). *Código de comercio vigente en la República de Cuba* (2.<sup>a</sup> ed. autorizada y corregida). Rambla, Bouza y Cía.

Constitución de la República de Cuba. (Abril, 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Dávalos Fernández, R. (1994). *Las empresas mixtas. Regulaciones jurídicas*. Consultoría Jurídica Internacional.

Decreto-Ley No. 50, Sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras. (Febrero 15, 1982). GOR-E (3), 11-15.

Decreto-Ley No. 241, modificativo de la Ley No. 7 de 1977. (Septiembre 27, 2006). GOR-E (33), 325-335.

Decreto-Ley No. 325, Reglamento de la Ley de la inversión extranjera. (Abril 16, 2014). GOR-E (20), 189-202.

Decreto-Ley No. 46, Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas. (Agosto 6, 2021). GOR-O (94), 2710-2725.

Decreto Ley No. 14379, Código de comercio (actualizado hasta septiembre 20, 2022). (2022). *Gaceta Oficial de Bolivia*.  
<http://www.derechoteca.com>

Díaz Bravo, A. (2017). *Derecho mercantil* (5.<sup>a</sup> ed.). Escorza.  
<http://ebookcentral.proquest.com>

Etxarandio Herrera, E. (2019). La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores. En Emparanza Sobejano, A. y Herbosa Martínez, I. (Dtores). *Responsabilidad de administradores, gobierno corporativo y derecho concursal*. Thomson Reuters-Deusto-Aranzadi.

- Hernández, J. L. (1999). *Elementos de Derecho mercantil* (3.<sup>a</sup> ed. actualizada). Deusto.
- Labariega Villanueva, P. A. (1986). La extinción de la sociedad anónima. *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, (3), 1095-1112. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/la-extincion-de-la-sociedad-anonima-5022936>
- Ley general de sociedades mercantiles de México (actualizada hasta la reforma de octubre 20, 2023). (2023). *Diario Oficial de la Federación*. <http://www.diputados.gob.mx>
- Ley No. 7, De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico. (2015). En Mantecón Ramos, A. (Rev.). *Ley No. 7, Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (Edición revisada y actualizada)*. Ediciones ONBC.
- Ley No. 77, Ley de la inversión extranjera. (Septiembre 5, 1995). GOR-E (3), 5-12.
- Ley No. 118, Ley de la inversión extranjera. (Abril 16, 2014). GOR-E (20), 177-189.
- Ley No. 140, De los tribunales de justicia. (Octubre, 28, 2021). GOR-O (137), 3929-3975.
- Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4096.
- Mantilla Molina, R. L. (1977). *Derecho mercantil* (17.<sup>a</sup> ed.). Porrúa.
- Mesa Tejeda, N. (2005). *Temas de Derecho mercantil cubano*. Félix Varela.
- Muñoz Paredes, A. (2015). *Tratado judicial de la responsabilidad de los administradores. La responsabilidad societaria* (vol. 1). Aranzadi.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, Ley de sociedades de capital (texto refundido). (Julio 3, 2010). *Boletín Oficial del Estado*, (161), 1-156. <http://www.boe.es>
- Resolución No. 27, Normas relativas a la actividad de supervisión y control de las inversiones extranjeras, ministro para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica. (Mayo 20, 2003). GOR-O (35), 2003. 537-556.

Rodríguez Rodríguez, J. (1996). *Derecho mercantil*. Porrúa.

Sentencia del Tribunal Provincial Popular de La Habana. (Marzo 31, 2011). (64). Legajo, Sala de lo Económico, TPP La Habana.

Sentencia del Tribunal Provincial Popular de La Habana. (Diciembre 28, 2014). (299). Legajo, Sala de lo Económico, TPP La Habana.

Sentencia del Tribunal Provincial Popular de La Habana. (Noviembre 30, 2017). (370). Legajo, Sala de lo Económico, TPP La Habana.

Sentencia del Tribunal Provincial Popular de La Habana. (Noviembre 22, 2021). (184). Legajo, Sala de lo Económico, TPP La Habana.

Sentencia del Tribunal Provincial Popular de La Habana. (Febrero 25, 2022). (15). Legajo, Sala de lo Mercantil, TPP La Habana.

Uría, R. (1997). *Derecho mercantil* (24.<sup>a</sup> ed.). Marcial Pons.

# LA RECONFIGURACIÓN DEL ERROR EN EL CÓDIGO PENAL-

## *THE RECONFIGURATION OF ERROR IN THE CRIMINAL CODE*

### ■ DR. LIUVER CAMILO MOMBLANC

Profesor, Universidad de Oriente, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-1311-095X>

[liuver1010@gmail.com](mailto:liuver1010@gmail.com)

### ■ DR. CIRO FÉLIX RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

Profesor, Universidad de Oriente, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-0877-150X>

[cfelix@uo.edu.cu](mailto:cfelix@uo.edu.cu)

## Resumen

Las diversas tipologías del error como causa de exoneración de la responsabilidad penal, su distinta naturaleza y efectos jurídicos, lo ubican entre las eximentes de mayor complejidad dogmática, con las consecuentes dificultades en el orden de su configuración, interpretación y aplicación. Al figurar en el catálogo de las instituciones que fueron objeto de modificación en la reciente reforma penal sustantiva, resulta necesario esclarecer sus postulados hacia la praxis jurídica, a lo cual pretende contribuir el presente artículo, que toma en consideración las posturas teórico-doctrinales contemporáneas mayormente aceptadas sobre tal eximente. Para ello, se emplea una metodología de tipo descriptivo-analítica, fundamentada en los métodos analítico-sintético, inductivo-deductivo y exegético, apoyados por la técnica investigativa de la revisión bibliográfica. Como conclusión principal se advierte que el nuevo Código penal, con una mejor técnica legislativa que su antecesor, acoge un tratamiento dualista que distingue claramente entre el error de tipo y el de prohibición, lo que trasciende a consecuencias diversas en su apreciación. Al

mismo tiempo, destaca el expreso reconocimiento de las diferentes modalidades del error de prohibición, tanto en la variante del error directo como en la del indirecto.

**Palabras clave:** Eximentes; error de tipo; error de prohibición.

## **Abstract**

*The various typologies of error as a cause of exoneration from criminal liability, its different nature and legal effects, place it among the most dogmatically complex exonerating circumstances, with the consequent difficulties in terms of its configuration, interpretation and application. As it appears in the catalogue of institutions that were subject to modification in the recent substantive criminal reform, it is necessary to clarify its postulates in terms of legal praxis, to which this article aims to contribute, taking into consideration the most widely accepted contemporary theoretical-doctrinal positions on this exonerating circumstance. To this end, a descriptive-analytical methodology is used, based on the analytical-synthetic, inductive-deductive and exegetical methods, supported by the research technique of the bibliographical review. The main conclusion is that the new Criminal Code, with a better legislative technique than its predecessor, adopts a dualist treatment that clearly distinguishes between the error of type and the error of prohibition, which leads to different consequences in its assessment. At the same time, it highlights the express recognition of the different modalities of the error of prohibition, both in the variant of direct and indirect error.*

**Keywords:** Exonerating factors; type error; prohibition error.

## **Sumario**

I. Introducción; II. El error de tipo como causa de atipicidad; III. El error de prohibición como causa de inculpabilidad; IV. La eximente del error en las leyes 62 (1987) y 151 (2022); V. Conclusiones; VI. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Las eximentes en sede penal son causas que se manifiestan *ex ante* o durante el acto socialmente lesivo del bien jurídico, relacionadas con

el hecho o el sujeto y, por las circunstancias que concurren, excluyen la antijuridicidad o culpabilidad por ese hecho y exoneran al sujeto de responsabilidad jurídico-penal, al no cumplirse los requisitos para la configuración del injusto o su reprochabilidad. Por sus características y efectos jurídicos, la doctrina y los legisladores suelen ser rigurosos en la definición de los requerimientos para la apreciación de aquellas. En este sentido, Quirós (2002) señala que «[...] solo podrán ser aplicadas cuando resulten debidamente comprobados los requisitos que [...] se exigen por la ley para su integración» (p. 140).

Entre el catálogo de las eximentes previstas en la ley penal sustantiva, el error destaca por su complejidad técnico-dogmática, la que trasciende a la configuración normativa con las consecuentes dificultades en el orden de su interpretación y apreciación. No es de extrañar, por ello, que los estudios realizados en el país adviertan sobre los pocos casos en los que se ha apreciado esta eximente en la práctica judicial (Camilo, 2014, p. 75; López, 2012, p. 77). Tampoco es accidental que haya sido objeto de una importante modificación normativa con la aprobación del nuevo Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696]. De ahí que se juzgue pertinente la selección de este instituto de la dogmática como objeto de estudio, con el propósito de contribuir a la correcta interpretación y aplicación de sus postulados en la praxis jurídica nacional, a partir de los fundamentos teóricos y aquellos planteamientos doctrinales y de política criminal que mayor consenso han merecido en los últimos tiempos.

La valía ilustrativa de la sistematización y las valoraciones que aquí se proponen se potencia con la aprobación de la nueva ley penal sustantiva porque, a diferencia de la Ley No. 62 de 1987, Código penal (CP) (Rivero y Bertot, 2017), se contemplan todas las modalidades del error de prohibición, sin restringirlas al error indirecto sobre la concurrencia de una causa de justificación. A partir de la reforma penal, el legislador acoge un tratamiento dualista que diferencia, claramente, el error de tipo y el de prohibición. De ello, también, se desprende la necesidad de repasar la doctrina especializada y los esquemas de regulación asumidos en el Derecho comparado, en procura de su adecuada distinción e instrumentación.

Como no es posible abordar *in extenso* las cuestiones teóricas que fundamentan estos institutos de la dogmática, asociados a las concepciones teóricas sobre la culpabilidad —y el dolo como elemento de esta o

del injusto—, basta apuntar, por lo que aquí interesa, los aspectos más relevantes de su definición, contenido y alcance. Al mismo tiempo, se hace una breve referencia a su expresión normativa en el derogado CP y su sucesor, con el propósito de valorar las modalidades a las que se da acogida e ir delineando sus contornos y alcances.

## II. EL ERROR DE TIPO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD

«En la moderna dogmática del Derecho penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad» (Roxin, 1997, p. 193). Sin embargo, en palabras de este propio autor, el contenido concreto de estas categorías y la relación recíproca entre ellas son discutidos de manera que, según los distintos puntos de vista científicos de que se parta, se presenta un aspecto o contenido diferente para cada uno (Roxin, 1997, p. 194).

Aunque no es el momento de ocuparse de esta cuestión, conviene tener en cuenta el carácter secuencial de la definición del delito, que obliga a tratar y resolver en cada categoría los problemas que en ella se presentan, antes de pasar a la siguiente. De hecho, la comprensión del error de tipo como causa de atipicidad —postura mayoritaria en la doctrina contemporánea—, necesariamente remite al análisis de la tipicidad y su concreción en el tipo penal.

La tipicidad, en tanto el primer rasgo de la acción, a partir de los cultores del finalismo, va a estar determinada por la existencia de un tipo objetivo y uno subjetivo. La gran aportación de la teoría final de la acción consistió en demostrar que la acción subsumible en el tipo no es un simple proceso causal invidente, sino dirigido por la voluntad hacia un fin; de esta manera, aquellos se opusieron al criterio doctrinario según el cual todo lo objetivo pertenecía a la tipicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, de lo que se colige que, a nivel de la tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad —determinación del fin, selección de los medios, previsión de los efectos concomitantes, etc.— (Fontán, 1998, p. 180; Muñoz y García, 2010, p. 265).

Desde entonces, según la opinión dominante, el tipo objetivo queda constituido por la descripción de la conducta prohibida o impuesta por la norma. En él se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza ob-

jetiva que caracterizan el supuesto de hecho de la norma o tipo penal (sujeto activo, conducta, formas y medios de la acción, resultado, relación de causalidad y criterios para imputar, objetivamente, el resultado a la conducta, el objeto material, etc.). En cambio, el tipo subjetivo es la expresión del dolo correspondiente a cada tipo objetivo; esto es el conocimiento y la voluntad de realización de la descripción típica (Muñoz y García, 2010). Fontán (1998) explica la relación tipo objetivo-subjetivo a través de la figura del homicidio:

El tipo objetivo del homicidio [...] *es el que matare a otro, en tanto que el tipo subjetivo correspondiente es conocer que se mata a otro y querer hacerlo, sabiendo que los medios elegidos conducen al resultado propuesto (conocimiento de la relación causal).* (p. 193)

Esta vertiente subjetiva del tipo admite gradaciones según los supuestos en los que el fin del autor se traduce en una agresión consciente (dolo directo o eventual) contra el bien jurídico protegido, conforme a lo descrito en el tipo objetivo, y aquellos casos en los que el comportamiento del sujeto obedece a una falta de cuidado en la que, a veces, ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico (culpa consciente o inconsciente). De ahí la distinción que se hace, en el plano de la tipicidad, entre el tipo de injusto ejecutado con dolo y el realizado imprudentemente.

Conforme al causalismo clásico, para que concurra el dolo, en tanto forma de la culpabilidad, era necesario el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y, entendido como *dolus malus*, se integraba por la voluntad consciente no solo del hecho, sino también de su significado antijurídico. *Contrario sensu*, con el finalismo, al pasar el dolo de la culpabilidad al tipo, no se consideró el conocimiento de la antijuridicidad como parte de su contenido, el que permaneció en la culpabilidad, completamente separado del dolo. En efecto, el finalismo redujo el dolo a conocer y querer los elementos de la situación típica y excluyó de su contenido el conocimiento de la significación antijurídica para convertirlo en lo que denominó «dolo natural» (Mir, 2016, p. 278; Muñoz y García, 2010, p. 265).

A partir del traslado del dolo y la culpa desde la culpabilidad hasta el tipo penal, sin la concurrencia de una de estas dos formas, se excluye la tipicidad antes de saber si el comportamiento realizado es antijurídico, o no, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin aquellos

elementos subjetivos resulta una conducta atípica. Ello tiene trascendencia en el ámbito del error, pues, dependiendo de que el dolo y la culpa se consideren elementos del tipo (finalismo) o de la culpabilidad (causalismo), deberán tratarse, como se verá más adelante, la naturaleza y los efectos jurídicos del error, en tanto eximente de la responsabilidad penal.

Al ser la propuesta del finalismo la postura dominante, para considerar la existencia de una conducta típica, es decir, que un comportamiento humano se adecua al descrito como delito en una norma penal, se exige que esta quede subsumida en las dos variantes del tipo penal. No es suficiente que la acción coincida con la descrita en el tipo objetivo para que se considere típica. Debe examinarse, también, la correspondencia entre la voluntad de realización configuradora de la acción y el tipo subjetivo. La ausencia de esa correspondencia hará desaparecer la tipicidad dolosa y podrá existir la culposa, si hay violación del deber objetivo de cuidado, dado el supuesto de que la figura admita el delito imprudente.

A juicio del profesor Quirós (2002),

el error consiste en la discordancia, en la falta de correspondencia entre la conciencia y su objeto, por cuanto el conocimiento de esa realidad objetiva, ese mundo exterior, resulta insuficiente, deficiente, equivocado, incongruente. En el error, un objeto del mundo exterior no se conoce como realmente es, sino de manera inexacta o falsa. (p. 312)

En esa misma constelación teórica, Cobo y Vives (1987) sentencian que «[...] el error consiste en la discordancia entre la conciencia y su objeto. Hablamos de error allí donde hay una representación falsa, una idea que no se corresponde con la realidad» (p. 455); mientras que Antolisei considera que el error «[...] en general es un estado de la inteligencia por el que un objeto del mundo exterior no se conoce como realmente es, sino de manera inexacta o falsa», cual se cita en Cobo y Vives (1987, p. 455). Como se aprecia, en este punto conceptual existe consenso, en el entendido de que el error penalmente relevante consiste en una falsa representación de la realidad, por su total desconocimiento o el conocimiento inexacto, equivocado o falso, que conduce al sujeto a una actuación que no supone delictiva.

El error de tipo es el que recae sobre los elementos objetivos de este, sean descriptivos (cosas, explosivos, sustancias estupefacientes, ar-

mas) o normativos (ajeno, funcionario público, documento). Cualquier desconocimiento o equívoco sobre la existencia de alguno de ellos (sujeto activo, pasivo, acción, resultado, nexos causal) se alza como el aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo y, por ello, repercute en el tipo (más concretamente en el tipo subjetivo) —al que fue trasladado el dolo, en el orden sistemático, con el finalismo—, de ahí que se trate como causal de atipicidad (Quirós, 2002, p. 328; Garrido, 2003, p. 92; Mir, 2016, p. 278; Muñoz y García, 2010, p. 275). En palabras de Mir (2016),

si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*. Tal es la esencia del error de tipo. (p. 278)

De hecho, según Muñoz y García, «el error sobre cualquier otro elemento perteneciente a otras categorías distintas al tipo (error sobre los presupuestos de las causas de justificación, error sobre la antijuricidad, culpabilidad o penalidad) carece de relevancia en la tipicidad» (2010, p. 275).

También existe consenso en la doctrina (Baquero, 1985, p. 53; Quirós, 2002, p. 313; Garrido, 2003, p. 94; Mir, 2016, p. 279; Muñoz y García, 2010, p. 276) en cuanto a la distinción entre el error que recae sobre elementos *esenciales* (constitutivos de la figura de delito, sin los cuales este no existe) y el que recae sobre elementos *accidentales* del tipo. Con base en el primer criterio, el error de tipo puede ser *vencible* o *invencible* (evitable o inevitable). El error esencial es vencible cuando el sujeto hubiera podido evitarlo, de haber obrado con la debida diligencia, cautela y previsión, es decir, si se hubiera observado el debido cuidado, en cuyo caso solo se excluye el dolo, mas queda subsistente la imprudencia, si la configuración típica del delito la admite; de lo contrario, no podrá exigirse responsabilidad penal.

«Así, por ejemplo, el que dispara contra una persona confundiéndola con un animal no responde por homicidio doloso, pero sí por homicidio imprudente si su error se debía a una ligereza o negligencia (error vencible)» (Muñoz y García, 2010, p. 275). En efecto, en aquellos códigos penales que han acogido el sistema de incriminación cerrada de las conductas culposas (*numerus clausus*) y, además, asumen el criterio de su castigo excepcional (en la mayoría de los delitos la imprudencia no es punible), el error vencible, generalmente, determinará la impunidad.

De ahí que algunos autores (Corcoy, 1989, p. 283; Sánchez, 2022, p. 910) se refieran al error de tipo vencible (imprudente), cuando se da un supuesto de culpa consciente, como un error del sujeto sobre su propia capacidad de evitación y que, para la determinación de la vencibilidad del error, se deba acudir a la valoración de los parámetros del tipo de injusto del delito culposo (*v.gr.*, infracción del deber objetivo de cuidado, previsibilidad y evitabilidad del resultado).

En cambio, se considera invencible el error (no imprudente) cuando, a pesar de haber obrado con la mayor diligencia, cautela y previsión, el sujeto no haya podido conocer de forma adecuada la realidad, para evitar el error. En este caso, el efecto jurídico-penal es la exclusión tanto del dolo como de la imprudencia y, en consecuencia, se excluye completamente la responsabilidad penal. Dicho de otro modo, en principio, el error invencible da lugar a la impunidad, pues en el Derecho penal contemporáneo solo deben preverse tipos dolosos o culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo, sin intención ni imprudencia, resulta atípica, al estar proscrita la responsabilidad objetiva o *versari in re illicita* (Baquero, 1985, p. 54; Quirós, 2002, p. 314; Mir, 2016, p. 280).

En torno a la otra variante (error no esencial o accidental), se asume la definición de Creus (1992), quien, acertadamente, expresa que

*los errores accidentales*, aunque pueden recaer sobre los mismos aspectos de lo delictivo, son los que, al existir, no varían la comprensión del autor sobre la criminalidad del hecho y que, por consiguiente, no producen los efectos de excusa (p.ej., creer que se hurta la cosa de Pedro cuando en realidad se hurta la de Juan). (p. 353)

En estos supuestos, a pesar del error, no se modifica la entidad del hecho delictivo. En la doctrina nacional, con similar posición, el profesor Baquero (1985) lo definió como aquel que no recae sobre los elementos del delito, sino «sobre determinadas circunstancias, por lo que el dolo existe a pesar del error» (p. 53).

El error accidental puede recaer sobre elementos que cualifiquen el delito o disminuyan la penalidad (circunstancias atenuantes o privilegativas). Con respecto al primero de los supuestos, la opinión doctrinal mayoritaria señala que, tanto si se trata de un error vencible como de uno invencible, no debe apreciarse el elemento accidental de agravación. La misma solución tendrán aquellos casos de error en los que, por

el contrario, el sujeto actúa en la creencia de que concurren elementos que elevan la pena.

Por ejemplo, el autor del hurto creía que con la sustracción del bien ocasionaría un grave perjuicio —Artículo 410.1.2 d), CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2682]—, supuesto en el que el error debe valorarse como irrelevante y castigarse según el delito base, previsto en el Artículo 410.1 CPE (p. 2682), sin cualificar. No se podría afirmar el concurso del tipo básico consumado con la tentativa inidónea de la modalidad agravada porque, para que existiese esta última, sería preciso que el delito no se hubiera llegado a realizar —Artículo 15, CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2562]—, y aquí se ha cometido porque el delito cualificado es el mismo que el previsto en la figura básica, sin la cualificación.

Ahora bien, respecto a los elementos accidentales que rebajan la pena o el desconocimiento de una circunstancia de atenuación (situación análoga a la suposición de una circunstancia que la eleva), es preferible su admisión, pues no atenuar en ese caso vendría a contradecir el criterio de no agravación, sentado en el supuesto ya comentado, (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, p. 418; Mir, 2016, p. 282).

En la literatura penal se mencionan tres modalidades de error accidental como cuestión dogmática relativa al error de tipo por su incidencia en la desviación del desarrollo del suceso criminal. Estas son el error *in objecto* (*in personam* e *in re*), la *aberratio ictus* y el *dolus generalis*. En todos estos supuestos, a pesar del error del autor, su comprensión sobre la criminalidad del hecho no varía y, por consiguiente, no se producen los efectos de exclusión de la tipicidad. Sobre estas modalidades de error de tipo accidental, el patrimonio bibliográfico es abundante, pero, en general, se advierte *communis opinio* sobre sus características y efectos. Un análisis de las particularidades de cada una de ellas excedería los límites permitidos para un artículo y se apartaría del objetivo esencial, por lo que habrá que ceñirse, apenas, a su definición.

En el error *in objecto* (sobre el objeto), la acción del sujeto recae sobre una cosa o persona distinta de aquella que se proponía atacar, resultado de la equívoca percepción sobre la identidad o características del objeto de su acción. En esta especie se acostumbra a diferenciar entre el error *in personam* e *in re*. Suele ser irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción a causa del error, si bien en este último supuesto la valoración puede ser distinta cuando la víctima es una persona que goza de protección penal especial

(Baquero, 1985, p. 53; Quirós, 2002, p. 315; Muñoz y García, 2010, p. 276; Mir, 2016, p. 283).

Los casos de *aberratio ictus* (error o desviación en el golpe) se integran cuando el sujeto dirige su acción a un objeto determinado, pero recae en otro, por lo que más que un error o equívoco se trata de una desviación externa del curso causal del proceso de ejecución del hecho delictivo. Alcanza virtualidad básicamente en los delitos contra la vida y la integridad física. Es el clásico ejemplo en el que el autor pretende privar de la vida a Tizio, pero, en virtud de su mala puntería, alcanza a Sempronio. Como se aprecia, no siendo el resultado producido el mismo que se perseguía es, sin embargo, idéntico en su significación jurídica. Se tipifica el delito de homicidio porque, para la ley, idéntica significación tiene matar a Tizio que a Sempronio. No obstante, cuando el sujeto prevé la posibilidad de privar de la vida a la persona que se encuentra muy próxima a quien es su objetivo y, a pesar de ello, dispara, equivoca el tiro y la alcanza, no se estará en un caso de *aberratio ictus*, sino en uno de dolo eventual (Baquero, 1985, p. 53; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, p. 415; Mir, 2016, p. 285).

La última de las especies del error accidental es el denominado error sobre los *medios empleados* o *dolus generalis*. Existe consenso doctrinal acerca de que este consiste en la equivocación en que incurre el sujeto, respecto a la vía utilizada para alcanzar el resultado antijurídicamente querido, el que se produce por otro conducto. El sujeto cree haber consumado el delito, cuando, en realidad, la consumación se causa por un hecho posterior. Resulta ilustrativo el supuesto frecuentemente utilizado de que alguien, en la creencia de que su víctima está muerta y sin saber que solo está desvanecida a consecuencia de los golpes sufridos, la arroja al mar y le produce la muerte por asfixia (Fontán, 1998, p. 357; Quirós, 2002, p. 319; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 540; Mir, 2016, p. 284).

Para diferenciarlo de las especies tratadas, se debe explicar que, en los casos de error en los medios empleados, el sujeto no yerra en cuanto a la identidad del objeto directo de la acción (como en el error *in objecto*) ni se ocasiona el daño a algo distinto (como en la *aberratio ictus*). Lo que ocurre es que el medio utilizado para producir el hecho antijurídico no es el que realmente lo causa, sino otro que ejerce su poder vulnerante, sin que el sujeto actuante se percate de ello, al menos no antes de que este produzca efectos (Baquero, 1985, p. 53; Quirós, 2002, pp. 316-321; Mir, 2016, p. 285).

Con lo expuesto hasta aquí se ilustraron las diversas clasificaciones del error de tipo en sede penal, así como las interconexiones entre ellas. Se hizo referencia a la naturaleza del error de tipo como causa de atipicidad, sobre la base de la incongruencia que se produce entre la faz subjetiva del tipo y la objetiva, por falta de conocimiento (o erróneo conocimiento) de los elementos objetivos de este, y no como eximente de la responsabilidad penal propiamente dicha. De hecho, con apoyo en la opinión de Ortiz (2022, p. 788), la regulación de esta institución es innecesaria para conseguir el efecto de exención de la responsabilidad penal. Si el dolo debe abarcar todos los elementos típicos esenciales, la falta de adecuada representación de uno de ellos excluye la existencia del dolo.

En cambio, puede subsistir la responsabilidad por imprudencia, cuestión para la que no hace falta pronunciamiento legislativo específico alguno, adicional al de la configuración del elemento subjetivo del delito, usualmente previsto en la parte general de la ley penal, cuando se refiere a que los delitos pueden ser intencionales o por imprudencia. Si no hay dolo, pero se ha cometido un hecho imprudente, este se podrá sancionar, o no, conforme a la regulación de la imprudencia en la ley penal.

Es, por lo tanto, equivocado o, al menos, ambiguo, hablar del error de tipo como una «causa de exclusión» del dolo, toda vez que no se está ante supuestos en los que el dolo exista y luego se excluya por la operación del error de tipo, sino que, por la propia definición de dolo, el desconocimiento de algún elemento del tipo es incompatible *ab initio* con su existencia.

Para que el error de tipo, como causa de atipicidad, excluya la responsabilidad penal, tiene que ser esencial e invencible. La terminología *error de tipo* sustituyó, en la doctrina actual, a la de *error de hecho*, anteriormente empleada por el causalismo. Al mismo tiempo, la expresión *error de prohibición* (que se tratará en el próximo apartado) desplazó a la de *error de derecho*. La razón es que el tipo puede contener elementos de hecho de naturaleza descriptiva (cosa, explosivo) como de Derecho (elementos normativos o jurídicos: ajena, documento) y el error sobre todos ellos merece igual tratamiento unitario como error de tipo. Respecto a los elementos normativos, basta con que el sujeto tenga una valoración paralela en la esfera del profano para imputar el conocimiento a título de dolo, toda vez que el Derecho al referirse a

ciertos elementos o hechos los transforma en conceptos jurídicos (Muñoz y García, 2010; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005).

Quien toma una cosa mueble ajena, en la creencia de que era de su propiedad, actúa con error de tipo, porque la ajenidad es un elemento normativo del hurto —Artículo 410.1, CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2682]—, aunque en este supuesto el error sea «de derecho» por versar sobre una cuestión jurídica como la propiedad. En efecto, dentro de la problemática del error de prohibición no entra la del desconocimiento de elementos normativos jurídicos previstos por el tipo; en el caso en comento, por ejemplo, la creencia errónea de que la cosa tomada es propia y no ajena, aunque proceda de un error de derecho, no tiene por qué obedecer al desconocimiento de que el hecho constitutivo del hurto es ilícito. En términos generales, el ser humano medio sabe que tomar lo ajeno es una conducta ilícita (Mir, 2016, p. 566).

### III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD

Aunque la apreciación del denominado *error de prohibición* también obedece a una desacertada representación de la realidad, por el total desconocimiento de esta, su conocimiento inexacto, equivocado o falso, que conduce al sujeto a una actuación que no supone delictiva, a diferencia del error de tipo, recae sobre la ilicitud de la actividad desarrollada. Su configuración no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino el hecho de estar prohibida su realización. Ocurre cuando el sujeto ignora que obra en forma contraria a derecho, en tanto no sabe que, con su actuar, está contraviniendo el ordenamiento jurídico. De hecho, existe error de prohibición no solo cuando el sujeto cree que obra lícitamente, sino además cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su proceder (Quirós, 2002, p. 331; Rodríguez, 2015, p. 359; Mir, 2016, p. 278).

La comprensión de la naturaleza jurídica de esta eximente como causa de exclusión de la culpabilidad, de acuerdo con la doctrina dominante, nuevamente remite al análisis de una de las categorías del delito. En este caso, a partir del finalismo, se ha asumido que el contenido de la culpabilidad queda constituido por: a) la capacidad de culpabilidad conforme a edad, salud mental, factores socioculturales y libertad positiva; b) el conocimiento potencial de la antijuridicidad según el acceso

a la norma y la valoración social del hecho; c) la exigibilidad de otra conducta en correspondencia con la anormal situación motivacional en el caso concreto, que se refiere a las situaciones en las que no se pierde la capacidad de culpabilidad, pero se actúa con un umbral bajo de determinación (miedo insuperable y estado de necesidad exculpante) (Bustos y Hormazábal, 1997, p. 311; Mir, 2016, p. 545; Estrada, Goite y Méndez, 2018, p. 72; Vera, 2020, p. 25).

Como se expuso antes, el dolo pasa al injusto solo como «dolo natural», en tanto no incluye el conocimiento de la prohibición que en el causalismo pertenece a él como *dolus malus* (concepción tradicional del dolo). El examen del conocimiento de la prohibición se reserva ahora para el juicio de culpabilidad, entendido como la posibilidad, normativamente determinable, de dicho conocimiento. Se comprueba si el sujeto podía conocer (conocimiento potencial) la prohibición del hecho en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma. La falta de tal posibilidad no excluye el dolo (natural), sino la culpabilidad por error de prohibición invencible. Si el error de prohibición fuera vencible, pudiera atenuarse la reprochabilidad, conforme a la teoría de la culpabilidad relativa al error, lo que no sucederá cuando se trate de un error burdo, grosero, por ejemplo, alguien que cree que la falsificación de documentos no está prohibida (Quirós, 2002, p. 340; Rodríguez, 2015, p. 355; Mir, 2016, p. 549).

De la teoría que se siga dependerá, en cierta medida, la configuración de los requisitos del error de prohibición y los efectos de sus especies vencibles e invencibles. En sentido general, para los partidarios de la teoría del dolo, todo error evitable, de tipo o de prohibición, excluye aquel y deja subsistente la imprudencia, si existe la forma culposa en la ley penal; mientras que, cuando es inevitable, excluye a uno y otra. En cambio, los defensores de la teoría de la culpabilidad sostienen que solo los errores de tipo eliminan el dolo y la culpa, mientras que los de prohibición conducen a la exclusión de la culpabilidad, pero dejan al dolo incólume en los supuestos de inevitabilidad, pues este pertenece al tipo subjetivo. Si se tratase de una situación evitable o vencible, en los casos de error sobre los elementos objetivos del tipo, plantean que se elimina el dolo y queda subsistente la culpa, de existir en la ley el respectivo delito culposo. Empero, en los supuestos de error de prohibición solo se produce el efecto de atenuación de la reprochabilidad y la pena (Quirós, 2002, p. 341; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005, p. 409).

Como precisa Mir (2016),

[...] en la concepción tradicional del dolo como *<dolus malus>*, el error de prohibición excluía también el dolo (porque el dolo malo requiere no sólo conocer y querer la situación típica, sino también que su realización es antijurídica, esto es, prohibida por la ley). Ésta era la llamada *<teoría del dolo>*. En cambio, referido el dolo solamente a los elementos del supuesto de hecho (*<dolo natural>*), el error sobre el estar prohibido del mismo [sic] no excluye el dolo, sino que, según la doctrina dominante, sólo disminuye o excluye la culpabilidad. Esta es la *<teoría de la culpabilidad>*. (p. 278)

Como se aprecia, para ambas teorías, el error de tipo tiene iguales efectos prácticos y solo se diferencian en el ámbito del error de prohibición vencible o evitable, porque en el caso del error de prohibición invencible o inevitable, aunque con fundamentos diferentes, el resultado es el mismo: la impunidad. Ello tiene su base en que, para el causalismo, la conciencia de la antijuridicidad forma parte del dolo y este, a su vez, de la culpabilidad. *Contrario sensu*, para el finalismo, el dolo integra el tipo penal, mientras que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, por lo que su inexistencia, conforme a esta corriente, termina afectando la culpabilidad, pero deja intacto el dolo.

En el error de prohibición queda subsistente la antijuridicidad y, en ningún caso, la creencia errónea que conduce al sujeto a ejecutar una conducta delictiva transforma un delito doloso en uno imprudente; se trata de supuestos en los que el sujeto sabe perfectamente el hecho que realiza y quiere realizarlo. Esto supone, siguiendo a Ortiz (2022, p. 789) que, en el caso de que el error de prohibición sea invencible, la consecuencia será la impunidad y, de ser vencible, se aplicará la penalidad del delito doloso atenuada, en algunos ordenamientos de forma obligatoria, y, en otros, facultativa.

Resultado de una sistematización de los diferentes criterios doctrinales, se sostiene que la evitabilidad del error de prohibición ha de determinarse por las reglas siguientes: a) En primer lugar, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta. Se estima que existe una razón cuando el autor tiene, al menos, una leve duda acerca de la licitud de su comportamiento, cuando sabe que incursiona en una actividad sometida a una regulación legal específica o que su acción perjudica a terceros o a la generalidad; b) Se requiere, en

segundo término, que el autor haya podido reconocer la ilicitud de su conducta, sea reflexionando, sea recabando información (los medios para alcanzar el conocimiento del ilícito son la reflexión y la búsqueda de información); c) En tercer lugar, se demanda que al autor le fuera exigible hacer uso de los medios para obtener el conocimiento del ilícito que tenía a su disposición (Bacigalupo, 2000, p. 174; Córdoba, 2011, p. 203; Camilo y Alarcón, 2014, p. 9).

Así, por ejemplo, si el autor se informa con una fuente confiable, no tiene que seguir consultando, no le es exigible hacerlo, de modo que, si la información es incorrecta, el error subsistente se considera inevitable, aunque hubiese tenido otros medios para verificarla y despejar el error. Otro sector afirma que el autor no puede confiar en la información recibida y le es exigible comprobar su veracidad, cuando existen razones especiales para dudar de ella. También se sostiene que, si el sujeto omitió informarse, a pesar de tener una razón para hacerlo, la evitabilidad requiere la comprobación de que la información omitida habría conducido efectivamente al conocimiento de la prohibición, lo que se conoce en la doctrina como la *relevancia de las informaciones hipotéticas*.

Ahora bien, según el error de prohibición recaiga sobre la norma o sobre una causa de justificación, la doctrina concibe varias modalidades, que se sistematizan bajo la denominación de *error de prohibición directo* o *indirecto*. Al primer grupo corresponde el *error sobre la existencia de la norma prohibitiva*, en el que el sujeto desconoce el contenido de la norma penal; el *error de subsunción*, cuando conoce la norma, pero, fruto de una desacertada interpretación, desconoce que su conducta la contradice, y el *error de validez* si, a pesar de conocer la norma, la estima inválida, nula o la supone contraria a otra de superior jerarquía, porque el órgano que la dictó no era el competente, atenta contra un derecho fundamental, ha sido derogada o concurre cualquier causa legamente establecida para considerar que ha perdido su vigencia (Roxin, 1997, p. 870; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 734).

En ocasiones, para la justa valoración de los supuestos de error de prohibición directo, habrá que recurrir a criterios basados en la vida anterior del sujeto, sus conocimientos previos, su nivel y formación cultural, para saber el grado de vencibilidad o evitabilidad que pudo tener su error. Sin embargo, ello no implica una culpabilidad previa por la forma en que se ha vivido, sino simplemente un indicador de hasta qué punto el sujeto estuvo en condiciones de vencer el error en

el que actuó en el caso concreto (Muñoz y García, 2010, p. 385). Conforme señala Mir (2016),

reina acuerdo en la doctrina actual en requerir para la presencia de delito que el sujeto sepa o pueda saber que su hecho se halla prohibido por la ley. No basta que quien actúa típicamente conozca la situación típica, sino que hace falta, además, saber o poder saber que su actuación se halla prohibida. Es preciso, en otras palabras, el conocimiento, o su posibilidad, de la antijuridicidad del hecho. (p. 565)

También sostiene este autor que «la posibilidad de conocimiento de la norma de determinación, entendida como imperativo concreto, es una *condición de aplicación tácita* de la misma [sic]» (Mir, 2016, p. 571).

En este punto —coincidiendo con Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 725)—, vale señalar que la vieja ilusión iluminista de una ley penal tan clara que cualquiera pudiese conocerla, ha pasado a una realidad en la que el Derecho —como texto— no solo no es conocido por los actores en escena, sino que incluso quienes lo interpretan técnicamente tienen grandes dificultades para hacerlo, lo que se agudiza cuando el Derecho logra una capacidad de abstracción, formalización y racionalización que impide cualquier criterio diferenciador unido al extraordinario volumen y variedad de disposiciones normativas que, cada vez más, convencen acerca de la imposibilidad de un real conocimiento de la ley (Quirós, 2002, p. 331; Camilo y Alarcón, 2014, p. 9; Rodríguez, 2015, p. 348).

Consecuentes con estos planteamientos, Muñoz y García (2010) señalan que

la vieja teoría, de procedencia romana, de que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» o que «el error de derecho perjudica» («*error iuris nocet*») ha sido abandonada en el moderno Derecho penal, por ser incompatible con el principio de culpabilidad. (p. 383)

Por tanto, bajo estos postulados, resulta justo que la persona que no puede saber o a la que no puede exigírsele que comprenda la antijuridicidad de su comportamiento, no sea sujeto del *ius puniendi*. Lo contrario significaría violar reglas elementales de racionalidad que afectarían el principio de legalidad. Si las exigencias de este devienen garantía para que los ciudadanos puedan conocer y comprender la conminación penal de su conducta, antes de su realización, corresponde al principio

de culpabilidad imponer que, cuando por cualquier causa al agente le fuese imposible esa comprensión o conocimiento, no pueda ejercerse el poder punitivo. Conforme sentencian Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002), «una teoría del error ampliamente respetuosa del principio de culpabilidad es la valla infranqueable que debe oponer el derecho penal al constante esfuerzo del poder punitivo por hacer inextricable su normación legislativa» (p. 725).

El *error indirecto de prohibición* o *error sobre las causas de justificación* consiste en la falsa creencia de la existencia de una tipicidad permisiva en el caso concreto y comprende tres formas:

- *Error sobre la existencia de una causa de justificación*: El autor sabe que realiza una acción típica, pero supone, erróneamente, la existencia de una causa de justificación no admitida por el ordenamiento jurídico-penal. Por ejemplo, el esposo que estima que está permitido evitar los sufrimientos de su mujer moribunda y provoca su muerte por piedad. Sabe que la ley prohíbe matar a otro, pero supone que, excepcionalmente, está permitido privar de la vida por motivos piadosos (eutanasia).

Esta modalidad del error indirecto de prohibición, como el resto de las que más adelante se verán, puede afectar la culpabilidad (excluyéndola totalmente, si el error era invencible, o atenuándola, si era vencible). También puede ser totalmente irrelevante, cuando el error responde a una valoración subjetiva absolutamente arbitraria del sujeto y sin el menor apoyo en las normas jurídicas objetivas (Muñoz y García, 2010, p. 316).

- *Error sobre los límites de una causa de justificación*: El autor sabe que ejecuta una acción típica, pero piensa que obra conforme a Derecho porque lo favorece una causal de justificación, efectivamente considerada por el ordenamiento jurídico, pero que él extiende en su alcance a extremos que el legislador no comprendió, es decir, cuyos límites legales sobrepasa. En estos casos, como sostiene Quirós (2002), «el autor interpreta equivocadamente el alcance y sentido de un requisito exigido para la configuración de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento jurídico-penal» (p. 338). Así sucede con quien piensa que, para proteger su propiedad de una agresión ilegítima, puede recurrir a cualquier medio (*v.gr.* electrificar una cerca) y no solo al racionalmente necesario. Asimismo, quien da muerte a un delincuente que huye, con la creencia errónea de que la ley lo permite. En los casos que se ilustran,

la eximente no alcanza virtualidad; sin embargo, comprobado el error, ello puede dar lugar a una disminución de la culpabilidad o reproche y, con ello, a que se aplique la pena del delito doloso atenuada.

- *Error sobre la concurrencia o los presupuestos objetivos de una causa de justificación*: El autor de la acción típica estima, erróneamente, la concurrencia, en el caso concreto, de una circunstancia de hecho que, de presentarse realmente, hubiera determinado la integración de una causa de justificación; por ejemplo, el que lesiona a otra persona, golpeándola violentamente, porque creyó que iba a ser atacado, sabe que está lesionando a un tercero y que esa acción es típica; tiene conocimiento de que la ley lo autoriza para repeler una agresión ilegítima, pero incurre en error al suponer que se da el presupuesto de hecho de la justificante, en este supuesto, una agresión inexistente en la realidad (Muñoz y García, 2010, p. 314; Camilo y Alarcón, 2013, p. 13).

Para resolver esta clase de error, hay que tener en cuenta que las diferencias entre lo real y lo putativo son, en no pocas ocasiones, difíciles de marcar en el caso concreto y dependen de las más diversas circunstancias objetivas y subjetivas. Con tales propósitos, se debe evaluar si resulta de apreciación la eximente del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación o propiamente la causa de justificación. Ello tiene relevancia teórico-práctica, toda vez que, mientras exista causa de justificación, no habrá responsabilidad de ningún tipo (ni penal ni civil ni administrativa) y tampoco cabrá la legítima defensa de la persona sobre la que recae la acción justificada, aunque sí el estado de necesidad, en la medida en que esta persona no haya provocado la suposición errónea del que actúa justificadamente (Muñoz y García, 2010, p. 314).

Como señalan Muñoz y García (2010, p. 314), si una persona, tras una valoración de las circunstancias, de forma prudente y razonable, considera que va a ser víctima de una agresión y reacciona defendiéndose, lo correcto es considerar que actúa justificadamente, aunque no se dé el presupuesto objetivo de la legítima defensa. En efecto, quien actúa *ex ante* dentro de los márgenes admitidos socialmente, al apreciar el presupuesto de una causa de justificación, actúa justificadamente, aunque luego *ex post* resulte que su percepción de la realidad fue errónea. El verdadero error jurídicamente relevante se configura solo cuando el sujeto traspase en su apreciación los límites del riesgo permitido, y de lo socialmente razonable y adecuado.

Con lo expuesto hasta aquí queda configurado el esquema de la teoría del error en sus principales aspectos. A partir del estudio de las diversas modalidades, se pudieron reafirmar las diferencias entre el error de tipo y el de prohibición. En la moderna dogmática penal, este último, tanto si es directo como si es indirecto, no incide en la configuración típica, dolosa o imprudente, del delito; tampoco afecta la antijuridicidad, sino que incide en la culpabilidad del autor del concreto tipo delictivo que haya realizado, por lo que trasciende como circunstancia eximente de la responsabilidad penal (Muñoz y García, 2010, p. 386; Camilo y Alarcón, 2014, p. 13).

#### IV. LA EXIMENTE DEL ERROR EN LAS LEYES 62 (1987) Y 151 (2022)

Una revisión de los preceptos de la derogada ley penal sustantiva (Rivero y Bertot, 2017), dedicados a la regulación de la eximente de la responsabilidad penal objeto de estudio, permite concluir que el legislador unificó en el Artículo 23.1 (p. 19) el error de tipo y el de prohibición con una compleja redacción y una deficiente técnica legislativa que generaba confusiones sobre la naturaleza y distinción entre ambas modalidades. Ello exigía del intérprete un absoluto dominio de la teoría del error para la correcta discriminación de las variantes o especies que se reconocían en el precepto.

La primera parte del Artículo 23.1 del CP se refería a lo que la doctrina llama *error de tipo*, cuando expresaba: «Está exento de responsabilidad penal el que realiza el acto prohibido bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos [...]» (Rivero y Bertot, 2017, p. 19). Sin embargo, al ser una cuestión propia de la dogmática penal, la ley penal no definía la expresión «elementos constitutivos», por lo que habría que entender que se refería a aquellos elementos esenciales (descriptivos o normativos) del tipo de injusto que integraban la figura básica, necesarios para su configuración y que, en última instancia, debían ser abarcados por el dolo del sujeto (Quirós, 2002, p. 328).

En su segunda parte, el precepto establecía el *error indirecto de prohibición*, específicamente en su variante de *error sobre la concurrencia de una causa de justificación*, cuando enunciaba que el sujeto realizaba el acto prohibido «[...] habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna circunstancia que, de haber existido en realidad, lo

habría convertido en lícito» (Rivero y Bertot, 2017, p. 19). En efecto, no se trataba de un error relativo a los elementos esenciales integrantes del tipo penal, sino de la creencia errónea de estar obrando lícitamente, es decir, de un error sobre la ilicitud del hecho (Quirós, 2002, p. 338). Además, no sería correcto interpretar esta modalidad también como un error de tipo, porque si se aceptara que las causas de justificación fueran elementos constitutivos de la figura de delito, bastaría con la regulación contenida en la primera parte del Artículo 23.1 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19), en la que estarían incluidas.

De lo anterior se colige que, aunque el legislador acogió un tratamiento dualista del error (error de tipo y de prohibición), al mezclarlos en un mismo precepto, no los diferenció claramente. Al mismo tiempo, no reguló el error directo de prohibición ni el error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación. Estas dos últimas modalidades, en tanto especies del error indirecto de prohibición, fueron desconocidas, a pesar de su relevancia jurídico-penal y su desarrollo doctrinal (Quirós, 2002, p. 339; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 725).

La Sentencia No. 1957, de 9 de noviembre de 2016, del Tribunal Supremo Popular (TSP), como expresión del Derecho en movimiento, dio muestras de que ciertamente existe una distinción entre las modalidades del error acogidas en el Artículo 23.1 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19), cuando señaló:

CONSIDERANDO: Que la doctrina más actual distingue hoy entre error de tipo y error de prohibición. El primero supone, por parte del autor, el desconocimiento de alguno o de todos los [sic] elementos del tipo de injusto, por lo que se reputa en la teoría del delito como causa de exclusión del dolo típico, que requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto y el querer hacerlo. El error de prohibición, por su parte, supone, únicamente, el desconocimiento por parte del autor de que el hecho realizado se encuentra prohibido; el error de tipo aparece reconocido en el Artículo 23.1 del Código penal, al excluir la responsabilidad penal cuando se realiza el acto prohibido, bajo la influencia de un error relativo a uno de sus elementos constitutivos y, de los hechos que se declaran probados, quedó establecido que el recurrente LDL no tenía contrato de trabajo, como trabajador por cuenta propia, con el hospital, luego, no había razón para que cobrara en varias oportunidades los che-

ques en la agencia bancaria y, como los argumentos del motivo de infracción de ley establecido a tenor del ordinal quinto del Artículo 69 de la ley rituaría, sostiene como base una situación fáctica diferente, es improcedente. (TSP, 2016, p. 82)

No obstante, si se entiende que el legislador del CP (Rivero y Bertot, 2017) concibió al dolo y la culpa como partes integrantes de la culpabilidad, entonces habría que concluir que la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituye un error que también excluye el dolo. Consecuentemente, el tratamiento del error —llámese de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición— es unitario: si es invencible, conduce a la impunidad por falta de dolo y culpa, y si es vencible, lleva a la imprudencia, por lo que carece de relevancia práctica discutir, en este contexto, si el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es de tipo o de prohibición.

Conforme al segundo apartado —Artículo 23.2 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19)—, el error de tipo y el error sobre la concurrencia de una causa de justificación, regulados en el primero, no se aprecian «[...] cuando se trate de delitos cometidos por imprudencia, y el error se deba a la imprudencia misma del agente». Ello quiere decir que tales supuestos deben ser de carácter invencibles o inevitables para que eximan de responsabilidad al sujeto porque, en caso contrario, dejarían activa la responsabilidad penal a título de culpa, claro está, si existe en la ley el correspondiente delito culposo.

Dicho de otro modo, en el Artículo 23.2 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19), se regulaba el «error vencible» que, a diferencia del error invencible (Artículo 23.1), no excluía la responsabilidad penal del sujeto, pues, según el sentido del precepto, esta obedecía a una actuación imprudente y debía exigirse la responsabilidad a título de culpa. Consecuentemente, se puede afirmar que, en este caso, el legislador siguió el criterio de la teoría del dolo, toda vez que se unificaron los efectos del error vencible de tipo y de la modalidad instituida del error vencible de prohibición. Según esta teoría, el error vencible, sea de tipo o de prohibición, excluye el dolo y deja la posibilidad de la exigencia de responsabilidad penal a título de imprudencia.

En principio, esta concepción (teoría del dolo) ofrecía importantes inconvenientes político-criminales, toda vez que el error de prohibición habría de conducir a la impunidad de aquellos casos, incluso de error grosero, en los que la ley no sancionara la concreta actuación imprudente.

No es por ello de extrañar que en la doctrina actual se admita, pacíficamente, que el error invencible, sea de tipo o de prohibición, determine la impunidad, mientras que el error vencible de prohibición conduzca —al menos en principio— a una pena inferior (Mir, 2016, p. 565). Solo el error de tipo vencible excluye el dolo y deja subsistente la culpa, si existe en la ley el respectivo delito culposo.

En cambio, como se expuso antes, en ningún caso de error de prohibición vencible, la creencia errónea que conduce al sujeto a ejecutar una conducta delictiva transforma un delito doloso en uno imprudente, ya que se trata de supuestos en los que el sujeto sabe perfectamente el hecho que realiza y quiere realizarlo. Por ello, la formulación del error de tipo y de prohibición vencibles merecía una modificación, en aras de lograr una distinción más clara de sus efectos jurídicos.

Otro aspecto importante que dejó sin definir el legislador del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19), dando margen a la incertidumbre, fue el de los requisitos o parámetros que deben tenerse en cuenta por el juzgador para considerar un error de prohibición como invencible. La inexistencia de reglas que sirvan de orientación al tribunal para discriminar, en cada caso, si se trata de un error evitable o inevitable, no solo complejiza esta tarea, sino que puede conducir a decisiones diferentes en situaciones similares y a potenciales actos de injusticia. Con la fijación de determinadas exigencias, es posible la construcción de un catálogo de supuestos en los que el sujeto, aun prestando la debida diligencia, no podría evitar el error. No obstante, se trata de una cuestión que puede ser suplida por la doctrina y, sobre todo, por la propia jurisprudencia.

Finalmente, de los casos especiales de error de tipo (error accidental), mencionados antes, en el Artículo 24 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19) se reconocieron el error *in objecto* y la *aberratio ictus*, no así el error sobre el proceso causal o de *dolus generalis*. Este último no puede entenderse incluido porque, en él, la persona que el sujeto quería afectar con la acción es la misma que resulta dañada, solo que no por la vía por la que se pensaba ocasionar ese daño, y el artículo restringía su ámbito de aplicación a los casos en que se perjudicara a una persona diferente de la que se pretendía.

Coincidiendo con Baquero (1985, p. 56) y Quirós (2002, pp. 314-325), con la expresión «por error» el legislador quiso referirse a los casos de error *in objecto*, porque en este se produce una equivocación, un error entre dos personas u objetos, mientras que, con la expresión «por otro

accidente», se refirió a los supuestos de *aberratio ictus*, que es donde se produce una desviación o accidente. De conformidad con este precepto, cuando el resultado ocurrido en virtud del error fuera considerado más grave que el pretendido, como ocurriría si el sujeto disparase a matar a un extraño y, por confusión sobre la identidad, matara a su padre, el error excluiría el dolo de asesinato y se conservaría el de homicidio. De igual modo, cuando el resultado ocurrido en virtud del error se considerase menos grave, como en el supuesto de quien dispara a matar a su padre y, por confusión sobre la identidad, causa la muerte de un extraño, también el error excluiría el dolo de asesinato y subsistiría el dolo de homicidio.

Asimismo, de acuerdo con Quirós (2002, pp. 322-324), el enunciado «en perjuicio de persona distinta», empleado en el Artículo 24 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19), admitía tres posibles interpretaciones: a) limitar el alcance de la norma a los delitos de homicidio y lesiones, en cuanto tales delitos son aquellos en los cuales, de manera estricta, las personas han constituido tradicionalmente el objeto directo de la acción; b) comprender todos los delitos personalísimos, con lo cual, además de los dos antes mencionados, se incluirían aquellos que tuviesen como víctima o perjudicado a un ser humano; c) entender la mencionada expresión en sentido jurídico, confiriéndosele la mayor amplitud posible, en orden a dirigirse contra la persona que resultara titular del bien jurídico.

En este sentido, sería preferible la tercera interpretación, por ser la más amplia y porque las personas poseen otros derechos susceptibles de ser dañados, no solo los de la vida e integridad corporal, los que pueden afectarse, también, por un error sobre una cosa de la que es titular la persona, ya sea porque se confundió la identidad del bien en el que recae la conducta o porque accidentalmente la acción recayó sobre cosa diversa, casos que hubieran podido considerarse incluidos en este artículo de la ley penal. Aunque solo se refiriera a «persona», al acoger esta tercera interpretación, se ampliaría el ámbito de lo regulado a cualquier persona titular del bien jurídico lesionado y no solo a los casos de ataque corporal. Si el tipo penal no hace alusión a una cosa en particular, no tiene relevancia jurídico-penal que el sujeto erre y que su conducta recaiga sobre una cosa distinta a la que el autor específicamente quería, pero de igual naturaleza (Quirós, 2002, p. 323).

Del análisis del Artículo 24 del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19), también se deriva que los casos de error *in objecto* y *aberratio ictus* solo pueden ocurrir en delitos intencionales y no en los que se producen por la imprudencia del sujeto. Esto es así porque, cuando se refería a «persona distinta de aquella contra la cual iba dirigida la acción», hacía evidente la necesidad de que el sujeto decidiera dirigir su acción hacia determinado objeto directo, para luego, cuando se produjera la afectación a otro objeto, poder notar la no correspondencia entre el que se pretendía dañar y el que finalmente resultó afectado, lo que caracteriza estos supuestos de error accidental (Quirós, 2002, p. 324).

En cuanto a la actual regulación del error, en los artículos 25 y 26 del CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2565-2566], resultan notorios los cambios que se introducen en su configuración normativa, como expresión de su perfeccionamiento, en correspondencia con las posturas contemporáneas mayormente aceptadas. El elemento más destacable lo constituye el expreso reconocimiento de la eficacia eximente de las diferentes modalidades del error de prohibición, tanto en la variante de error directo como indirecto. Junto a lo anterior, también se ha de significar, cual expresión de una buena técnica legislativa, la regulación en preceptos penales diferentes de las modalidades de error de tipo —Artículo 25.1 (p. 2565), «error sobre un elemento constitutivo del tipo penal, vencible e invencible»— y error de prohibición —Artículo 25.3 (p. 2565), «sin comprender la ilicitud de su acción u omisión». En este último, se identifican con facilidad las modalidades del error sobre la existencia de la norma prohibitiva, cuando señala «ya sea porque desconozca la existencia»; el de subsunción, cuando se refiere al desconocimiento del alcance; y el de validez, al utilizar ese propio término. Asimismo, se incluye el error de prohibición sobre la concurrencia de una causa de justificación.

El Artículo 25.2 de la Ley No. 151 [GOR-O (93), 2022, p. 2565] también resuelve un vacío de su predecesora, al pronunciarse en cuanto a la existencia y los efectos jurídicos del error que recae sobre un elemento que cualifique el delito o sobre una circunstancia agravante (error sobre elementos accidentales, específicamente sobre los que elevan la pena). En este tenor, se entiende que la norma establece que no se tendrán en cuenta tales circunstancias, cuando se haya ignorado su presencia o se hayan supuesto equivocadamente por el autor en el caso en concreto. Sin embargo, no se hace mención al tratamiento, si se trata de un error (vencible o invencible) sobre circunstancias atenuantes. En tal sentido, se considera que cuando lo que el sujeto ignora es la presencia de una

circunstancia atenuante que existe en la realidad, esta sí debe aplicarse porque el tipo objetivo efectivamente realizado es el atenuado y, si existía un dolo constitutivo de una figura más grave, generalmente, este abarcaría, también, la forma atenuada de la comisión del delito.

En el Artículo 25.4 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2565], igualmente en un precepto distinto al del error de tipo y como resultado de una buena técnica legislativa, se regula el error de prohibición vencible y sus efectos jurídicos. Así, del análisis sistemático que se realiza a partir de lo estipulado para el error vencible, se concluye que esta vez el legislador abandonó la teoría del dolo para acoger la de la culpabilidad. En efecto, solo los errores de tipo eliminan el dolo y la culpa, mientras que los de prohibición conducen a la exclusión de la culpabilidad por afectación al conocimiento potencial de la antijuridicidad, y dejan, en todo caso, al dolo incólume. Consecuentemente, en los supuestos de error de prohibición, solo se produce el efecto de atenuación de la reprochabilidad y, como es lógico, el de la pena, conforme establece la letra de este artículo, para los delitos culposos, a cuya regla de adecuación se remite.

Si bien esta es la interpretación dogmática que se estima correcta, no se desconoce la posibilidad de que, al diferir a las reglas del delito culposo, se configure en aquel precepto la expresión de una cláusula general de *culpa iuris*. Esta solución fue una de las propuestas desde las premisas de la teoría del dolo, con el objeto de evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la *culpa facti*. Al mismo tiempo, apoya este modo de pensar el hecho de que la regla de adecuación es preceptiva; en cambio, la teoría de la culpabilidad habría aconsejado el carácter no obligatorio de la atenuación de la pena para el caso del error de prohibición vencible.

En cualquier variante, la actual configuración de la eximente del error de prohibición, consecuente con los postulados de la culpabilidad como principio, elemento del delito y medida de la pena, ofrece soluciones más justas para aquellos sujetos que, por cualquier causa, no tienen la efectiva comprensión o el conocimiento de la antijuridicidad de su actuar, aun cuando ello fuera evitable. En este tenor, si bien los supuestos de error indirecto de prohibición sobre la existencia y los límites de una causa de justificación con eficacia eximente pudieran ser escasos, incluso siendo evitables, su apreciación práctica tendría el efecto de reducir la magnitud de la pena.

Otro aspecto novedoso, vinculado a la configuración del error de prohibición, es el previsto en el Artículo 25.5 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2565], al incorporar que no se tendrá en cuenta el error de prohibición directo, como en una suerte de rescate del *error iure nocet*, en aquellos supuestos en los que la persona tiene el deber de conocer la prohibición. Esto puede estar asociado, en lo esencial, a ciertas profesiones y sujetos (médicos, empleadores) en los que no existe motivo alguno para que desconozcan sus obligaciones y las regulaciones que rigen su actuación.

Finalmente, en el Artículo 26 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2566], se mantiene la formulación del CP (Rivero y Bertot, 2017, p. 19) en cuanto al error *in objecto* y *aberratio ictus*, la que, a su vez, reproducía la redacción del Artículo 24 de la Ley No. 21 de 1979 (Universidad de Oriente, 1980, p. 15), cuyo antecedente fue el Artículo 33 del Código de defensa social (D'Estefano, 1953, p. 19). Sin embargo, en esta ocasión, se hubiese podido prescindir de esta cláusula, de tomarse en cuenta que, a diferencia de sus predecesores, en el apartado segundo del Artículo 25 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2565], el legislador concibió los efectos del error accidental, específicamente, aquel que recae sobre elementos que elevan la pena, para señalar que son jurídico-penalmente irrelevantes.

## V. CONCLUSIONES

El nuevo Código penal, con una mejor técnica legislativa que su antecedente normativo y con mayor apego a la doctrina dominante en materia de error, acoge un tratamiento dualista que distingue claramente entre error de tipo y error de prohibición, con base en su naturaleza dogmática. En este tenor, se advierte una evolución hacia la plena admisión del error de prohibición.

Según la opinión dominante, el primero constituye causa de atipicidad y el segundo, causa de exclusión de la culpabilidad, si bien ambas modalidades se regulan bajo el rubro de las eximentes de la responsabilidad penal.

Esta opción interpretativa, que se desvincula del causalismo clásico y, con ello, de la ubicación sistemática del dolo y la culpa en la culpabilidad, por trasladarse al injusto, es la preferente en la doctrina actual y marca las pautas sobre los límites aplicativos, la naturaleza y los efectos jurídicos válidos de ambas categorías dogmáticas.

## VI. REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (2000). La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición. *Selección de lecturas de Derecho penal*. Félix Varela.
- Baquero Vernier, U. (1985). *Derecho penal general* (vol. II). ENSPES.
- Bustos Ramírez, J. J., y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de Derecho penal* (vol. I). Trotta.
- Camilo Momblanc, L. (2014). *El error de prohibición en la legislación penal cubana* [tesis de especialidad, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente].
- Camilo Momblanc, L., y Alarcón Borges, R. Y. (2014). El error de prohibición en la legislación penal cubana. *Pensamiento Penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40243-error-prohibicion-legislacion-penal-cubana>
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T. S. (1987). *Derecho penal, parte general*. Tirant Lo Blanch.
- Código de defensa social. En D'Estefano Pisani, M. A. (Rev.). (1953). Colección legislativa de bolsillo (vol. 1, 3.<sup>a</sup> ed.). Jesús Montero Editor.
- Corcoy Bidasolo, M. (1989). *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. PPU.
- Córdoba, F. J. (2011). *La evitabilidad del error de prohibición*. Marcial Pons.
- Creus, C. (1992). *Derecho penal. Parte general* (3.<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada). Astrea.
- Estrada Chacón, M., Goite Pierre, M., y Méndez López, M. (2018). La culpabilidad como elemento del delito en Cuba. Presupuestos para su reconfiguración teórica. En Goite Pierre, M. y Medina Cuenca, A. (Coords.). *Estudios sobre el Código penal cubano en el xxx aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas. Libro homenaje al xxx aniversario de la vigencia del Código penal cubano. Dedicado a la memoria de los profesores Renén Quirós Pérez y Ulises Baquero Vernier*, 33-73. UNIJURIS.
- Fontán Balestra, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general* (actualizado por Ledesma, G. A. C.). Abeledo-Perrot.

- Garrido Montt, M. (2003). *Derecho penal, parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito* (3.<sup>a</sup> ed. actualizada, vol. II). Editorial Jurídica de Chile.
- Ley No. 21 de 1979, Código penal. En Universidad de Oriente. (1980). Serie Derecho. No. 4. Facultad de Derecho. (s.e.).
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- López Celeiro, I. (2012). *El error de tipo en la legislación penal cubana* [tesis de especialidad, Universidad de Oriente].
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal, parte general* (10.<sup>a</sup> ed. actualizada y revisada). Reppertor.
- Muñoz Conde, F., y García Arán, M. (2010). *Derecho penal, parte general* (8.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día). Tirant Lo Blanch.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (2022). La función de llamada del tipo positivo en el error sobre los presupuestos de una causa de justificación. En Gómez Martín, V., Bolea Bardon, C., Gallego Soler, J. I., Hortal Ibarra, J. C., Joshi Jubert, U. (Dtores.), y Valiente Ibáñez, V. y Ramírez Martín, G. (Coords.). *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, 787-797*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Quirós Pérez, R. (2002). *Manual de Derecho penal* (vol. III). Félix Varela.
- Rivero García, D., y Bertot Yero, M. C. (2017). *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del CG-TSP)* (3.<sup>a</sup> ed.). Ediciones ONBC.
- Rodríguez García, M. (2015). El error de prohibición en el Derecho penal. En Mejías Rodríguez, C. A. (Coord.). *Temas de Derecho penal, parte general (Libro homenaje al profesor Renén Quirós Pérez)*, 345-369. Editorial Mayor General Ignacio Agramonte y Loynaz.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Luzón Peña, D. M., García Conlledo, M. D. y Vicente Remesal, J. de, trads.) (2.<sup>a</sup> ed., vol. I). Civitas.
- Sánchez Ostiz, P. (2022). El error sobre la capacidad de evitación: entre el dolo y la imprudencia. En Gómez Martín, V., Bolea Bardon, C., Gallego Soler, J. I., Hortal Ibarra, J. C., Joshi Jubert, U. (Dtores.),

y Valiente Ibáñez, V. y Ramírez Martín, G. (Coords.). *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, 909-920. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Sentencia No. 1957, de 9 de noviembre de 2016. (2016). En *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 80-83. Tribunal Supremo Popular.

Vera Toste, Y. (2020). *Cuestiones sobre teoría del delito*. Olejnik.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2002). *Derecho penal: Parte general* (2.ª ed.). Ediar.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho penal: Parte general*. Ediar.

# LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

## CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

### ■ M.Sc. DAYLÍN GOZÁ VALDÉS

Magistrada, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0009-0004-3901-196X>

[daylin@tsp.gob.cu](mailto:daylin@tsp.gob.cu)

### Resumen

La responsabilidad penal de la persona jurídica es un tema que ha ganado virtualidad en el país, a partir de las transformaciones socioeconómicas que vienen desarrollándose, las que incentivan un ascendente desarrollo del sector privado, que no dejará de tener impacto en la actividad criminal. Con un enfoque descriptivo y crítico, utilizando como métodos el análisis de documentos, el histórico-dialéctico y el de comparación jurídica, el presente trabajo pretende un breve y general acercamiento a las principales cuestiones teóricas que rodean a la institución y marcan tendencia a nivel global, con una visión interna de la nación, especialmente, en torno a su regulación en la reciente reforma legislativa. A este respecto, se mencionan algunos elementos que, según el criterio de la autora, pueden ser instrumentados o corregidos en el futuro.

**Palabras clave:** Derecho penal; Derecho penal económico; persona jurídica; responsabilidad penal; criminalidad empresarial.

### Abstract

*The criminal liability of the legal person is a subject that has become increasingly relevant in the country, as a result of the socio-economic transformations that have been taking place, which have encouraged an increasing development of the private sector, which will not fail*

*to have an impact on criminal activity. With a descriptive and critical approach, using document analysis, historical-dialectical analysis and legal comparison methods, this paper aims to provide a brief and general approach to the main theoretical issues surrounding the institution and setting trends at a global level, with an internal national vision, especially with regard to its regulation in the recent legislative reform. In this respect, some elements are mentioned which, in the author's opinion, could be implemented or corrected in the future.*

**Keywords:** *Criminal law; economic criminal law; legal person; criminal liability; corporate criminality.*

## Sumario

I. Introducción; II. La persona jurídica como sujeto de Derecho; III. La persona jurídica penalmente responsable; IV. Los programas de cumplimiento normativo o *compliance*; V. Regulación en el ordenamiento interno; VI. Conclusiones; VII. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

En medio de una crisis económica multifactorial y de grandes dimensiones, Cuba ha apostado por emprender y potenciar un grupo de reformas socio-económicas con el objetivo de actualizar su modelo de desarrollo, con un basamento programático reflejado en los Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución (Comité Central del Partido Comunista de Cuba, 2021).

En ese escenario, han marcado pauta transformaciones importantes en lo que respecta a los actores económicos y su interacción en las relaciones comerciales, con especial relevancia de la actividad privada. La posible inserción de entidades particulares en el ámbito criminal y las consecuencias penales que de ello se derivan hacen emerger el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos como trascendente, sobre todo a partir del desarrollo societario que se avizora, como consecuencia de los aludidos cambios.

Uno de los principales postulados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de general aceptación, reside en que esta no es exigible a las entidades públicas, lo que, al decir de Estepa (s.f., p. 18), «es

una excepción lógica, en cuanto el Estado es titular del *ius puniendi*, y resulta absurdo admitir una autopenalización del mismo [*sic*]». Tal perspectiva conllevó a que esa problemática no incidiera significativamente en la realidad cubana imperante, luego del triunfo revolucionario, dado el predominio de las empresas estatales; sin embargo, la situación es distinta en el presente.

Resulta imperativo, entonces, acercarse al tema, a partir de su génesis y los fundamentos teóricos que marcan tendencia internacional en el tópico, de modo que permita ubicar el caso de Cuba en el campo doctrinal y ajustar la praxis jurídica a la nueva realidad que circunda, pues su aplicación e interpretación parte de un rediseño de las bases conceptuales y tradicionales del Derecho penal que, durante años, han reinado en el sistema continental.

Este contexto es un buen punto de arrancada para aproximarse, desde la ciencia, a un debate que hasta el momento no ha ganado todo el interés que requiere, y tomar experiencias de los países que más han desarrollado dicha institución, pues el procesamiento de este tipo de sujeto debe constituir, sin dudas, una esfera de atención para el sistema de justicia penal, por la escasa práctica judicial al respecto, y lo novedoso y polémico de esa área del conocimiento.

## II. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO DE DERECHO

Si bien el término «persona» se entiende, popularmente, como sinónimo de ser humano u hombre, adquiere otra connotación, desde el punto de vista jurídico, al ser una categoría legal que implica la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. En cuanto a su etimología, predomina el criterio de que su origen está en el vocablo latino *personare*, con el que se identificaba, en la antigua Grecia, la máscara utilizada por los actores en el teatro para conseguir una mayor resonancia de su voz (Corral, 1992, p. 302).

Según Kelsen (1982), la doctrina tradicional no niega que «persona» y «ser humano» son dos conceptos distintos, aun cuando en el Derecho moderno, a diferencia de los antiguos, todos los hombres son personas o tienen personalidad jurídica (p. 182). En la antigüedad, la locución «persona» no tenía implicaciones jurídicas y ello se constata en que, para el Derecho romano, el hecho de ser un humano no implicaba,

directamente, la titularidad de derechos, pues la personalidad jurídica se vinculaba a la ciudadanía, y, por tanto, los esclavos y los extranjeros carecían de todo de tipo de derechos.

Pero no solo se desconocía la personalidad jurídica a todos los seres humanos, sino que, paulatinamente, con la evolución de la sociedad, se fue admitiendo que los derechos subjetivos pudiesen recaer sobre animales, plantas y entes colectivos, conformados por grupos de personas. Por ejemplo, los movimientos que defienden los derechos de los animales partieron de fijar una postura teórica que los diferenciaba del término «cosa» o «bien», determinado por el Derecho civil, para estimarlos personas físicas no humanas, sujetos de derechos reconocidos en el orden legal.

La idea de que todos los seres humanos son «personas» ha sido fruto de un proceso histórico y social, pero, en el plano jurídico, incluye a otra categoría de sujetos. Los entes colectivos o personas jurídicas tienen, en este entramado, una especial significación, pues, como realidad social con trascendencia en el ámbito socio-económico y mercantil, no han podido ser obviados(as) por el Derecho.

Las primeras nociones sobre el otorgamiento de personalidad jurídica a grupos de personas se constatan en el Derecho romano, al reconocerse determinadas formas de corporaciones con un enfoque, exclusivamente, civil y mercantil. Luego, con el desarrollo comercial de la época feudal, se potenciaron la protección de las colectividades y su reconocimiento para la ejecución de labores productivas, las que, seguidamente, con la Revolución Francesa, se vincularon a la conformación de conjuntos de individuos como expresión del derecho de asociación, previa la autorización del Estado, a partir de su utilidad pública, lo que, después, fue encausándose hacia la creación de agrupaciones con fines de lucro, en el proceso de transformación económica, social y tecnológica, derivado de la Revolución industrial.

En la actualidad, son disímiles los tipos de asociaciones o grupos que, a partir de su reconocimiento legal, son considerados personas jurídicas y, consecuentemente, ostentan capacidad para obligarse y ostentar derechos.

Teóricos de prestigio se han aventurado a conceptualizar este tipo de sujeto como «una agrupación organizada de personas individuales con aprobación de sus estatutos y reconocimiento estatal de su personalidad

jurídica» (Sánchez Girón, 2007, p. 14). Se coincide, de forma mayoritaria en el gremio jurídico, en vincular la condición de ser sujeto de derechos y obligaciones a la previa asociación de personas con determinados fines, reconocida en el orden legal.

El debate doctrinal en torno a la figura de las personas jurídicas antiguamente se centraba, en esencia, en su capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones; a ese respecto, se identificaron dos posiciones fundamentales: por un lado, la teoría de la *ficción jurídica*, en la que se estimaba que el reconocimiento de aquellas era una mera construcción normativa; y, por otro, la *organicista o de la realidad*, conforme con la cual sí tenían existencia propia y relevancia en el campo jurídico, con independencia de la ley. Los principales exponentes de estas elaboraciones fueron Savigny y Gierke, de forma respectiva (Menéndez, 2021, p. 113). En el presente tales disquisiciones han perdido virtualidad; ya no se pone en duda la personalidad jurídica de los entes colectivos y su capacidad de obrar en el ámbito del Derecho civil, administrativo o mercantil.

En cambio, la idea de estimar a las personas jurídicas como sujetos en el Derecho penal, aún hoy resulta inadmisibile para algunos, a pesar de que se acepta que tienen capacidad de obrar (por ejemplo, para obligarse contractualmente) y ello permite que, en el ejercicio de tal facultad, quebranten la ley penal, porque, según los postulados de las teorías de la acción, la culpabilidad y la pena, generalmente admitidos hasta el momento (díganse causalistas, finalistas y funcionalistas), solo un individuo con capacidad física, intelectual y volitiva podría delinquir, merecería la imposición de una sanción penal y sería susceptible de sufrir los efectos de esta. Lo anterior ha sido el sustento cardinal de los serios cuestionamientos al juzgamiento penal de las personas jurídicas, por parte de sus principales detractores, incluidos Schultz (Hurtado Pozo, 2001, pp. 96-97), Schünemann (2002, s.p.), Mir Puig (2004, p. 8; 2005, s.p.) y Gracia Martín (2016, s.p.), enraizados en la más tradicional dogmática penal.

Ante el hecho de que, cada vez con más frecuencia, se constatan manifestaciones criminales en las que tienen un papel protagónico y determinante las entidades, la posibilidad de juzgarlas y sancionarlas penalmente es una realidad en muchas naciones, compulsada por instrumentos internacionales, como las convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción —Artículo 26 (Instrumentos..., s.p.)— y la delincuencia orga-

nizada transnacional —Artículo 10 (Instrumentos..., s.p.)—, que exigen a los Estados parte la adopción de medidas para regular y exigir responsabilidad a las personas jurídicas que incurran en los delitos previstos en los citados instrumentos. Aun cuando las mentadas normativas no obligan a que las medidas a adoptar sean de naturaleza penal, ese es el sendero que se ha privilegiado.

### III. LA PERSONA JURÍDICA PENALMENTE RESPONSABLE

El hecho de que una persona jurídica pueda responder penalmente es una consecuencia directa de la propia evolución de la sociedad y la marcada incidencia en ese proceso del fenómeno de la globalización, como resultado de lo cual las manifestaciones criminales se han tornado cada vez más complejas, y revelado sofisticados niveles de organización, engorrosas estructuras, que trascienden las fronteras nacionales e inciden en los mercados de bienes y servicios a escala internacional, para dar lugar a la identificación y protección de nuevos bienes jurídicos, con la consecuente criminalización de conductas no convencionales.

La actual era postindustrial, acuñada como «sociedad del riesgo» (Ulrich, 1998, pp. 13-14), ha demandado un reacomodo de las bases conceptuales del Derecho penal, ante la necesidad de enfrentar, de un modo diferente, la situación descrita, lo que constituye un proceso, regular y necesario, de adaptación a las problemáticas sociales que emergen en cada época, pues, aun cuando algunos identifican la creación de nuevos tipos penales de comisión por omisión y de peligro (esencialmente en modalidades vinculadas al ámbito empresarial y medioambiental), la regulación de nuevos actores, el endurecimiento de las penas y el adelantamiento de las fases de punición, con tendencias expansionistas de la rama penal (Silva Sánchez, 2001, p. 81; Kunsemüller, 2002, p. 114), lo cierto es que tal situación obedece a la lógica e indispensable modernización del ordenamiento punitivo, con el fin de lograr el equilibrio requerido, para la protección de la sociedad y sus miembros, de los abusos de los individuos o colectividades, sin perder de vista su función limitadora del poder estatal.

Hace varios años que Schünemann (1988) se refirió a la existencia de una criminalidad de empresa y, a pesar de que la circunscribía a los delitos económicos, puso al descubierto la problemática de que, en el marco

empresarial, se presentan conductas que atentan contra esferas protegidas penalmente. Como destaca Abello (2009), «la delincuencia empresarial utiliza las estructuras societarias para realizar delitos, que pueden ser de diversa índole» y, por tanto, no se limitan al campo económico; es una realidad incuestionable que, en el mundo actual de los negocios, muchas veces, las formas corporativas cometen fraudes, desfalcos, sobornos, afectaciones al medio ambiente, evasiones al fisco, estafas, blanqueo de capitales, entre otras modalidades no convencionales.

Lo anterior ha conllevado a que múltiples naciones se hayan apartado del antiguo dogma *societas delinquere non potest*, que, como principio, había regido en el sistema continental, y hayan introducido, en sus ordenamientos internos, la posibilidad de que las personas jurídicas comparezcan como imputadas en el proceso penal, a partir del rol determinante que estas desempeñan en el ámbito criminal esbozado.

La necesidad de dejar atrás el antiguo aforismo de que «una sociedad no puede delinquir» ha sido abordada por varios autores; los principales exponentes son, en España, Zugaldía Espinar (1980, s.p.); en Argentina, Baigún (2000, s.p.) y, en Alemania, Tiedemann (2007, s.p.).

La mayoría de los estudiosos del tema, entre ellos Goite (2012, p. 221), Bacigalupo (2016, p. 2) y Zúñiga Rodríguez (2009, p. 196), consideran que tal variación obedece a razones de política criminal, aunque se estima que han influido otros factores, como la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual, la falta de eficacia del Derecho administrativo sancionador y los compromisos internacionales.

Esta tendencia tiene sus principales precursores y el mayor auge en países del *common law*, como Inglaterra y Estados Unidos, con una gran tradición en el juzgamiento a empresas, una de las esferas en las que los países del sistema continental han tomado experiencias del sistema anglosajón, para privilegiar la eficacia del Derecho penal.

En lo que respecta al sistema romano-germano-francés, a pesar de que numerosos académicos se han resistido a «degradar» categorías sagradas del Derecho penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido asumida en el viejo continente, entre otros países, por Holanda (1976), Francia (1994) y España (2010), este último con un gran desarrollo —aunque tardío— de la institución; también la han incorporado algunas naciones de Latinoamérica, como México (2016), Argentina (2017) y Chile (2009), que se destaca por contar con una ley especial al respecto.

Alemania es uno de los estados que no ha contemplado en su ordenamiento la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder en el orden penal y ha mantenido su tratamiento en la esfera del Derecho administrativo sancionador. Similar acontece en el caso de Austria y Suiza. En Italia y Perú se da lo que se conoce como «fraude de etiquetas», en tanto las personas jurídicas son llevadas al proceso penal, pero solo se les pueden imponer sanciones administrativas.

En la regulación de la institución en comento se han manifestado dos modelos fundamentales de imputación penal:

— el *sistema de heterorresponsabilidad, responsabilidad por transferencia, por representación o sistema vicarial* (Pérez, 2013, p. 77; Muños, 2019, p. 19), que rige en el sistema anglosajón, en el que se considera que las personas jurídicas deben responder por los hechos cometidos por las personas naturales que las integran, cuando estas hayan actuado en su nombre y/o beneficio, y en el ámbito de su funcionamiento, lo que implica que responderán siempre por hechos ajenos —con quiebra de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, propios del Derecho continental.

— el *sistema de autorresponsabilidad* (Gómez-Jara, 2006, p. 24), que, a partir de posturas funcionalistas, pretende concebir, esencialmente, un modelo de responsabilidad para las personas jurídicas, respetuoso de los principios de tradición continental antes mencionados; así, estima que los entes colectivos son capaces de acción en el ámbito de su funcionamiento y se les puede reprochar determinado actuar, por lo cual poseen una responsabilidad propia e independiente de la de los individuos que los integran.

En estos esfuerzos, han existido diversas teorías; entre las más difundidas destacan las basadas en el llamado «defecto de organización» (Carbonell Mateu, 2012, p. 195; Bacigalupo, 1997, p. 191), de la que Tiedemann fue precursor, al defender la existencia de una culpabilidad empresarial que se manifiesta en la no adopción de medidas o acciones de prevención por parte de la persona jurídica para la evitación de acciones delictivas por sus miembros o en su seno.

Sin embargo, como expone Carbonell Mateu (2012), «bajo ese supuesto el delito cometido y atribuible a la persona jurídica sería siempre el de no haberse organizado» (p. 195), cuando la evaluación de la culpabilidad (dolo o culpa) debe hacerse en relación con la conducta típica en cuestión.

Otros autores, como Zugaldía Espinar y Bacigalupo, estiman que el referido modelo teórico, lejos de basarse en un verdadero sistema de autorresponsabilidad de la empresa, implicaría responder por un hecho ajeno (Gómez-Jara, 2006, p. 23), sobre la base de no haber implementado un adecuado sistema de control y organización, críticas que se han tratado de sortear asimilando la responsabilidad de las personas morales a los supuestos de autoría mediata, omisión impropia o *actio libera in causa*, en los que se responde por los hechos de otros —no ejecutados de forma directa o no directamente queridos—; tal esfuerzo ha sido infructuoso porque ninguno de ellos se desliga del vínculo psíquico del sujeto con determinada voluntad de hacer o no hacer.

También se ha cuestionado fuertemente esta concepción, por autores como Van Weezel (2010, p. 132), quien, sobre la base de concepciones finalistas de la acción, considera imposible que una entidad colectiva tenga capacidad de culpabilidad y afirma, por tanto, que sus infracciones deben quedar en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

No obstante, Gómez-Jara continuó desarrollando esta teoría del «defecto de organización» (2006, s.p.) con el objetivo de perfeccionarla y dio lugar al modelo de «culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad» (Muños, 2019, p. 32), el cual se desentiende de la conducta de los miembros de la persona jurídica, como hecho de conexión, y se centra en construir una culpabilidad sobre la base de equivalentes funcionales con la culpabilidad individual. Parte de reprochar el quebranto sostenido de la obligación empresarial de fidelidad al Derecho, en retribución a la libertad de asociación concedida por el Estado, basada, además, en la autorresponsabilidad empresarial y la capacidad de la entidad de cuestionar la vigencia de la norma, mediante los procesos de comunicación. Sin embargo, esta concepción se funda en una entelequia que estima a la persona jurídica como un ciudadano de tipo corporativo, cuya culpabilidad solo podría ser evaluada, si aquella alcanzase cierto nivel de complejidad, lo que comúnmente se refleja en torno a esta institución en los ordenamientos que la han acogido y la hace inoperante en el orden práctico.

En virtud de lo visto, Muños (2019) considera que, por el momento, no hay un modelo de culpabilidad convincente y adecuado para las personas jurídicas en un Derecho penal moderno fundado en el principio de culpabilidad, incluidos los principios que lo integran, a saber, los de

personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, dolo o culpa, imputación personal y proporcionalidad de las penas, pues, de prescindirse de estos, las sanciones impuestas no serían penas, sino consecuencias accesorias o medidas de seguridad (pp. 37, 11-15). Empero, autores como García Bauer (1945) —citando a Orgaz— estiman que las personas jurídicas carecen de toda subjetividad, y, por tanto, no pueden ser tratadas sino objetivamente, por lo que aquellos principios les son necesariamente extraños (p. 38).

Es criterio de algunos catedráticos, como el citado Carbonell Mateu (2012), que una novedosa concepción significativa de la acción, formulada por Vives Antón, permite, coherentemente, dotar de ropaje teórico y dogmático a esta necesidad político-criminal, pues se libra del lastre del soporte físico al concepto de acción y, por ende, al de culpabilidad (p. 201).

Se dice que tal sistema, de base esencialmente normativa, configura una peculiar concepción significativa de la acción y otras categorías vinculadas, en el contexto de una original pretensión metodológica centrada en lo valorativo, alejándose de lo físico, natural o psicológico. Se basa en la filosofía del lenguaje de Wittgenstein y se centra en las categorías de la acción y la norma, relacionadas por la libertad de acción (Arias, 2007, pp. 263-272; Martínez-Buján, 2001, s.p.). Son grandes las expectativas en cuanto a esta nueva teoría, ya que, al decir de este último, «se aparta de las construcciones filosóficas que han inspirado los sistemas anteriores y propone una nueva sistemática penal que se articula sobre una base filosófica diferente» (pp. 1075-1076), motivo por el que la califica como el primer sistema penal del siglo XXI destinado a recibir, en el futuro, una amplia acogida en la doctrina científica y en la praxis judicial.

No obstante, por el momento, y pese a las críticas apuntadas, los países del sistema continental que han contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas conciben el «defecto de organización» como presupuesto de la culpabilidad y determinante en la imposición de una pena. Su apreciación parte de evaluar si las personas jurídicas han integrado en su organización y funcionamiento una cultura de cumplimiento y respeto al Derecho, como muestra de la actuación de la estructura organizativa y de cada una de las personas físicas que la integran, a partir de contar con un modelo de prevención de riesgos penales adecuado a sus peculiaridades, con herramientas de control

idóneas y eficaces para evitar la comisión de delitos, sustentado en lo que se ha denominado programa de cumplimiento normativo o *compliance*.

La existencia de un *compliance* efectivo es considerado como una atenuante o, incluso, en algunos países, como España, puede llegar a ser una eximente de la responsabilidad penal. Según Kruscailha (2017),

la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal es solo posible si el programa de cumplimiento normativo de la empresa es una exitosa herramienta de dirección y gestión que demuestra la capacidad para prevenir, detectar y remediar incumplimientos que puede [sic] ocurrir en el día a día de los negocios empresariales. (p. 259)

Se dice que la atenuación generalmente queda reservada para aquellos casos de la llamada culpabilidad reactiva, a la que se refiere Gómez-Jara (2013) en los términos siguientes:

La culpabilidad reactiva atendería pues al comportamiento post delictivo. No existe culpabilidad si la empresa reacciona adecuadamente y, en vez de ocultar los hechos, coopera [con] la autoridad competente, pone en marcha una investigación interna con el fin de desvelar las causas que han provocado la actividad delictiva, repara voluntariamente a las víctimas e implementa las medidas de organización necesarias para que los hechos no vuelvan a repetirse. (p. 141)

## IV. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO O *COMPLIANCE*

El término *compliance*, que se deriva de la expresión en inglés *to comply with*, se asocia a las ideas de acatar, asumir, respetar, y está referido, más bien, al cumplimiento normativo, en el sentido de velar por que las empresas no vulneren las normas vigentes en su esfera de actuación o se vean afectadas por el incumplimiento de estas. De acuerdo con el criterio de Sieber (2013), «abarca procedimientos para el respeto de objetivos trazados, sobre todo legales, pero también éticos o de otro tipo» (p. 66).

Su origen no estuvo asociado a la prevención de los delitos en el ámbito empresarial, sino a la paradigmatización de la confianza y la credibilidad de los negocios, con el objetivo de asegurar una actividad sin

riesgos para la empresa, a los que se añaden otros factores, como la necesidad de imponer nuevos valores o fomentar los existentes, ante el aumento de los riesgos y su repercusión en la responsabilidad de la empresa y sus miembros (Quintero, 2016, p. 252).

En ello coinciden autores como Ferriol (2020, s.p.), quien estima que la finalidad de los *compliance* no es precisamente evitar una sanción penal, sino promover una verdadera cultura empresarial. Otros, como Montaner (2015), señalan que «más que subrayar el valor de la prevención de conductas antinormativas, lo que en realidad realiza la implementación de un *criminal compliance* en la empresa es el valor de la adquisición de conocimiento» (p. 772).

Los programas de cumplimiento normativo obedecen, esencialmente, a un cambio de visión en la gestión y administración de los negocios que, como alude Rotsch (2012, s.p.), se revela en los años 90 con el concepto genérico de *corporate governance* y describe el marco regulatorio para la dirección y supervisión de las empresas, orientado a determinados objetivos y valores éticos y sociales (Sieber, 2013, p. 66; Quintero, 2016, p. 245).

La vinculación de los *compliance* al ámbito penal forma parte de la internacionalización de una política criminal de nuevo tipo en la que el Estado no solo asume todas las actividades de prevención del delito, sino que también responsabiliza al sector empresarial y privado, fenómeno al que se han referido varios autores como «privatización de la prevención del delito», entre ellos, Nieto Martín (2013, p. 23) y Sieber (2013, pp. 63, 192), quienes aluden a él como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad postindustrial moderna.

En el desarrollo de los programas de cumplimiento normativo como mecanismo para la prevención de la criminalidad, también ha sido precursor el derecho estadounidense y sus *compliance guidelines*, publicadas por el Departamento de Justicia, aunque ellos no los asocian a la culpabilidad, sino que los evalúan como determinantes en el momento de otorgar soluciones no penales a los asuntos, mediante la aplicación del principio de oportunidad o el establecimiento de acuerdos entre los procesados y la Fiscalía, propios del *common law*.

Actualmente, se ha desarrollado todo un mercado en torno al diseño y provisión de *compliance*, ajustados a las características de cada em-

presa y su certificación por entidades u organismos facultados, a cuyo efecto existen, incluso, estándares internacionales, tales como las normas ISO 31000 (2018), que proporcionan los principios y las directrices generales en materia de gestión de riesgos, para una actuación sistemática y transparente; 19600 (2015), reguladora de los sistemas de gestión de los *compliance*, y 37001 (2016), que establece el sistema de gestión antisoborno.

Como regla general, para el diseño de estos programas, se transita por distintas fases, a partir de la elaboración de un diagnóstico institucional, en el que se levantan los posibles riesgos y la forma de mitigarlos, el diseño de reglas mínimas de autorregulación, la capacitación y evaluación periódica del personal de la empresa, la implementación de un sistema de denuncias interno y externo —los más empleados o difundidos son las llamadas *hotlines anónimas para whistleblower*—, y un sistema de supervisión y sanción liderado por un *compliance officer*, un garante del respeto a la legalidad en la empresa, con la función principal de controlar toda la actividad de la compañía y evitar cualquier actividad criminal.

## V. REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

Cuba no queda exenta de la influencia de las tendencias político-criminales expuestas inicialmente y fue pionera en concebir la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde 1936, con el Código de defensa social (CDS) [GOR-E (108), 1936], que entró en vigor dos años después, contrario a lo afirmado por Cabeza de Vaca (2008) que ubica —erróneamente— a Holanda como el primer país occidental en introducir ese concepto en 1976 (p. 136). Dicho cuerpo legal estuvo vigente hasta el 15 de febrero de 1979, cuando entró en vigor la Ley No. 21, Código penal (CP) [GOR-O (3), 1979, pp. 47-105] que, ante la inoperancia de tal institución, optó por suprimirla, habida cuenta de que, como se mencionó al inicio, uno de los principales postulados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en que no es exigible a las entidades públicas, que eran las que regían en ese entonces.

No obstante, a partir de las posteriores modificaciones, introducidas por el Decreto-Ley No. 175, de 17 de junio de 1997 [GOR-E (6)], y derivadas de las transformaciones ocurridas en la realidad y economía cubanas a partir de la reforma constitucional de 1992, se produjeron

cambios importantes en la teoría de la responsabilidad penal, al reincorporar a las personas jurídicas como sujetos de derecho, a las cuales se les puede exigir responsabilidad penal por los delitos previstos en el CP o en leyes especiales.

Pese a las variaciones sustantivas señaladas, la norma procesal permaneció igual, y solo mediante la Instrucción No. 169, de 15 de enero de 2002 [GOR-E (6), pp. 267-268], el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP) sentó determinadas reglas procesales para la tramitación de los asuntos contra personas jurídicas. Para ello, se tomó como referente el procedimiento previsto de forma ordinaria y, únicamente, resultó novedoso lo referido a la doble representación procesal de los citados sujetos.

La Constitución de la República aprobada en 2019, en su Artículo 22 [GOR-E (5), 2019, pp. 75-76] autorizó nuevas formas de propiedad, al establecer como posibles: la socialista de todo el pueblo, la cooperativa, la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la privada, la mixta, la de instituciones y formas asociativas y la personal. Asimismo, con la promulgación del Decreto-Ley No. 46, Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas [GOR-O (94), 2021, pp. 2710-2725], se potenció el desarrollo empresarial en el ámbito privado, erigido como un actor novedoso, con un papel dinamizador en el escenario económico cubano, a fin de incrementar su participación en la economía del país, en aras del desarrollo y la diversificación (Odrizola, 2021, s.p.).

En ese escenario, se llevó a cabo la mayor reforma legal penal que ha tenido lugar en Cuba, que abarcó tanto lo sustantivo como lo procesal. De forma muy similar a la establecida en la anterior norma, la Ley No. 151, de 15 de mayo de 2022, Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022], en su Artículo 19.1 (p. 2563) determinó que la responsabilidad penal es exigible a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su nombre, cuando sean perpetrados por acuerdo de su órgano de gobierno o de dirección o por su representante, sin perjuicio de la responsabilidad individual en que hayan incurrido las personas naturales intervinientes en el hecho punible.

Acerca de esa formulación, en relación con el cuerpo sustantivo precedente al que hoy impera, algunos autores como Goite (1999, p. 4), Mejías Rodríguez (2015, p. 189) y Quirós Pérez (2003, p. 3) han considerado que establece un modelo de responsabilidad directa de la persona jurídica, al sentar un sistema de doble imputación, deslindando la

responsabilidad del ente colectivo de la responsabilidad individual de las personas naturales que lo integran. Este sistema fue el defendido por la Escuela Francesa encabezada por Mestre —citado por García (1945)—, quien admitía la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma independiente a la de sus integrantes, y la posibilidad de que ambos sujetos resultasen sancionados por los mismos hechos, por ser independientes sus responsabilidades. En contraposición, la Escuela germánica estimaba que solo debía responder la entidad colectiva (pp. 42-43).

Otros, como Ernard Collazo (2018, p. 91) y López Rojas (2021, pp. 351-381) estiman que esta forma de responsabilidad es de tipo indirecto; en el criterio de este último, por establecerse un hecho de conexión con la actuación de la persona física y no hacerse referencia alguna al «defecto de organización», como punto de partida para evaluar su culpabilidad.

Este es un primer elemento que no queda claro en la redacción de la norma sustantiva, aunque se puede inferir que se regula una responsabilidad independiente y directa, a partir de que la responsabilidad de la persona jurídica no se ha hecho depender de la correspondiente a las personas físicas que actúan en su nombre y representación, lo que descarta que se trate de una responsabilidad por transferencia. Además, la exigencia de que el delito sea cometido por acuerdo de sus asociados, como uno de los presupuestos para responder en el orden penal, es una muestra de la necesaria constatación de la expresión de una voluntad de la persona jurídica.

Las experiencias prácticas en el país, en lo que se refiere al procesamiento penal de personas jurídicas, son casi nulas, pues desde la vigencia del Decreto-Ley No. 175 [GOR-E (6), 1997], solo se ha procesado penalmente a una entidad, en la causa 570 de 2012, por la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana, seguida por los delitos de cohecho de carácter continuado, falsificación de documentos bancarios y de comercio de carácter continuado, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación e infracción de las normas de protección de los consumidores. En este caso, la empresa mixta Alimentos Río Zaza S.A., en su forma abreviada ARZ S.A., resultó condenada a su disolución, mediante la Sentencia No. 229, de 2 de mayo de 2013.

En aquel momento, no existía cauce alguno para la apreciación del «defecto de organización», como presupuesto de culpabilidad de las

personas jurídicas, ni siquiera alguna brecha que pudiese interpretarse en favor de su aplicación. Sin embargo, la sentencia dictada fundamenta doctrinalmente su decisión en tal presupuesto:

PRIMER CONSIDERANDO: [...] En el APARTADO B se constata que la propia representación de la empresa mixta, por medio de la creación de un estado o ambiente de degradación de los órganos de dirección, le [añadió] defectos organizacionales a la propia empresa mixta, al margen del contenido estatutario, e [impuso] que se confeccionara y suscribiera un contrato de prestación de servicios de asesoría técnica [...].

SEGUNDO CONSIDERANDO: El defecto organizacional y la mala conducción empresarial no estuvo supeditado [sic] a la falta de medidas legales, razonables e indispensables para impedir las infracciones penales cometidas, sino que dicho desperfecto y la improcedente gestión de gobierno estatutario, [los] impusieron los propios órganos supremo y fiscalizador de la empresa mixta. El comportamiento delictivo empresarial, enalteció un defecto en la organización de manera permanente; es decir que no se trata de conductas aisladas o incomunicadas [...]. (s.p.)

Aunque en la actual legislación sustantiva no se menciona de forma expresa, lo cierto es que, al introducirse en el Artículo 7 del vigente CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2560] el elemento de la culpabilidad, como parte del concepto de delito, resulta indeclinable la evaluación de dicha categoría en el caso de las personas jurídicas y el «defecto de organización» es la vía que prima al respecto.

Algunas otras formulaciones de la actual ley pudieran dar cabida a su apreciación, en lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Véase, en este sentido, el Artículo 79.2 [GOR-O (93), 2022, p. 2584], el cual establece que, en el caso de las personas jurídicas, pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal el haber obtenido, con anterioridad al delito, resultados satisfactorios en el control y gestión de los recursos financieros y materiales; o haber establecido, con posterioridad al descubrimiento del delito, medidas eficaces de control interno, con el objetivo de evitar y detectar futuros hechos ilícitos que afecten sus recursos financieros y materiales. Asimismo, en el Artículo 80.2 del citado texto legal (p. 2585), se regula, como agravante para las personas jurídicas, el haber sido requeridas con anterioridad al delito por los órganos o las autoridades

competentes, por deficiente control y gestión de los recursos financieros y materiales.

De estas formulaciones, se pudiera colegir un espacio para la posible entrada de los *compliance* al Derecho penal cubano, aunque, *a priori*, puede establecerse que estos son mucho más amplios que el sentido de las normas señaladas, en tanto ellas se circunscriben, únicamente, a la esfera del control de los recursos financieros y materiales, cuando en el país existe un sistema de *numerus apertus* sobre los delitos susceptibles de cometerse por los entes colectivos, los que, por ende, pueden incurrir en cualquier ilícito penal.

Cuba aún hoy carece de normativas que exijan, expresamente, a las personas jurídicas, la instauración de programas de cumplimiento normativo, de cara a evitar su procesamiento penal, pero se ha ocupado por implementar un sistema de control interno aplicable a cualquier entidad, con el principal objetivo de evitar la comisión de actos de defraudación o ilícitos. A partir de lo regulado en la Resolución No. 60 de 2011, de la contralora general de la República, sobre las normas del Sistema de control interno [GOR-E (13), 2011, pp. 39-50], se fijó la obligación de los directivos y funcionarios de los órganos, organismos, organizaciones y demás entidades, con independencia del tipo de propiedad y forma de organización, de establecer un sistema de autocontrol, con el objetivo de autoevaluar su gestión de manera permanente; y, cuando proceda, elaborar un plan para corregir las fallas e insuficiencias, adoptar las medidas administrativas que correspondan y darles seguimiento en el órgano colegiado de dirección, comunicar sus resultados al nivel superior y rendir cuenta a los trabajadores.

La definición de control interno que recoge la citada resolución es mucho más amplia que la prevista en la 297 de 2003, de la ministra de Finanzas y Precios [GOR-E (17), 2003], pues introduce, como concepto de relevancia, la gestión de riesgos, con un amplio espectro, al señalarse que el control interno es el proceso integrado a las operaciones, con un enfoque de mejoramiento continuo, extendido a todas las actividades inherentes a la gestión, y efectuado por la dirección y el resto del personal; se implementa mediante un sistema de normas y procedimientos, que contribuyen a prever y limitar los riesgos internos y externos, proporciona una seguridad razonable al logro de los objetivos institucionales y una adecuada rendición de cuenta.

Por otra parte, no existe en la práctica judicial patria una definición del camino a seguir en el momento de evaluar la culpabilidad de las personas jurídicas y determinar la imposición de una pena, como tampoco del modo de valorar la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal antes señaladas, o no, ni de los criterios a tomar en consideración para delimitar el alcance de su apreciación. Véase que la Resolución No. 76, de 30 de marzo de 2020, de la contralora general de la República, que aprobó las Normas cubanas de auditoría [GOR-E (18), 2020, pp. 223-270], en su apartado III, denominado «Evaluación por tipos de auditoría y calificación del control interno», plantea que este se califica de satisfactorio, aceptable, deficiente o malo, mientras que las normativas sustantivas vigentes solo aluden a los términos satisfactorio y deficiente, lo que es contradictorio, sobre todo si se aprecia, como agravante, una evaluación previa del control interno de deficiente, no así cuando es de mal, cuestiones que resulta necesario estudiar, definir y encauzar en el orden doctrinal y político-criminal.

En otro orden, la Ley del proceso penal (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] acotó con esmero la tramitación para el procesamiento y juzgamiento de la persona jurídica, en cada una de las fases del proceso, con un amplio y efectivo régimen cautelar, acorde con su naturaleza, y respetando los derechos y las garantías fundamentales.

Sin embargo, la existencia y validez de un programa de cumplimiento normativo en el seno empresarial pudiera haber sido previsto como un criterio de oportunidad, para otorgar una salida no penal al proceso incoado contra determinada persona jurídica, como sucede en los países anglosajones, en los casos en que aquellas no deban ser merecedores de pena. En esa temática se ha adentrado Turienzo (2020, s.p.), quien ha estudiado la factibilidad de aplicar en España soluciones al procesamiento de las personas jurídicas, partiendo de las experiencias norteamericanas, implementadas también en países de Latinoamérica, lo que podría ser un punto de partida para una futura modificación de la ley, con el fin de incorporar dicha posibilidad.

## VI. CONCLUSIONES

La posible inserción de entidades particulares en el ámbito criminal y las consecuencias penales que, de ello, se derivan hacen emerger el tema

de la responsabilidad penal de los entes colectivos como relevante, a partir del desarrollo societario que se avizora en Cuba.

Los países del sistema continental que han contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en su mayoría, conciben el «defecto de organización» como presupuesto de su culpabilidad y criterio determinante en la imposición de una pena.

Su apreciación parte de evaluar si las personas jurídicas han integrado, en su organización y funcionamiento, una cultura de cumplimiento y respeto al Derecho, sustentado en lo que se ha denominado programa de cumplimiento normativo o *compliance*.

Tanto la ley penal sustantiva como la procesal, emitidas con motivo de la reciente reforma legislativa llevada a cabo en el país, contemplan las normativas requeridas para el procesamiento y juzgamiento de este tipo de sujeto.

La regulación sustantiva del tema no es clara en cuanto al modelo de imputación que rige ni acota el modo en que se evaluará la culpabilidad de las personas jurídicas, como elemento del delito.

Se establecen atenuantes y agravantes propias para este tipo de sujeto, que guardan relación con el control interno y el cumplimiento normativo, pero que están limitadas al control de los recursos financieros y materiales, cuando, según lo previsto, pueden incurrir en cualquier ilícito penal.

El sistema de control interno concebido en el país para todas las personas jurídicas, a tono con las regulaciones que presiden el tema, dictadas por la contralora general de la República, puede ser la vía para la entrada de los *compliance* al ámbito penal, como mecanismo para evaluar el «defecto de organización» de estos sujetos.

Resulta necesario atemperar los términos empleados en la norma penal para estimar la atenuación o agravación de la pena, con las calificaciones que se otorgan al control interno, de conformidad con las Normas cubanas de auditoría, por no tener reflejo en la primera las evaluaciones de aceptable o malo.

La ley procesal penal no estableció criterios de oportunidad propios para las personas jurídicas, asociados a la existencia de un adecuado ambiente de control y organización, como pudiera haberse hecho, lo que podrá ser objeto de modificación en un futuro.

## VII. REFERENCIAS

- Abello Gual, J. A. (2009). La delincuencia empresarial y la responsabilidad penal del socio. <https://journal.poligran.edu.co/index.php/panorama/article/view/214>
- Arias Eibe, M. J. (2006-2007). El nuevo sistema de Derecho penal de Vives Antón: Notas a un nuevo modelo metodológico normativo. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (10), 263-272. <http://www.rtfed.es/numero10/11-10.pdf>
- Bacigalupo Saggese, S. (1997). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del derecho penal* [tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=33079>
- Bacigalupo Saggese, S. (Septiembre-diciembre, 2016). Cultura de cumplimiento e integridad: Elemento clave de la prevención de riesgos penales. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, (2), 1-8. <https://revistainternacionaltransparencia.org>
- Baigún, D. (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Depalma.
- Baigún, D. (s.f.). La responsabilidad penal de las personas jurídicas [multimedia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires]. [http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_baigun\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_baigun_01.php)
- Cabeza de Vaca Hernández, D. F. (2008). *Responsabilidad penal de la persona jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- Carbonell Mateu, J. C. (2012). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su «dogmática» y al sistema de la reforma de 2010 del C. P. español. En Goite Pierre, M. (Coord). *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España. Estudios latinoamericanos*, 277-306. Tirant Lo Blanch.
- Código de defensa social. Decreto-Ley No. 802. (Abril 11, 1936). GOR-E (108), s.p.
- Comité Central del Partido Comunista de Cuba. (2021). Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución. Actualizados en el VIII Congreso del Partido Comunista de

- Cuba. <https://siteal.iiep.unesco.org/bdnp/3710/lineamientos-politica-economica-social-partido-revolucion-periodo-2021-2026-resolucion-8vo>
- Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. Instrucción No. 169. (Enero 15, 2002). GOR-O (6), 267-268.
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. (2003). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. <https://www.hchr.org>
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos. (2004). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. <https://www.hchr.org>
- Corral Talciani, H. F. (1992). El concepto jurídico de persona, una propuesta de reconstrucción unitaria. *Revista Chilena de Derecho*, 17(2), 301-321. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/16928>
- Decreto-Ley No. 175. (Junio 17, 1997). GOR-E (6).
- Decreto-Ley No. 46, Sobre las micro, pequeñas y medianas empresas. (Agosto 19, 2021). GOR-O (94), 2710-2725.
- Ernand Collazo, I. (2018). Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento penal cubano. *Legalidad, Derecho y Sociedad*, (2), 84-91. <https://www.fgr.gob.cu/sites/default/files/20210420/Publicaciones/Revista%20%23118.%202018.pdf>
- Estepa Domínguez, F. (s.f.). La responsabilidad penal en la persona jurídica. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33087.pdf>
- Ferriol Molina, G. (2020). *Compliance* laboral: una mirada desde los fundamentos jurídicos cubanos. *Vlex*, (40), 199-215. <https://cuba.vlex.com/vid/compliance-laboral-mirada-fundamentos-853603907>
- García Bauer, C. (1945). Los entes colectivos y el problema de su responsabilidad en los órdenes civil y penal. Algunos aspectos sobre esta importante cuestión [tesis en opción del título de abogado y notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,

- Universidad Autónoma de San Carlos de Guatemala]. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjP2q6DzeyEAxWumYQIHWWIC3kQFn0ECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.bcn.cl%2Fobtienemagen%3Fid%3Ddocumentos%2F10221.1%2F78297%2F1%2F217937.pdf&usq=AOvVaw3bIPDjGN1DWdwpHJGesagH&opi=89978449>
- Goite Pierre, M. (Julio-diciembre, 1999). La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal. *Revista Cubana de Derecho*, (14), 3-31.
- Goite Pierre, M. (2012). El sistema de penas a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico penal cubano. En Goite Pierre, M. (Coord.). *Las consecuencias jurídicas derivadas del delito y una mirada a la persona jurídica desde Cuba y España. Estudios latinoamericanos*, 307-326. Tirant Lo Blanch.
- Gómez-Jara Díez, C. (2006). Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (08-05), 1-27. <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>
- Gómez-Jara Díez, C. (2013). La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica. En Silva Sánchez, J. y Miró Llinares, F. *La teoría del delito en la práctica penal económica*. La Ley.
- Gracia Martín, L. (2016). Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-05), 1-95. <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>
- Hurtado Pozo, J. (2001). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Tirant Lo Blanch.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*. Vernengo, R. (Trad.). UNAM-Fondo de Cultura Económica.
- Kruscailha Guillen Zabala, A. M. (2017). Sistemas de control y prevención en las empresas sobre delitos de corrupción [tesis, Universidad Rey Juan Carlos]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=184567>

- Kunsemüller, C. (2002). Sociedad del riesgo y Derecho penal *ad-hoc*. *Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, (4), 109-130. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6463498>
- Ley No. 21, Código penal. (Marzo 1.º, 1979). GOR-O (3), 47-105.
- Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- López Rojas, D. G. (2021). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Cuba: Aspectos sustantivos y procesales. En Rodríguez Arcia, N. *Tratado anglo iberoamericano sobre compliance penal*, 351-381. Tirant Lo Blanch.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2001). *La "concepción significativa de la acción" de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito (Libro-homenaje dedicado al profesor Marino Barbero Santos)*. <http://core.ac.uk/download/pdf/61893881.pdf>
- Mejías Rodríguez, C. A. (2015). Apuntes sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal sustantivo y procesal cubano. En Zugaldía Espinar, J. M. y Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (Dtores.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, 179-197. Thomson Reuters-Aranzadi. [www.lajuridica.es/indicespdf/9788490986288.pdf](http://www.lajuridica.es/indicespdf/9788490986288.pdf)
- Menéndez Conca, L. G. (Enero-junio, 2021). Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Ratio Juris*, 16(32), 93-116. <https://doi.org/10.24142/raju.v16n32a4>
- Mir Puig, S. (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (06-01), 1-17. [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewi15qDL1OyEAXmgIQIHUXTCFqQFnoECBAQAAQ&url=https%3A%2F%2Fbiblioteca.cejamericas.org%2Fbitstream%2Fhandle%2F2015%2F3694%2Fes-responsabilidad-juridica.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw3YuBUK6z6\\_AxmE6mi0brH5&opi=89978449](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewi15qDL1OyEAXmgIQIHUXTCFqQFnoECBAQAAQ&url=https%3A%2F%2Fbiblioteca.cejamericas.org%2Fbitstream%2Fhandle%2F2015%2F3694%2Fes-responsabilidad-juridica.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw3YuBUK6z6_AxmE6mi0brH5&opi=89978449)

- Montaner Fernández, R. (2015). El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 733-782.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5381724>
- Muños Flores, J. I. (2019). El establecimiento de un modelo dogmático de responsabilidad penal de la persona jurídica. ¿Es compatible con el principio de culpabilidad? [tesis de graduación como licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile]. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjKs73S1eyEAXWmRDABHT5mDx4QFnoECBMQAQ&url=https%3A%2F%2Freppositorio.uchile.cl%2Fbitstream%2Fhandle%2F2250%2F173126%2FEI-establecimiento-de-un-modelo-dogmatico-de-responsabilidad-penal-de-la-persona-juridica.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usq=AOvVaw1Uv2EuDvlwMXBaX-ujTg-B&opi=89978449>
- Nieto Martín, A. (2013). Introducción. En Arroyo Zapatero, L. A. y Nieto Martín, A. *El derecho penal económico en la era compliance*, 11-30. Tirant Lo Blanch.
- Norma ISO 19600. (2015). Guía sobre la gestión del *compliance*. <https://www.normas-iso.com/iso-19600-sistemas-de-gestion-de-compliance/amp/>
- Norma ISO 37001. (2016). Sistema de gestión antisoborno. <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:es>
- Norma ISO 31000. (2018). Sistema de gestión de riesgos. <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>
- Odrizola Guitart, J. (Agosto 6, 2021). Consejo de Estado aprobó decretos-leyes sobre las MIPYMES y otros actores de la economía cubana (Entrevista concedida a Cubadebate). <http://www.cubadebate.cu/noticias/2021/08/06/consejo-de-estado-aprobo-decretos-leyes-sobre-las-mipymes-y-otros-actores-de-la-economia-cubana/>
- Pérez Arias, J. (2013). *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Universidad de Murcia.

- Quintero, M. E. (2016). *Compliance* en caso de trata de personas [tesis doctoral, Universidad Austral]. <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/660/QUINTERO%2C%20Ma%20ELOISA%20-%20Tesis.pdf?sequence=1>
- Quirós Pérez, R. (2003). *Manual de Derecho penal general* (t. 1 y 3). Félix Varela.
- Resolución No. 297 de 2003, ministra de Finanzas y Precios. (Noviembre 14, 2003). GOR-E (17).
- Resolución No. 60 de 2011, contralora general de la República. (Marzo 3, 2011). Normas del Sistema de control interno. GOR-E (13), 39-50.
- Resolución No. 76 de 2020, contralora general de la República. (Abril 9, 2020). Normas cubanas de auditoría. GOR-E (18), 223-270.
- Rotsch, T. (2012). Criminal compliance. *InDret*, (1), 1-11. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/876a.pdf>
- Schünemann, B. (1988). Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2(41), 529-558. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>
- Schünemann, B. (2002). Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LV. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1429556.pdf>
- Sieber, U. (2013). Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa, una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En Arroyo Zapatero, L. A. y Nieto Martín, A. *El derecho penal económico en la era compliance*, 63-110. Tirant Lo Blanch.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas.
- Sánchez Girón, E. G. (2007). El abuso en el uso de la personería jurídica en la constitución de sociedades anónimas, sus efectos [tesis de postgrado, Universidad de San Carlos de Guatemala]. [http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04\\_7161.pdf](http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_7161.pdf)

- Tiedemann, K. (2007). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Grijley.
- Turienzo Fernández, A. (2020). ¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos. *InDret*, (2), 508-557. <https://indret.com/oportunidad-procesal-en-las-causas-penales-seguidas-contr-personas-juridicas-una-reflexion-a-la-luz-de-la-practica-de-los-npas-y-dpas-en-estados-unidos/>
- Ulrich, B. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós Ibérica.
- Van Weezel, A. (2010). Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Política Criminal*, 5(9), 114-142. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100003>
- Zugaldía Espinar, J. M. (1980). Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*. *Cuadernos de Política Criminal*, (11), 67-88.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (3.ª ed.). Aranzadi.

# LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

## *THE INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES IN THE CRIMINAL CODE*

### ■ **ESP. JESÚS RAMÓN GARCÍA RUIZ**

Magistrado, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0009-0007-8495-2680>

[jesus@tsp.gob.cu](mailto:jesus@tsp.gob.cu)

### ■ **M.Sc. INGRYD TERESA SANTOS DÍAZ**

Magistrada, Sala de lo Penal, Tribunal Supremo Popular, Cuba

<https://orcid.org/0009-0005-1991-2645>

[ingryd@tsp.gob.cu](mailto:ingryd@tsp.gob.cu)

## Resumen

El artículo ofrece los elementos básicos sobre el tratamiento que la ley penal sustantiva dispensa a las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios, como bien jurídico necesitado de una particular protección, conforme al marco constitucional vigente desde 2019, asunto de suma importancia y actualidad en la sociedad cubana. A ese efecto, su primer propósito es el de servir como guía para una mejor comprensión de las regulaciones que contiene el nuevo Código penal. La exposición parte de los antecedentes más significativos del tema en el ordenamiento interno y el internacional, para, luego, abordar el tratamiento específico concedido a la protección de aquellas en el mencionado texto normativo.

**Palabras clave:** Telecomunicaciones; tecnologías de la información y la comunicación; delitos cibernéticos; contravenciones; instrumentos jurídicos internacionales.

## Abstract

*The article offers basic elements on the treatment that substantive criminal law gives to telecommunications, information and communication technologies and their services, as a legal asset in need of particular protection, in accordance with the constitutional framework in force since 2019, a matter of great importance and topicality in Cuban society. To this end, its first purpose is to serve as a guide for a better understanding of the regulations contained in the new Criminal Code. The exposition starts with the most significant background of the subject in domestic and international law, and then addresses the specific treatment given to those in the aforementioned regulatory text.*

**Keywords:** *Telecommunications; information and communication technologies; cybercrimes; contraventions; international legal instruments.*

## Sumario

I. Introducción; II. Antecedentes; III. Marco internacional de referencia; IV. Variantes de protección; 4.1. El espectro radioeléctrico; 4.2. Nueva circunstancia agravante de la responsabilidad penal; 4.3. Figuras penales agravadas; 4.4. Delitos contra la integridad de las telecomunicaciones y el universo informático; V. Conclusiones; VI. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

Según reflexiona Rovira del Canto (2001, pp. 457-508), la comunidad mundial se enfrenta a una segunda revolución industrial, la denominada *revolución informática*, que está sustituyendo el trabajo de las mentes humanas por máquinas, lo que califica como la *era de la información*, en la cual aparece una nueva sociedad, la *digital*, con una cibercultura y un ciberespacio propios y peculiares, en el que cada sujeto puede ser, potencialmente, emisor y receptor en un medio cualitativamente diferenciado, que constituye un mundo virtual segregado por la comunicación.

Por otra parte, este autor advierte que el lado negativo de esa nueva era, conocida también como *sociedad global del riesgo y de la información*,

plantea problemas nuevos para el Derecho, que son de crucial trascendencia, desde el punto de vista de la necesaria protección que deben recibir el funcionamiento y la seguridad de los sistemas informáticos y telemáticos, mediante los cuales se ejecuta un inusitado tráfico jurídico, que pasa por las esferas de los negocios, las relaciones comerciales, la administración y la sociedad en general, dependientes, cada vez más, de aquellos sistemas para su sostenimiento y desarrollo en tiempo real (Rovira del Canto, 2001, pp. 457-508).

Como bien se razona en el preámbulo de la Resolución 74/247 de la ONU, «Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones [TIC] con fines delictivos», aprobada por la Asamblea General el 27 de diciembre de 2019, en aquel escenario se ponen de manifiesto varios desafíos, pues, si bien es cierto que las TIC encierran un enorme potencial para el desarrollo de los Estados, también lo es que generan nuevas oportunidades para los delincuentes y contribuyen a un incremento de la criminalidad y la complejidad de los delitos.

En esta situación, las tecnologías emergentes, como la inteligencia artificial, ofrecen posibilidades para prevenir y combatir el uso de las TIC con fines delictivos, fortaleza que va acompañada del riesgo real de su utilización para mejorar el rendimiento del delito y su impunidad. Es un hecho demostrado que la tasa y la diversidad de delitos cometidos en el mundo digital han aumentado, al igual que sus efectos nocivos sobre la estabilidad de la infraestructura esencial de los Estados, las empresas y el bienestar de las personas; la masa de delincuentes que se están sirviendo de las TIC para llevar a cabo sus actividades muestra una tendencia creciente, motivada por el dominio operacional que han desarrollado sobre estas tecnologías, en una sociedad dependiente de ellas, lo que trae como consecuencia que se haya amplificado el espectro de bienes jurídicos que se afectan por hechos cada vez más graves y lesivos, entre ellos, algunos tan sensibles como los derechos humanos y la seguridad de los Estados (ONU, 2020, p. 1).

Por tanto, según se afirma en el «Informe sobre la ejecución de la Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea para la década digital» (Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo), deviene incuestionable que el panorama del mundo globalizado convierte tales desafíos en reales amenazas, que se ponen de manifiesto en un incremento de las actividades cibernéticas malintencionadas que afectan la seguridad y la integridad de los productos y los servicios de las TIC, el

ciberespacio mundial y abierto, los derechos humanos, las libertades democráticas y los Estados (2021, p. 5).

Ante ese contexto de desafíos y amenazas, el maestro Fernández Bulté (1996), con su genial estilo criollo, graficó que la delincuencia ya se estaba moviendo a una velocidad inalcanzable, en aviones y autos sofisticados, mientras que el sistema penal lo hacía en vetustos coches tirados por caballos.<sup>1</sup>

En el escenario actual, el profesor hubiera dicho que una parte importante de esa delincuencia ni siquiera se percibe en el espacio físico y que, ordenador por medio, usa, disfruta y abusa, a sus anchas, del espacio virtual para desplazarse, en milésimas de segundos, hasta cualquier lugar, más allá del planeta llamado Tierra, el que, para ellos, ya no forma parte de la Vía Láctea porque lo han movido hacia otra nube distinta, la *nube digital*, cuya creación por la inteligencia humana estuvo enfocada en objetivos y fines más dignos y respetables que los de cualquier actividad delictiva.

Por otra parte, en la Recomendación de la Conferencia de ministros de Justicia de los países iberoamericanos, relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia, derivada de diversos intercambios técnicos y político-criminales (Buenos Aires, 2011; Montevideo, 2012; Madrid, Bogotá, Lima y Viña del Mar, 2013) se planteó, oficialmente, que las legislaciones penales todavía estaban permeadas de importantes carencias en los tipos penales referidos al ciberdelito, lo cual permitía que la delincuencia individual y la organizada lesionasen importantes bienes jurídicos o los pusieran en grave riesgo. Ello derivó en la propuesta de incorporar o armonizar, según el caso, las normas jurídicas penales nacionales, mediante la tipificación de determinadas conductas, para enfrentar el fenómeno antes descrito; la gestión de una mayor eficacia en la prevención, persecución y penalización de tales comportamientos delictivos; y el perfeccionamiento de la cooperación jurídica internacional, en función de la reducción de los espacios de impunidad (2014, pp. 1-2, 5).

Con anterioridad a la reforma del sistema jurídico-penal que se generó en Cuba a partir de 2021, esa crítica objetiva le venía como traje a la medida, ya que era notorio su rezago con respecto a la manera en que

<sup>1</sup> Nota tomada por el coautor durante la intervención del insigne jurista en el Seminario internacional sobre administración de justicia penal en América Latina (La Habana, 1996), inédita.

la comunidad internacional y muchos países estaban abordando la protección de las TIC en sus ordenamientos jurídicos penales, aunque desde 2015 —en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo, en el examen de la armonización de la ciberlegislación en América Latina— se había reconocido que este tema se encontraba en proceso de revisión, como parte de la reforma al Código penal de 1987 (2015, p. 30), para incluir diversos delitos informáticos.

La modernización se erigió, después, en una exigencia, derivada de los cánones que impone la Constitución de la República (CRC), en sus artículos 8, 11 y 16, incisos i) y m) [GOR-E (5), 2019, pp. 72-74], en los que se refrenda que los tratados internacionales ratificados por el Estado cubano se integran a la ley interna; que el espectro radioeléctrico forma parte del territorio nacional, sobre el cual el Estado ejerce su soberanía; y que, en el marco del ejercicio de su función soberana, aquel disfruta del pleno derecho a regular el uso y los beneficios de las telecomunicaciones en su territorio, conforme a la práctica universal y los compromisos internacionales dimanantes del Convenio, la Constitución y el Reglamento de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT) (2012, s.p.), así como a condenar la utilización ilícita del ciberespacio y el espectro radioeléctrico para subvertir el orden y desestabilizar la nación. En el Artículo 2 del Decreto-Ley No. 35, de 13 de abril de 2021 [GOR-O (92), 2021, p. 2526], se define que las telecomunicaciones consisten en la transmisión, emisión o recepción a distancia de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

La actualización constituyó una de las políticas más trascendentales en la reforma del sistema legal penal, el que hoy cuenta con las leyes 143, Del proceso penal (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251]; 147, Del proceso penal militar (LPRPM) [GOR-E (12), 2022, pp. 575-715]; 151, Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] y 152, De ejecución penal (LEP) [GOR-O (94), 2022, pp. 2697-2738], complementadas con otras disposiciones normativas. En sus textos, no solo se desarrollan los preceptos destinados a la tutela de la integridad de las *telecomunicaciones, las TIC y sus servicios* (TEL-TIC-SER), en tanto bienes jurídicos, sino que, también, se garantiza el empleo eficaz y seguro de estos en la investigación, la persecución y el juzgamiento de los hechos delictivos, y en el cumplimiento de las sanciones impuestas a quienes los cometan.

Sin duda alguna, el movimiento de reforma del sistema normativo penal cubano se erige en un claro ejemplo de la pretensión del legislador de dotar al operador jurídico nacional de un moderno conjunto de instrumentos legales, que acerque sus posibilidades a las de la nueva generación de delincuentes, la mayoría de ellos nativos de la *era digital*, y, así, poder aproximarse a las velocidades con las que estos circulan en los espacios físicos y digitales.

La exposición que sigue ofrece a los operadores del sistema penal una visión general respecto a la manera en que se diseñaron los elementos básicos del proceso de modernización; se aspira a que sirva de guía para un estudio más profundo sobre el tema. A ese efecto, se identifican y desarrollan los antecedentes legales más significativos sobre la materia, en ley interna y en la internacional, así como las distintas variantes que el texto del CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] emplea para proteger las TEL-TIC-SER.

Para abordar estos contenidos, se aplicaron diversos métodos y técnicas de investigación, entre los cuales resaltan el histórico-jurídico, el exegético-analítico, la revisión bibliográfica y el análisis de documentos, cuya combinación permitió aproximarse al cumplimiento del objetivo básico antes mencionado.

## II. ANTECEDENTES

Si se busca desde el pasado, se encuentran normas jurídicas, penales y administrativas, que sirven como claros antecedentes del tema expuesto en este trabajo.

Un primer ejemplo, en el sistema jurídico-penal histórico, aparece en la Ley de enjuiciamiento criminal española, de 14 de septiembre de 1882, hecha extensiva a la Cuba colonial por Real Decreto de 19 de octubre de 1888, la que, en sus artículos del 816 al 823, instituyó un procedimiento especial para los *delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación* (Núñez, 1954, pp. 30-32), en tanto se trataba de hechos delictivos que requerían un tratamiento procesal diferenciado, debido a su peculiar forma de ejecución y a la efectividad que implicaba el uso de tales medios, al sobredimensionar los efectos negativos del ilícito.

Por ende, esta preceptiva, preminentemente, estaba enfocada en la obtención de los medios de pruebas necesarios y la ocupación de

los instrumentos o efectos de ciertos delitos que ya estaban tipificados en el Código penal español de 1870, respecto a los cuales Antón Oneca (1970) comenta que, desde la invención de la imprenta, los poderes públicos se preocupaban bastante por controlar esta fuente de difusión y propaganda con fácil clandestinidad, y añade que, cuando el Gobierno ordenó a la comisión codificadora la inclusión —en el proyecto de código que se estaba elaborando— de tales tipos penales que ya estaban en una ley especial, la respuesta de sus miembros al encargo fue presentar su renuncia en pleno, argumentando que, con el régimen común, serían responsables hasta los vendedores de periódicos (pp. 239-240).

Por otra parte, el Código de defensa social (CDS) (Publicación de legislaciones, 1973), promulgado el 4 de abril de 1936, mediante el Decreto-Ley No. 802 [GOR-E (108), 1936], cuya puesta en vigor se suspendió por dos años hasta 1938, en su Artículo 41, inciso v (p. 54), estableció, como una interesante circunstancia agravante proveniente del hecho, que este se ejecutara por medio de imprenta, grabado, cuadros expuestos al público, cinematógrafo, proyecciones luminosas, radiotelégrafo, teléfono, radioteléfono, televisión o cualquier otro medio de difusión.

Además, en su Artículo 479 (Título X, Capítulo II) sancionaba a los que:

A) Impidieran o entorpecieran las comunicaciones telegráficas, telefónicas, semafóricas o radiofónicas, de uso público, destruyendo o inutilizando los aparatos u objetos destinados a tales servicios, produciendo la dispersión de la corriente o inutilizando cualquier otro medio semejante; y B) Sin la autorización correspondiente, construyeren, instalaren u operaren ilegalmente estaciones trasmisoras de radio, o líneas o tendidos de telégrafo o telefónico. (pp. 345-346)

En la Ley No. 21, de 15 de febrero de 1979 [GOR-O (3), 1979, pp. 47-268], que derogó el CDS, se suprimió la citada circunstancia agravante de la responsabilidad penal y se abordó el asunto en dos tipos penales:

- El de *propaganda enemiga*, previsto en el Artículo 108 (p. 85), que formaba parte de los delitos contra la seguridad interior del Estado e incluía, como una condición objetiva de punibilidad, la agravación del marco sancionador cuando, para la ejecución de los hechos, se utilizaban medios de difusión masiva, además de penalizar, en otro apartado, al que permitiera la utilización de estos medios con aquel fin.

- El de *posesión u operación de un equipo transmisor sin autorización*, previsto en el Artículo 250 (p. 118), en la familia de los delitos contra el orden público y en el que se sancionaba a la persona que poseyera u operara un equipo radiotransmisor sin la debida autorización o con abuso de esta, siempre que el hecho no integrara un delito de mayor entidad. De esta forma, se incluyó el tipo legal del Artículo 479 B) (pp. 345-346) de la ley sustantiva derogada.

La Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, Código penal (CP) [GOR-E (3), 1987, pp. 57-157], siguió el mismo sendero que su predecesora, sin introducir cambios en las expectativas vinculadas con estos temas.

Ante la creciente tendencia a utilizar las nuevas tecnologías electrónicas para proteger el patrimonio y el notorio cambio de actuación de la delincuencia, con la Ley No. 87 de 1999, se extendió el tradicional concepto de *llaves* que contenía el Artículo 328, inciso c), del CP, relacionado con el delito de robo con fuerza en las cosas, para estimar como tales, además, *las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia u otros de iguales propósitos*; con ello, se suplió la laguna legal existente hasta ese momento, que había generado decisiones judiciales injustas, al penalizar, como hurto, hechos delictivos en los que el agente activo accedió al lugar donde estaban ubicados los bienes ajenos haciéndose, subrepticamente, de estos modernos medios de seguridad (Université de Fribourg, 2008, p. 10).

Esta definición legal reproduce la del párrafo tercero del Artículo 239 del Código penal español de 1995 (Morales, Fernández y Álvarez, 2018, pp. 804-807), con la única diferencia de que la cubana añade la expresión «u otros de iguales propósitos», para cubrir cualquier tecnología futura que fuera puesta en práctica o uso, con el objetivo de asegurar los bienes muebles de posibles sustracciones.

Otro antecedente, de mucha inmediatez en este caso, fue la Ley No. 93, de 20 de diciembre de 2001, Contra actos de terrorismo [GOR-E (14), 2001, pp. 63-70], la que, en su Artículo 24, estableció el delito de «actos en ocasión del uso de los medios y técnicas informáticas [sic]», que fijaba la sanción de cinco a 20 años de privación de libertad contra la persona que, para facilitar cualquiera de los hechos ilícitos previstos en dicha ley:

a) Utilice equipos, medios, programas, redes informáticas o cualquier otra aplicación informática, intercepte, interfiera, use, altere,

dañe, inutilice o destruya datos, información, documentos electrónicos, soportes informáticos, programas o sistemas de información y de comunicaciones o telemáticos, de servicios públicos, sociales, administrativos, de emergencia, de seguridad nacional o de cualquier otro tipo, de entidades nacionales, internacionales o de otro país;

b) haga uso o permita la utilización de correo electrónico, otros servicios o protocolos de internet, o de cualquier equipo terminal de telecomunicaciones;

c) cree, distribuya, comercie o tenga en su poder programas capaces de producir los efectos a que se refiere el apartado a). (p. 68)

Este tipo legal se reprodujo en el Artículo 168 del CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2613-2614], cuya aplicación, en virtud del principio de especialidad, será preferente a las modalidades comisivas que aparecen en la familia de los delitos contra la integridad de las TEL-TIC-SER, porque así lo exige el Artículo 149 del propio texto (p. 2609), cuando, por la forma de ejecución del hecho, o por los medios y métodos empleados, se evidencie que el sujeto activo tiene el propósito de intimidar u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de realizarlo o, de igual manera, provocar estados de alarma, temor o terror en la población, en un grupo de personas o en una determinada, poner en peligro inminente o afectar la vida, la integridad física o mental de estas, provocar afectaciones a bienes de significativa consideración o importancia, el medio ambiente, la paz internacional o la seguridad del Estado cubano.

Con el Decreto-Ley No. 389 de 2019 [GOR-E (27), 2019, pp. 155-159], se modificaron las leyes sustantiva y procesal de ese momento, lo que trajo consigo la introducción de las técnicas especiales de investigación que, en la actualidad, se definen en el Artículo 327 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4155], como los métodos para la obtención de la información que utilizan recursos técnicos, tecnológicos, humanos o de otras características, de acuerdo con la actividad delictiva de que se trate, aplicados por los encargados de la investigación y la instrucción penal. De conformidad con el Artículo 328.2, tales técnicas han de resultar «idóneas o necesarias para la investigación de hechos delictivos concretos que por su gravedad, connotación u organización lo requieran, incluyendo operaciones cuyo origen o destino sea el exterior del país»,

conforme a las regulaciones establecidas para la cooperación jurídica internacional (p. 4155).

En esa última disposición se inserta la *vigilancia electrónica* que conceptualiza el Artículo 338 (p. 4156), entendida como aquella en la que se utilizan medios para la interceptación y el registro de escuchas y grabación de voces, localización y seguimiento de personas, objetos o bienes, fijaciones fotográficas y filmación de imágenes, intervención de los medios informáticos y sus soportes de información, programas y sistemas operativos o de aplicaciones o de otras TEL-TIC-SER, que permitan conocer y demostrar el hecho delictivo.

La LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] y su similar, la LPRPM [GOR-E (12), 2022, pp. 575-715] representan, en sí mismas, un evidente esfuerzo del legislador cubano por modernizar el proceso penal y ponerlo a tono con la era en que les toca regir, a cuyo efecto basta citar el Artículo 47.1 (p. 4102), en el que se regula la posibilidad de aplicación o utilización de los medios científico-técnicos y las TIC que resulten útiles e indispensables, en las actuaciones y diligencias del proceso penal, siempre que se garantice el debido proceso, la integridad, plenitud, autenticidad, confidencialidad y seguridad de los datos e informaciones que contengan, y el respeto al honor y la integridad moral de las personas.

Otros ejemplos de la renovación procesal penal se reflejan en:

- Los artículos 325 y 326 (pp. 4154-4155), que regulan la captación y grabación de las comunicaciones orales y de la imagen, mediante la utilización de dispositivos electrónicos u otros medios técnicos e informáticos, con el objetivo de probar la existencia del delito, la participación de los intervinientes o cualquier otra circunstancia con trascendencia jurídico-penal.
- Los artículos 469, 470 y 473 (pp. 4181-4182) que abren la posibilidad de celebrar el juicio oral por medio de videoconferencia.
- El Artículo 742.1 k) (p. 4229), en el que se incluyen, entre las variantes de la asistencia penal internacional, las solicitudes para conservar y revelar datos electrónicos, incluidos los referidos al tráfico almacenado por medio de sistemas o dispositivos informáticos, para la obtención de pruebas durante la investigación y persecución de delitos, con particular destaque de los vinculados con la corrupción administrativa y económica, el crimen organizado transnacional, el terrorismo, el tráfico

y la trata de personas y el de drogas o sustancias de efectos similares, que tienen una especial relevancia negativa para la comunidad mundial y, a ese efecto, son abordados en diferentes tratados internacionales.

- El Artículo 743.2 (p. 4229), en el que se especifica que las solicitudes de asistencia penal internacional se tramitan utilizando la transmisión electrónica o cualquier otro medio seguro, y mediante escrito cursado por la vía diplomática, con el cumplimiento de ciertos requisitos taxativamente relacionados en el precepto.

Unidos a los mencionados, existen otros precedentes de Derecho administrativo no menos importantes, que han regulado o regulan la materia en estudio, entre los cuales han de mencionarse los siguientes:

- El Decreto No. 171, de 30 de abril de 1992 [GOR-O (5), 1992, pp. 49-52], que compendió en tres artículos lo que se debe entender y penalizar como contravenciones personales de las regulaciones del uso del espectro radioeléctrico.

- El Decreto-Ley No. 157, de 18 de enero de 1995 [GOR-O (5), 1995, pp. 65-68], sobre los servicios de telecomunicaciones de carácter limitado, cuyo objetivo fue el de otorgar facultades más flexibles y autónomas al organismo rector de las comunicaciones en el país, para permitir utilizar las nuevas modalidades de los servicios y sistemas de telecomunicaciones generados por el desarrollo tecnológico e introducidos en el territorio nacional, de conformidad con las normativas técnico-operacionales y demás disposiciones dictadas en situaciones coyunturales. Esta normativa también diseñó un régimen contravencional, que prevé como posibles sanciones la suspensión temporal de la licencia y la clausura de las instalaciones implicadas, la imposición de multa y el decomiso administrativo de los medios empleados, con independencia de las responsabilidades penales en que pudiera quedar incurso el infractor.

- La Resolución No. 98, de 17 de abril de 1997 [GOR-O (16), 1995, pp. 248-250], del ministro de Comunicaciones,<sup>2</sup> que dio carácter *limitado* al servicio de telecomunicaciones destinado al turismo, el cuerpo diplomático acreditado en el país y otras personas admitidas, mediante contratación, decisión que se adopta al detectarse que personas no autorizadas habían logrado descodificar, interceptar o recibir e, incluso, distribuir a terceros ese servicio, con fines comerciales, o no.

<sup>2</sup> El entonces Ministerio de Comunicaciones pasará, luego, a denominarse Ministerio de la Informática y las Comunicaciones.

- La Resolución No. 99, 17 de abril de 1995 [GOR-O (16), 1995, pp. 250-252], del ministro del ramo, que declaró *limitadas* las señales de televisión no nacionales; a tales efectos, en el apartado tercero de la norma se establecieron determinadas especificaciones para el uso de antenas y demás dispositivos destinados a la recepción de señales de televisión por personas naturales o jurídicas nacionales, en edificios públicos, multifamiliares, viviendas y demás inmuebles.

- La Resolución No. 127, de 24 de julio de 2007 [GOR-O (57), 2007, pp. 899-910], que dictó el mencionado ministro, destinada a implementar el Reglamento de seguridad para las tecnologías de la información, que faculta a los inspectores designados a imponer, a los infractores, las sanciones administrativas u otras medidas punitivas previstas en su Artículo 99 (p. 908), entre las que se encuentran:

a) La invalidación temporal o definitiva de las autorizaciones concedidas por el Ministerio de la Informática y las Comunicaciones (MIC);

b) la suspensión y/o cancelación temporal o definitiva de los servicios de informática y comunicaciones;

c) la ocupación cautelar de los medios, instrumentos, equipamientos y otros utilizados para cometer la infracción, y el posterior decomiso de estos; y

d) la aplicación de otras medidas que correspondan en ley.

Por último, como parte de la función tutelar de determinados bienes jurídicos relevantes para la sociedad, el legislador se enfocó en concordar lo más posible el texto del CPE con el resto del ordenamiento jurídico vigente sobre TEL-TIC-SER, sobre todo en cuanto al deslinde entre los hechos que pudieran constituir contravenciones y los que se elevarían al rango de delitos; a ese fin, tomó en cuenta lo establecido en las siguientes disposiciones jurídicas:

- El Decreto-Ley No. 370, de 17 de diciembre de 2018 [GOR-O (45), 2019, pp. 763-777], sobre la informatización de la sociedad cubana, que estatuye un sistema de contravenciones y sanciones asociadas al uso de las TIC.

- El Decreto-Ley No. 360, de 31 de mayo de 2021 [GOR-O (92), 2019, pp. 786-801], sobre la seguridad de las TIC y la defensa del ciberespacio nacional, en el que, también, se plantea un conjunto de sanciones administrativas por el incumplimiento de la seguridad de las TIC.

- El Decreto-Ley No. 35, de 13 de abril de 2021, De las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación y el uso del espectro radioeléctrico [GOR-O (92), 2021, pp. 2525-2548].
- El Decreto No. 42 de 2021, de 24 de mayo de 2021, Reglamento general de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información y la comunicación [GOR-O (92), 2021, pp. 2548-2562].
- El Decreto No. 43 de 2021, de 24 de mayo de 2021, Reglamento sobre el uso del espectro radioeléctrico [GOR-O (92), 2021, pp. 2562-2575].
- La Resolución No. 128, de 24 de junio de 2019 [GOR-O (45), pp. 831-840], del ministro de la Informática y las Comunicaciones (IC), referida al reglamento sobre la seguridad de las TIC y el ciberespacio nacional.
- Las resoluciones 105, 107 y 108, de 9 de agosto de 2021 [GOR-O (92), 2021, pp. 2575-2601], del titular del sector, que contienen, por su orden, las reglamentaciones sobre el modelo de actuación nacional para la respuesta a incidentes de ciberseguridad, el uso de los servicios de radiocomunicaciones por satélites, y la interconexión, el acceso y las instalaciones esenciales de redes de telecomunicaciones.

### III. MARCO INTERNACIONAL DE REFERENCIA

Ante la tendencia exponencial al alza de la ciberdelincuencia, la comunidad mundial ha tomado conciencia clara de la utilidad que tienen los instrumentos jurídicos internacionales, para encauzar los esfuerzos hacia la gestión de opciones que fortalezcan las respuestas jurídicas o de otra índole, a nivel nacional e internacional, para enfrentar el fenómeno.

El CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] hubiera constituido una pieza demasiado imperfecta y descontextualizada, de no haber tenido en cuenta los referentes de varios instrumentos jurídicos internacionales que sientan pautas relacionadas con la protección de las TEL-TIC-SER, entre los que aparecen los siguientes:

- El Convenio, la Constitución y el Reglamento de la UIT (2012, s.p.). Los textos fueron adoptados por la Conferencia de Plenipotenciarios y toman como bases las actas finales de varios encuentros similares (Ginebra, 1992; Kioto, 1994; Minneapolis, 1998; Marrakech, 2002; Antalya, 2006; Guadalajara, 2010; Busán, 2014 y Dubái, 2018). En esta última reunión, los representantes de los Estados parte se enfocaron en:

a) El fortalecimiento del papel de la UIT en la creación de confianza y seguridad en la utilización de las TIC.

b) La función de la UIT en la protección de la infancia en línea.

c) La lucha contra la falsificación de dispositivos de telecomunicaciones y tecnologías de la información y la comunicación.

d) La asistencia a los Estados miembro para combatir y disuadir el robo de dispositivos móviles.

e) La protección del usuario/consumidor de servicios de telecomunicaciones.

f) El papel de la UIT en el fomento del uso de las TIC para combatir la trata de personas.

- El Convenio de Budapest, de 23 de noviembre de 2001 (Organización de Estados Americanos, s.f.), relativo al enfrentamiento a la cibercriminalidad en el marco europeo, en cuyo preámbulo se deja constancia expresa de:

a) La necesidad de llevar a cabo, con prioridad, una política penal común destinada a prevenir la criminalidad en el ciberespacio y, en particular, de hacerlo mediante la adopción de una legislación apropiada y la mejora de la cooperación internacional.

b) La preocupación que suscita el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas para cometer infracciones penales y que las pruebas de dichas infracciones sean almacenadas y transmitidas por medio de esas redes.

c) La urgencia de que la lucha contra la cibercriminalidad esté bien organizada, lo que precisa de una cooperación internacional en materia penal acrecentada, rápida y eficaz.

- Las declaraciones de los congresos internacionales sobre el tratamiento al delito y la justicia penal, celebrados en Doha (2015) y Kioto, (2021); documentos en los que se convoca a la prevención y el enfrentamiento eficaz de las actividades delictivas contra las TIC.

- Las Recomendaciones de las reuniones de la Red Iberoamericana de Ministerios Públicos especializados en ciberdelincuencia, celebradas en Lisboa (2018) y Santiago de Chile (2019), así como las de la Conferencia regional de políticas y estrategias sobre ciberdelitos en la Comunidad del Caribe, celebrada del 12 al 14 de junio de 2019 en Santo Domingo (2019).

De especial trascendencia resulta el proyecto de Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la utilización de las TIC con fines delictivos (2021), presentado por Rusia, el 29 de junio de 2021, a la Secretaría de ese organismo internacional, como resultado de las labores ejecutadas por el Comité intergubernamental especial de expertos designados a ese efecto en cumplimiento de la Resolución 74/247, de la Asamblea General de la ONU, de 27 de diciembre de 2019 (ONU, 2020).

Dicho proyecto se encuentra en proceso de emisión de criterios por parte de los Estados miembro del organismo internacional; en agosto de 2022, el TSP explicó al órgano nacional de relaciones, encargado de acopiar aquellos, los avances obtenidos en este campo, a partir del tratamiento dispensado a esta materia en la legislación que integra el sistema jurídico-penal cubano, recién reformado.

En cuanto al texto de la futura convención, merecen destaque sus propósitos, que serán:

- a) Promover y fortalecer las medidas para una prevención eficaz de los delitos y otros hechos ilícitos en la esfera de las TIC y la lucha contra estos.
- b) Prevenir los actos contra la confidencialidad, integridad y accesibilidad de las TIC e impedir los abusos en la esfera de su utilización, proporcionando la punibilidad de los actos que abarcaría la convención y potenciando la autoridad suficiente para una lucha eficaz contra tales delitos y otros hechos ilícitos, facilitando su detección, investigación y la persecución de sus autores, tanto a nivel nacional como internacional, mediante acuerdos de cooperación entre los Estados.
- c) Desarrollar una cooperación internacional de mayor eficiencia, que incluya la capacitación y prestación de asistencia técnica en la prevención de delitos en la esfera de las TIC y la lucha contra estos.

A contrapelo de las crecientes tendencias globalizadoras que pretenden reducir a la nada el concepto real de soberanía nacional, el Artículo 3 (2021, p. 5) reconoce que los Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a ese futuro instrumento internacional, en consonancia con los principios de la soberanía estatal, la igualdad soberana de los Estados y la no intervención en los asuntos internos de otros; sin que cualquiera de ellos quede facultado para ejercer, en territorio extranjero, la jurisdicción y las funciones que la legislación nacional de ese otro

reserve exclusivamente a sus órganos, a menos que la propia conven-  
ción disponga alguna cláusula diferente.

Desde el Artículo 5 hasta el 27 (pp. 8-18), se propone un significativo  
conjunto de hechos para que sean tipificados como delitos en la ley  
interna de los futuros Estados parte; la mayoría de ellos ya fueron taxa-  
tivamente previstos en el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696]. Son  
de resaltar los siguientes:

a) El acceso indebido a la información digital, su interceptación y mani-  
pulación ilícita. El Artículo 4 i) se refiere a los materiales (datos), inde-  
pendientemente de su formato y sus características, contenidos en (y  
procesados por) dispositivos, sistemas y redes de la información y las  
comunicaciones;

b) el mal funcionamiento de las redes de la información y las comu-  
nicaciones, las que se identifican en el Artículo 4 g) como el conjunto  
de equipamiento de ingeniería diseñado para gestionar los procesos  
tecnológicos con el uso de los medios de comunicación y telecomuni-  
caciones;

c) la creación, el uso y la distribución de programas malignos, concep-  
tualizados en el inciso c) del mencionado precepto como aquellos cuya  
característica objetiva es la modificación o eliminación, el copiado o  
bloqueo no autorizado de la información o la neutralización de los me-  
dios de protección de la información en formato digital;

d) la manipulación ilícita de la infraestructura crítica de la información,  
que, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 4 m), es el conjunto de  
instalaciones de la infraestructura crítica de la información, al igual que  
las redes de comunicación utilizadas para organizar la interacción  
de las instalaciones de la infraestructura crítica de la información entre  
sí; a tono con el inciso n), tales instalaciones comprenden los sistemas  
de información y las redes de información de las autoridades guberna-  
mentales, y los sistemas de información e informatizados para la ges-  
tión de los procesos tecnológicos en el ámbito de la industria de la  
defensa, la sanidad, la enseñanza, el transporte, las comunicaciones,  
la energía, la esfera crediticio-financiera, la nuclear y otras importantes  
de la vida del Estado y la sociedad;

e) el acceso no autorizado a los datos personales. En Cuba, la Ley  
No. 149, de 14 de mayo de 2022, De protección de los datos perso-  
nales [GOR-O (90), 2022, pp. 2463-2479], en su Artículo 3 (p. 2464),

define estos como la información concerniente a una persona natural identificada o identificable, que puede llevar a su identificación; además, aclara que una persona es identificable cuando su identidad puede determinarse, directa o indirectamente, por medio de cualquier información;

f) el tráfico ilícito de dispositivos elaborados o adaptados para cometer alguno de los delitos identificados en la convención;

g) el empleo de las TIC en delitos convencionales de robos, producción y tráfico de materiales u objetos con pornografía de menores de edad, inducción al suicidio o su provocación, hechos en los que se involucran menores en la comisión de ilícitos y pongan en peligro su vida o salud, elaboración y utilización de la información digital para confundir al usuario, incitación a la actividad subversiva o armada, el terrorismo y las actividades extremistas, distribución de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tráfico de armas, rehabilitación del nazismo, justificación del genocidio o crímenes contra la paz y la humanidad, distribución ilícita de medicamentos y artículos médicos falsificados, hechos reconocidos como delitos con arreglo al Derecho internacional, infracción de derechos de autor y derechos conexos.

El proyecto deja a elección de los Estados parte el definir, como delito, en su ley interna, cualquier otro hecho ilícito cometido, premeditadamente, con la utilización de las TIC y que haya causado daños considerables.

## **IV. VARIANTES DE PROTECCIÓN**

### **4.1. EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO**

Conforme al Artículo 11 a) de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 72], el 4.1 a) del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2559] agrega el espectro radioeléctrico como elemento inmaterial de aplicación de la ley penal, lo que canaliza el ejercicio del derecho soberano del Estado cubano para tipificar como delitos y penalizar las agresiones de mayor connotación contra las TEL-TIC-SER en su territorio, en sintonía con la práctica universal y los compromisos internacionales contraídos en esa materia.

En el inciso l), del Anexo de definiciones de términos empleados en el CPE, se conceptualiza que el espectro radioeléctrico

constituye un recurso de carácter escaso, limitado, inalienable, imprescriptible e inembargable, sobre el cual el Estado ejerce su soberanía, y no puede cederse en propiedad a personas naturales o jurídicas; se conforma por las ondas radioeléctricas que se definen como las ondas electromagnéticas cuyo límite superior de frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3000 GHz, y que se propagan por el espacio sin guía artificial. (p. 2693)

Esta definición reproduce la que aparece en los artículos 96 y 97 del mencionado Decreto-Ley No. 35, de 13 de abril de 2021 [GOR-O (92), p. 2543], cuya virtualidad o inmaterialidad se erige en un gran desafío para los tradicionales principios relativos a la aplicación espacial del Derecho penal nacional, concebidos a la vista de elementos territoriales realmente tangibles, visibles y, hasta cierto punto, suficientemente controlables por el Estado, como son la tierra, el mar y el espacio aéreo.

## **4.2. NUEVA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**

En el Artículo 80.1 q) del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2585] se prevé, como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, la utilización de las TEL-TIC-SER, con el fin de facilitar la ejecución del delito, imposibilitar u obstruir su descubrimiento, o agravar sus consecuencias, la que puede aplicarse en cualquiera de los delitos previstos en la legislación sustantiva penal en los que sea factible emplear estas tecnologías y sus servicios, para lograr tales fines, excepto cuando el tipo legal lo incluya como uno de sus elementos objetivos, conforme a la regla establecida en el precepto 71.3 de la propia disposición (p. 2580).

En este sentido, se tomó en cuenta que la delincuencia se mueve hacia el uso cada vez más elevado de las TIC, para intensificar la efectividad de su labor ilícita, lo que incrementa la potencial lesividad social del delito, tanto por sus nocivas consecuencias como por la probabilidad de que los intervinientes activos queden impunes, debido a las dificultades reales de prevenir, detectar y enfrentar sus actos.

Esta previsión no es realmente novedosa en el sistema jurídico-penal sustantivo cubano, pues tuvo antecedente en el Artículo 41.V del vetusto CDS (Publicación de legislaciones, 1973, p. 165), después ausente en las posteriores leyes penales del país; con la reforma, se ha producido

una vuelta al pasado, adaptándolo a los nuevos tiempos. Su inserción en el texto legal fue objeto de disquisiciones y controversias; al efecto, se suscitaron dos posiciones:

1. La de quienes la consideraban necesaria, pero con una formulación general, parecida a la que tenía el CDS, en la que no importaba un objetivo concreto.
2. La de quienes alegaban que no era preciso tener en cuenta esa circunstancia porque, en un futuro inmediato, la tendencia estaría dirigida a que el delito fuera un fenómeno ciberdependiente, o sea, no concebido sin el uso de las TEL-TIC-SER. Este segmento planteaba, irónicamente, si sería pertinente una circunstancia atenuante, en lugar de la agravante, porque no estaba lejano el tiempo en el cual lo raro, inusual o extravagante sería que el hecho ilícito se cometiera mediante los métodos y medios tradicionales, por ejemplo, en un robo con fuerza en las cosas, fracturar una puerta a golpes de mandarina, cuando el agente tenga en su poder la tarjeta magnética que abre su mecanismo de seguridad.

Finalmente, el punto de equilibrio entre ambas posturas se halló en contemplar el empleo de estas tecnologías y sus servicios con determinados objetivos (facilitación del hecho delictivo, obstrucción de la investigación y persecución, magnificación de sus consecuencias lesivas).

### 4.3. FIGURAS PENALES AGRAVADAS

El legislador entendió que, al margen de la especial protección de las TEL-TIC-SER en una familia de delitos creada a ese efecto, otros tipos penales también debían recibir un incremento de las penalizaciones, cuando se cometieran con el empleo de medios informáticos, redes sociales o medios de comunicación social, en sus espacios físico y digital.

En tal sentido, el CPE [GOR-O (93), 2022] inserta dicha condición objetiva de punibilidad y sanciona el hecho con mayor rigor en los delitos siguientes:

- a) Propaganda contra el orden constitucional (Artículo 124.2.3, p. 2603).
- b) Difusión de noticias o predicciones falsas, con el propósito de provocar desórdenes o alteraciones públicos (Artículo 266.2, p. 2640).
- c) Instigación a delinquir (Artículo 268.4, p. 2640).

d) Falsificación de documentos públicos y bancarios o de comercio [Artículos 332.3 b) y 333.3 b)], «si los hechos consisten en introducir, alterar, borrar o suprimir datos informáticos que integran el documento, generando datos no auténticos, con la intención de que sean percibidos o utilizado [*sic*] en el tráfico jurídico como legítimos» (pp. 2658-2659).

e) Estafa [Artículo 423.3 e)], si «para ejecutar el hecho se introducen, alteran, borran o suprimen datos informáticos, o se interfiere de cualquier forma el funcionamiento de un sistema informático» (p. 2687).

f) Calumnia [Artículo 391.2 b), pp. 2675-2676].

g) Injuria [Artículo 392.2 b), p. 2676].

h) Actos contra la intimidad personal y familiar, la propia imagen y voz, identidad de otra persona y sus datos [Artículo 393.3 d), p. 2676].

i) Delitos contra la creación literaria y artística [Artículo 428.3 b)], si los hechos «se cometen a escala comercial y a través de medios o sistemas informáticos» (pp. 2688-2689).

A fin de lograr la mejor comprensión de esta condición objetiva agravante, el legislador identificó los medios de comunicación social como «las plataformas que comparten contenidos de interés público, a través de distintos formatos, canales y soportes» —Anexo 1 q) del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2694].

#### 4.4. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD

##### DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL UNIVERSO INFORMÁTICO

También, como consecuencia del necesario respeto al principio de legalidad que refrenda el propio texto jurídico penal en su Artículo 2.1 [GOR-O (93), 2022, p. 2558], y para satisfacer amplios reclamos de la doctrina y otros sectores de la sociedad cubana, el Título IX del CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2644-2646] contiene un conjunto específico de figuras típicas que están perfiladas para proteger determinados bienes jurídicos concretos, por lo que tienen vida propia, con independencia de otros tipos penales presentes en varias familias de delitos y que pueden ser cometidos empleando medios y tecnologías de esa naturaleza.

En cuanto a las ideas expuestas en el párrafo precedente, los expertos de los ministerios de IC y el Interior que intervinieron en la elaboración del anteproyecto de norma jurídica sustantiva pusieron especial énfasis en que esta familia de tipos delictivos, calificados por ellos como *deli-*

*tos cibernéticos*, tuviera una clara identificación de los bienes jurídicos que se protegen, en su caso la integridad, confiabilidad y disponibilidad de la información y las comunicaciones, además de la seguridad e indemnidad del equipamiento tecnológico y sus soportes, sin obviar que la ciberseguridad es un asunto de seguridad y defensa nacional en los momentos actuales, lo que permite que no sean confundidos ni mezclados con otros ilícitos que se cometen con el empleo de las TIC como instrumentos, o usando como medio los espacios virtuales que ofrecen las redes de comunicación social, que son los denominados *delitos cinéticos*, según la terminología que emplean comúnmente los especialistas en seguridad informática.

De lo anterior se infiere que la prioridad estuvo en que la nueva ley penal sustantiva ofreciera una tutela específica y concentrada, tanto al *software* como al *hardware* de los sistemas informáticos que, en la jurisprudencia española, se identifican como aquellos que permiten almacenar y procesar información, o sea, tanto las computadoras, impresoras, escáneres, memorias, lectores de código de barras, estructura de una red de computadoras, como los manuales de uso, sistema operativo, archivos, documentos, aplicaciones, bases de datos, entre otros (Morales, Fernández y Álvarez, 2018, p. 902), independientemente de que en ese texto normativo también debían coexistir ciertos tipos penales tradicionales que requerían una modernización producto del cambio en el modo de actuación de la delincuencia, ahora apoyada en el uso de las TEL-TIC-SER para atacar bienes jurídicos distintos a los que son objeto de análisis en el presente epígrafe.

Antes de reseñar las principales ideas respecto a figuras delictivas que integran esta familia, resulta necesario hacer referencia a algunos aspectos que son objeto de preocupaciones para un sector nada despreciable de los operadores jurídicos y de otras materias afines:

La creación de este nuevo conjunto de tipos penales ejemplifica la expansión del Derecho penal, sin que pueda decirse que se trata de una creación jurídico-positiva simbólica, a pesar de que hasta hoy en Cuba no haya sido juzgado ni uno de estos hechos típicos. Su inserción taxativa en el texto legal es necesaria por tres causas:

- *Primera*: La sociedad cada día se sumerge más en una dependencia de estas nuevas tecnologías, al punto de que llegará el momento en que nada se mueva sin su uso o aplicación.

- *Segunda:* Los nuevos delincuentes hicieron un infeliz y rápido descubrimiento del rendimiento adicional que les aporta su empleo a gran escala en la comisión de hechos ilícitos, a lo que se añade que también llegará el día en que, sin su uso y aplicación, poco podrán hacer en su faena criminal.
- *Tercera:* El vertiginoso desarrollo del Derecho internacional público en materia de prevención, investigación y enfrentamiento a los delitos cibernéticos y cinéticos, lo que ha dado paso a un creciente conjunto de instrumentos jurídicos internacionales que no pueden ser olvidados por el legislador en el proceso de creación de la ley interna del Estado, so pena de quedar al margen de la comunidad internacional.

Para poder incluir a las TEL-TIC-SER en la esfera de protección del Derecho penal, en atención a la vigencia del principio de legalidad que impera en la materia, era necesaria la transformación radical del tradicional concepto de *bienes*, cuya estima como cosas físicas no acoplaba con la inmaterialidad que tienen, por ejemplo, el espectro radioeléctrico y los casos de *software* o datos obrantes en un registro digital; se tornaba inteligente, entonces, mutar hacia otra definición legal que los abarcara.

De esa manera, en la disposición especial quinta a) de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4249] y en el apartado 1 e) de los términos y las expresiones anexos al CPE [GOR-O (93), 2022] se puntualizó que constituyen «bienes: los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos» (p. 2693). En realidad, tal concepto es una reproducción del que aporta el Artículo 2 d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, aprobada mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General de esta organización, el 31 de octubre de 2003 (ONU, 2004, p. 8).

No obstante, en la práctica judicial cubana, ya había sido introducida una definición al respecto, por el Dictamen No. 441, de 17 de marzo de 2014, del Consejo de Gobierno del TSP [GOR-O (15), 2014, pp. 329-330], emitido en virtud de la consulta que hizo a este órgano el ministro-presidente del Banco Central de Cuba, con el propósito de precisar el alcance de aquel término jurídico para calificar los delitos contemplados en la Convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional (2004, s.p.), así como para aplicar las sanciones accesorias

de comiso y confiscación de bienes. El máximo órgano judicial del país precisó que

bajo el concepto jurídico de bienes, figuran aquellas cosas que sirven al hombre para satisfacer sus necesidades, dando lugar a derechos reales que determinan relaciones jurídicas que, en correspondencia con lo normado en el apartado 1 del Artículo 46 del Código civil confieren a su titular, frente a cualquier otra persona jurídica o natural, la facultad de ejercitar su derecho dentro de los límites que establece el ordenamiento jurídico. (p. 329)

La determinación de las dinámicas consustanciales al territorio, el momento en el que se atacan o se usan las TEL-TIC-SER para la comisión de hechos delictivos, y el instante en que se producen sus efectos negativos, constituye un exigente ejercicio para los operadores del Derecho penal, en lo que concierne a la detección oportuna de hechos de esta naturaleza, su investigación efectiva y penalización.

Lo anterior se erige en una situación de orden empírico, más que teórico, porque la aplicación territorial, personal y temporal de la ley penal sustantiva a estos casos no debe constituir, en sí misma, un problema insalvable, habida cuenta de que el actual texto jurídico punitivo mantiene la tendencia de sus precedentes inmediatos, cuando se afilia a un criterio mixto, con predominio del principio de territorialidad, pero complementado por otros que posibilitan la aplicación extraterritorial (Quirós, 2002, pp. 55-56), entre ellos, el personal, regulado en los apartados del uno al tres, del Artículo 5, del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2560], que establecen que la ley penal cubana es aplicable a:

- a) Los cubanos y personas sin ciudadanía residentes en Cuba, que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba o son extraditados.
- b) Los cubanos que cometan un delito en el extranjero y sean entregados a Cuba para ser juzgados por sus tribunales, en cumplimiento de los tratados internacionales en vigor para la República de Cuba.
- c) Los extranjeros y personas sin ciudadanía, no residentes en Cuba, que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba y no son extraditados, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro y siempre que el hecho sea punible también en el lugar de su comisión; sin que sea exigible este último requisito, si el acto constituye un delito contra los intere-

ses fundamentales, políticos o económicos de la República de Cuba, o contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva, o es perseguible en virtud de tratados internacionales en vigor para la República de Cuba.

Respecto a lo antes dicho, el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], establece los siguientes parámetros que son aplicables a los hechos en estudio:

a) Un delito se considera cometido en territorio cubano, si la persona realiza en él actos preparatorios o de ejecución, aunque el resultado se produzca en el extranjero, o viceversa, conforme a lo preceptuado en el Artículo 4.5 (p. 2559). De este precepto, se infiere que el hecho tiene que estar vinculado de algún modo con el territorio nacional, sea antes, durante o después de su producción, lo que excluye aquellos otros eventos delictivos, cometidos extrafronteras nacionales en los que sus efectos tampoco afectan al país.

b) El lugar de comisión del hecho delictivo es aquel en el cual la persona ha actuado o ha omitido la obligación de actuar o en el que se produzcan sus efectos, de acuerdo con el Artículo 16.1 (p. 2562).

c) El momento de ejecución es aquel en el cual la persona ha actuado o ha omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca.

Por último, el uso y la aplicación de las TEL-TIC-SER en la sociedad cubana ha exigido la existencia de un marco legal administrativo amplio, que incluye el tema contravencional, de suerte que esto último motiva el lógico temor de que los ilícitos penales puros integrados en esta familia no se distingan adecuadamente de los tipos contravencionales vigentes.

Como actores, y a la vez testigos, del proceso de reforma del sistema jurídico-penal, se afirma que una de las mayores preocupaciones de los decisores políticos y los legisladores del país fue que, en la nueva norma jurídico-penal, se constatará el necesario deslinde entre *delito* y *contravención* en esta materia, a cuyo efecto se tuvieron en cuenta los criterios siguientes:

a) A diferencia de las infracciones contravencionales, que generalmente son cometidas por los administradores, operadores o usuarios de los sistemas, los ilícitos penales básicos y derivados pueden ser ejecutados por cualquier persona, o sea, que el sujeto activo es genérico (quien...),

con independencia de que en el apartado tres del Artículo 296 (p. 2696) se inserte una regla de agravación del marco sancionador, cuando el interviniente en el delito sea un funcionario, empleado u otra persona que tenga a su cargo la custodia, operación, seguridad o mantenimiento del sistema, red, base de datos, programa informático o medios, equipos o tecnologías para la difusión de señales satelitales, televisivas o radiales. Esta regla se justifica por la necesaria conminación a que deben quedar sujetas las citadas personas, como garantes en quienes recaen responsabilidades concretas relacionadas con la integridad y seguridad de las TEL-TIC-SER.

b) Estos tipos penales no están diseñados para formas culposas de comisión, o sea, son intencionales, con formulaciones tanto de dolo genérico como específico, según sea el caso.

c) En sentido general, describen formas activas de ejecución, por lo que se requiere que el sujeto comisor realice algún acto, que haga, pero no que deje de hacer.

Solo el tipo legal del Artículo 290 (p. 2645) contiene una forma omisiva de ejecución del hecho, sustentada en lo previsto en el Artículo 8.4 a) (p. 2559) del propio texto jurídico sustantivo, cuando el sujeto en quien recae el deber jurídico de impedirlo permita que otro no autorizado acceda a un sistema informático, soporte de información, programa de computación, base de datos o cualquier otra aplicación informática, o que lo(la) use, con el propósito de apoderarse, utilizar, conocer, revelar o difundir la información que se almacene, transmita o capture en (o a través de) estos.

El tratamiento que la ley penal sustantiva diseña, para enfrentar las acciones ilegales que lesionan o ponen en riesgo relevantemente los bienes jurídicos protegidos en esta familia, se compendia en tres capítulos:

- El primero, protege la seguridad de las TEL-TIC-SER, y la disponibilidad, integridad y confidencialidad de la información que contienen o procesan (artículos 289-294, pp. 2644-2645).

En cuanto a su contenido regulatorio, se argumenta que la *información* que se protege como bien jurídico se considera en las diferentes formas en que debe ser respetada su confidencialidad, integridad y disponibilidad, así como la de los sistemas informáticos en los que aquella se encuentra almacenada o a los que se transfiere (Acurio del Pino, 1997, p. 21).

Debido a la complejidad técnica de la materia, se recomienda a los operadores del sistema legal penal que se auxilien de las definiciones especializadas que ofrece la norma administrativa, para determinar el contenido del bien jurídico protegido en este capítulo. La Resolución No. 127 de 2007, del ministro de IC [GOR-O (93), 2022, pp. 899-910], en su Artículo 2 (p. 902), establece que la seguridad de las tecnologías de la información es aplicable a la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información tratada por los ordenadores y las redes de datos, y equipara la seguridad de aquellas a la de la información, los ordenadores, los datos y la informática.

Además, en esta norma jurídica se conceptualizan:

a) La *confidencialidad*, como la condición que asegura que la información no pueda estar disponible o ser descubierta por personas, entidades o procesos no autorizados, o para estas(os) (p. 908).

b) La *integridad*, cual la condición que garantiza que la información solo puede ser modificada, incluidos su creación y borrado, por el personal autorizado; o sea, significa que el sistema no debe modificar o corromper la información que almacene, o permitir que alguien no autorizado lo haga (p. 909).

c) La *disponibilidad*, como la propiedad que garantiza que los usuarios autorizados tengan acceso a la información y los activos asociados cuando se requiera; se significa que el sistema, tanto de *hardware* como de *software*, se mantiene funcionando y está en capacidad de recuperarse rápidamente en caso de fallo (p. 909).

Por otra parte, los tipos penales de los artículos 290, 291 y 292 (p. 2645) del citado capítulo exigen que el sujeto activo cometa el hecho *sin la debida autorización o sin estar debidamente autorizado*, elemento objetivo este que ha sido motivo de críticas, con base en que, supuestamente, nadie puede estar facultado para ejecutar acciones de la naturaleza prevista en dichas figuras delictivas. Quienes así piensan incurrir en un evidente error de apreciación, ya que las normas administrativas rectoras de la materia permiten que, en determinados supuestos, los administradores, operadores y usuarios de los sistemas informáticos accedan al contenido digital de estos con los propósitos que se insertan en esos preceptos, por lo que su actuación es lícita; de ello son preclaros ejemplos las definiciones legales y técnicas que aporta la Resolución No. 127 de 2007, [GOR-O (93), 2022, pp. 899-910], sobre la *confidencialidad, integridad y disponibilidad* de la información.

Al precedente argumento se agrega que el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] no es el único que emplea esta redacción, ya que en los artículos 264 y 264-bis de la ley penal sustantiva española (Morales, Fernández y Álvarez, 2018, pp. 902-904) también aparece este elemento objetivo como parte del *delito informático*.

- El segundo capítulo sanciona la difusión ilegal de señales satelitales, televisivas y radiales, servicios de telecomunicaciones u otros similares, a cuyo efecto el Artículo 295 (p. 2646) está diseñado para asegurar que la difusión de estas señales se ejecute conforme al modelo legal que el Estado fija para la actividad, desde el punto de vista del servicio a los intereses de la sociedad (bien jurídico protegido).

Dicho tipo penal se incluye en este título para seguir una sistemática en el objeto de protección de la ley penal, en este caso, la actividad de difusión, individual, colectiva o grupal, o masiva de la información, que se hace mediante las TEL-TIC-SER, la que no puede ser ejecutada por terceros no autorizados, con fines de lucro u otro tipo, incluido el del socavamiento de las bases ideológicas del sistema sociopolítico del país.

En el Artículo 55 de la CRC [GOR-E (5), 2019, p. 81] se regula que los medios fundamentales de comunicación social, en cualquiera de sus manifestaciones y soportes, son de propiedad socialista de todo el pueblo o de las organizaciones políticas, sociales y de masas; y no pueden ser objeto de otro tipo de propiedad, al tiempo que se concede al Estado la facultad exclusiva de establecer los principios de organización y funcionamiento de estos, recientemente regulados en una ley, aún no publicada en el momento en que se escribe este texto.

- El tercer capítulo, conformado por el Artículo 296 [GOR-O (93), 2022, p. 2646], agrupa las disposiciones complementarias, con el objetivo de introducir reglas para resolver el posible conflicto de normas, en consonancia con lo establecido en el Artículo 12 del propio CPE (p. 2561). A ese fin, se prevé que los delitos integrantes de esta familia se sancionan como tales, siempre que no constituyan otro de mayor entidad, y con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella.

También, contiene regulaciones destinadas a incrementar los marcos penales hasta el doble de sus límites mínimos y máximos, si el hecho produce un grave perjuicio, o se comete contra sistemas internacio-

nales o de otro país, o se ponen en riesgo el normal funcionamiento y desarrollo de sistemas, sectores y servicios vitales o estratégicos para la defensa y la seguridad nacional o la información oficial clasificada. O sea, que se hace referencia expresa a una tríada de condiciones objetivas de punibilidad que agravan las consecuencias penológicas.

Comparando esta previsión con la ley penal sustantiva española —Código penal de 1995, reformado en 2010 y 2015—, se aprecia que, en su Artículo 264, regula los que la jurisprudencia de ese país denomina *delitos informáticos*, y que forman parte de la familia de los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, insertados, específicamente, en los tipos penales que sancionan las acciones ilícitas causantes de daños a las TEL-TIC, aunque, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 573.2, también pueden ser catalogados como *delitos de terrorismo*, si los hechos se cometen con la finalidad de subvertir el orden constitucional, suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas, o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, o alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o provocar un estado de terror en la población o una parte de ella (Morales, Fernández y Álvarez, 2018, p. 902).

En lo atinente a la primera de estas condiciones objetivas de punibilidad, a diferencia de la expresión *grave perjuicio* que utiliza el Artículo 296 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2646], en el Código penal español concordado se emplean disímiles sintagmas para agravar la sanción, entre ellos, *perjuicio ocasionado*, *perjudicado gravemente* y *daños de especial gravedad*. La jurisprudencia de ese país entiende que el resultado grave de los daños causados en los datos informáticos debe ser analizado casuísticamente, atendiendo a criterios que permitan percibir esa gravedad, como pueden ser: la pérdida definitiva de los datos informáticos o la posibilidad de recuperarlos, y, en este último caso, el costo económico de la reparación, la complejidad técnica de los trabajos de recuperación, la duración de las tareas dirigidas a ella y el valor del perjuicio causado al titular, bien como lucro cesante o como daño emergente (Morales, Fernández y Álvarez, 2018, pp. 903).

El legislador cubano, en cambio, evitó emplear el término *daños*, ya que este se asocia a criterios cuantitativos directamente derivados del contenido regulatorio del Artículo 85 del Código civil (Pérez Gallardo, 2019,

p. 116), cuyo significado es estrecho para los ilícitos de la naturaleza analizada; de ahí que se empleara la expresión *grave perjuicio*, como una condición objetiva de punibilidad que agrava el marco sancionador del correspondiente delito cometido, de acuerdo con el Artículo 296.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2646].

La segunda condición objetiva de punibilidad se asocia al normal funcionamiento de las relaciones internacionales y entre los Estados, ya que cualquier injerencia en estos, mediante agresiones a sus sistemas de TEL-TIC-SER, pueden ocasionar consecuencias graves al país. Esta circunstancia fáctica, en el caso hispano, provoca que el ilícito se convierta en un *delito de terrorismo*, si se desestabiliza gravemente el funcionamiento de una organización internacional, mientras que, en el cubano, aquel se integrará cuando, además de cometerse el hecho contra sistemas internacionales o de otro país, esté presente en el sujeto activo el propósito concreto de intimidar u obligar a un gobierno u organización internacional a realizar un acto o abstenerse de realizarlo, o provocar afectaciones a la paz internacional o la seguridad del Estado.

La última condición objetiva de punibilidad, o sea, la referida a poner en riesgo el normal funcionamiento y desarrollo de sistemas, sectores y servicios vitales o estratégicos para la defensa y la seguridad nacional, está asociada a lo que se conoce como *infraestructura crítica de la información*, que aparece definida en el Artículo 4, inciso m), del proyecto de Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos (2021, p. 7).

## V. CONCLUSIONES

El contenido de los artículos 8, 11 y 16, incisos i) y m), de la Constitución y la trascendental importancia de esta materia para la sociedad cubana exigieron que la ley penal sustantiva cubana ofreciera un tratamiento protector a las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios.

El proceso de modernización de la ley penal sustantiva, en este ámbito, constituyó una de las políticas más trascendentales de la reforma del sistema jurídico-penal, y uno de sus principales aciertos, en general.

Existen antecedentes de disposiciones normativas, penales y administrativas, que demuestran que el tema, según su estado de desarrollo en cada momento, no fue ajeno a la atención del legislador.

Son varios los instrumentos jurídicos internacionales que incluyen directrices sobre la protección de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios, entre los que son relevantes: el Convenio, la Constitución y el Reglamento de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (2012, s.p.), el Convenio de Budapest y las Declaraciones de los congresos internacionales XIV y XV sobre el tratamiento al delito y la justicia penal.

Como parte del desarrollo del Derecho internacional público en esta materia, en el seno de la ONU hoy se debate un proyecto de Convención internacional sobre la lucha contra la utilización de las TIC con fines delictivos, cuyas propuestas fueron tenidas en cuenta y se incluyeron en el texto del Código penal.

Los distintos elementos normativos que la nueva ley penal sustantiva enfoca en la protección de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios, se sustentan en los antecedentes nacionales y referentes internacionales, además de haberse nutrido con los criterios y las propuestas de especialistas de los ministerios de las Comunicaciones y del Interior, sobre todo, en temas de seguridad informática, ciberseguridad y enfrentamiento al ciberdelito.

La estrategia de protección real y efectiva a las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios, en el Código penal, está estructurada sobre la base de los elementos siguientes:

- La inclusión del espectro radioeléctrico, como parte del territorio nacional, en el que pueden ocurrir hechos delictivos sancionables por los tribunales cubanos.
- El diseño de una circunstancia agravante de la responsabilidad penal y de figuras agravadas en 10 tipos penales, debido al empleo de las tecnologías de la información y la comunicación, las redes sociales o los medios de comunicación social.
- La conformación de una familia específica de delitos que protegen la integridad de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios.

Sobre este tema no está dicha la última palabra; existe conciencia de la necesidad de que el campo de protección de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios se mantenga en constante actualización; así lo exigen el desarrollo vertiginoso de estas y su aplicación exponencial en todas las esferas de la sociedad, causante de que, cada día, crezca su empleo en la ejecución de cualquier tipo de actividad delictiva, o a que ellas sean objeto de acciones ilícitas.

Cualquier variante futura en el desarrollo del Derecho penal convencional deberá tomar en cuenta que, en principio, este constituye un arma para ser empleada por el Estado como *ultima ratio*, solo para prevenir y enfrentar aquellas acciones u omisiones que entrañen mayor lesividad en la integridad de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación, y sus servicios; mientras que, en los demás casos, se deberá seguir acudiendo al Derecho penal administrativo o contravencional.

## VI. REFERENCIAS

Acurio del Pino, S. (1997). *Delitos informáticos. Generalidades*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. [http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb\\_ecu\\_delitos\\_inform.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_delitos_inform.pdf)

Antón Oneca, J. (1970). El Código penal de 1870. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2(23), 229-252. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1970-20022900252](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1970-20022900252)

Código de defensa social, de 4 de abril de 1936. (1973). Publicación de legislaciones (vol. 3, ed. de bolsillo). MINJUS.

Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. (Agosto 6, 2021). Informe sobre la ejecución de la Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea para la década digital. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/e1315d6e-114f-11ec-b4fe-01aa75ed71a1/language-es>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2015). *Examen de la armonización de la ciberlegislación*

*en América Latina.* [https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2015d4\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2015d4_es.pdf)

Conferencia regional de políticas y estrategias sobre cibercriminos en la Comunidad del Caribe, celebrada en Santo Domingo. (Junio 12-14, 2019). Consejo de Europa. <https://rm.coe.int/3148-1-1-3-dom-rep-outline-regconfstrategiespoliciescyber-12-14jun2019/168094e79c>

Consejo de Gobierno, Tribunal Supremo Popular. (Marzo 17, 2014). Dictamen No. 441. GOR-O (15), 329-330.

Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.

Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos (proyecto). (2021). Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. [https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/Comments/RF\\_28\\_July\\_2021\\_-\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/Comments/RF_28_July_2021_-_S.pdf)

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. (2004). Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito. [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. (2004). En Instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas. <https://www.hchr.org>

Convenio de Budapest, relativo al enfrentamiento a la cibercriminalidad en el marco europeo. (Noviembre 23, 2001). [https://www.oas.org/juridico/english/cyb\\_pry\\_explanatory.pdf](https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_explanatory.pdf)

Convenio, Constitución y Reglamento de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones, de 22 de diciembre de 1992. (2012). *Derecho internacional, instrumentos administrativos.* <https://www.dipublico.org/10356/convenio-constitucion-y-reglamento-de-la-UIT>

Declaración de Kioto, sobre la promoción de la prevención del delito, la justicia penal y el estado de Derecho: hacia el cumplimiento de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. (2021). Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. <https://www.unodc.org/documents/commissions/Congress/>

[Kyoto\\_Declaration\\_booklet/21-02818\\_Kyoto\\_Declaration\\_eBook\\_S.pdf](#)

- Decreto-Ley No. 157, De los servicios de telecomunicaciones de carácter limitado. (Enero 18, 1995). GOR-O (5), 65-68.
- Decreto-Ley No. 370, Sobre la informatización de la sociedad cubana. (Diciembre 17, 2018). GOR-O (45), 763-777.
- Decreto-Ley No. 389, Modificativo del Código penal, de la Ley contra actos de terrorismo y de la Ley de procedimiento penal. (Octubre 8, 2019). GOR-E (27), 155-159.
- Decreto-Ley No. 35, De las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación y el uso del espectro radioeléctrico. (Abril 13, 2021). GOR-O (92), 2525-2548.
- Decreto-Ley No. 360, Sobre la seguridad de las tecnologías de la información y la comunicación, y la defensa del ciberespacio nacional. (Mayo 21, 2021). GOR-O (92), 786-801.
- Decreto No. 171, De las contravenciones personales de las regulaciones del uso del espectro radioeléctrico. (Abril 30, 1992). GOR-O (5), 49-52.
- Decreto No. 42, Reglamento general de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información y la comunicación. (Mayo 24, 2021). GOR-O (92), 2548-2562.
- Decreto No. 43, Reglamento sobre el uso del espectro radioeléctrico. (Mayo 24, 2021). GOR-O (92), 2562-2575.
- Informe del 13.º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. (2015). Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. [https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/Report/ACONF222\\_17s\\_V1502932.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/Report/ACONF222_17s_V1502932.pdf)
- Ley No. 21, Código penal. (Febrero 15, 1979). GOR-O (3), 47-268.
- Ley No. 62, Código penal. (Diciembre 30, 1987). GOR-EES (3), 51-97.
- Ley No. 87 de 1999, Modificativa de la Ley No. 62 de 1987. (2008). Université de Fribourg. [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20080616\\_25.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_25.pdf)
- Ley No. 93, Contra actos de terrorismo. (Diciembre 20, 2001). GOR-E (14), 63-70.

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

Ley No. 147, Del proceso penal militar. (Diciembre 21, 2021). GOR-E (12), 575-715.

Ley No. 149, De protección de datos personales. (Mayo 14, 2022). GOR-O (90), 2463-2479.

Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 22, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.

Ley No. 152, De ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.

Morales García, O., Fernández Palma, R. y Álvarez Feijoo, M. (2018). *Código penal con jurisprudencia* (3.ª ed.). Aranzadi.

Núñez Núñez, E. R. (1954). *Ley de enjuiciamiento criminal* (2.ª ed. corregida, aumentada y puesta al día por D'Estéfano Pisani, M. A., t. 2). Jesús Montero.

Pérez Gallardo, L. (2019). *Ley No. 59/1987. Código civil de la República de Cuba* (actualizado, anotado y concordado, 5.ª ed.). ONBC.

Quirós Pérez, R. (2002). *Manual de Derecho penal* (vol. 1). Félix Varela.

Recomendación de la Conferencia de ministros de Justicia de los países iberoamericanos relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia. (2014). <https://ficp.es/wp-content/uploads/Recomendacion-Ciber-VERSI%C3%93N-A-LA-FIRMA.pdf>

Recomendaciones de las reuniones de la Red Iberoamericana de Ministerios Públicos especializados en ciberdelincuencia, celebradas en Lisboa. (2018). Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-ciberdelincuencia/documentos/presentacion-red-ciberdelincuencia-en-asamblea-general-2018>

Recomendaciones de las reuniones de la Red Iberoamericana de Ministerios Públicos especializados en ciberdelincuencia, celebrada en Santiago de Chile. (2019). Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. <https://www.aiamp.info/index.php/redes-permanentes-aiamp/red-de-ciberdelincuencia/documentos/conclusiones-ii-reunion-ciberred-castellano>

- Resolución No. 98, del ministro de Comunicaciones, sobre el carácter limitado al servicio de telecomunicaciones destinado al turismo, cuerpo diplomático acreditado en el país y a otras personas admitidas al servicio, mediante contratación. (Abril 17, 1995). GOR-O (16), 248-250.
- Resolución No. 99, del ministro de Comunicaciones, que declara de carácter limitado las señales de televisión no nacionales. (Abril 17, 1995). GOR-O (16), 250-252.
- Resolución No. 127, del ministro de la Informática y las Comunicaciones, Reglamento de seguridad para las tecnologías de la información. (Agosto 30, 2007). GOR-O (57), 899-910.
- Resolución No. 128, del ministro de la Informática y las Comunicaciones, Reglamento de la seguridad de las TIC y el ciberespacio nacional. (Junio 24, 2019). GOR-O (45), 831-840.
- Resolución No. 74/247, Asamblea General de la ONU, de 27 de diciembre de 2019, Lucha contra la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones con fines delictivos. (Enero 20, 2020). Organización de Naciones Unidas. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/440/32/pdf/n1944032.pdf?token=xkZlqr1YNmRoTEEqDo&fe=true>
- Resolución No. 105, ministro de la Informática y las Comunicaciones, Reglamento sobre el modelo de actuación nacional para la respuesta a incidentes de ciberseguridad. (Agosto 17, 2021). GOR-O (92), 2575-2589.
- Resolución No. 107, ministro de la Informática y las Comunicaciones, Reglamento para el uso de los servicios de radiocomunicaciones por satélites. (Agosto 17, 2021). GOR-O (92), 2589-2593.
- Resolución No. 108, ministro de la Informática y las Comunicaciones, Reglamento de interconexión, acceso e instalaciones esenciales de redes de telecomunicaciones. (Agosto 17, 2021). GOR-O (92), 2593-2601.
- Rovira del Canto, E. (2001). Tratamiento penal sustantivo de la falsificación informática. En López Ortega, J. J. (Dtor.). *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, (10), 457-508.

# LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA ADECUACIÓN JUDICIAL

## *JUDICIAL APPROPRIATENESS OF GENDER-BASED VIOLENCE*

### ■ LIC. YANAY PÉREZ OBREGÓN

Vicepresidenta, Tribunal Provincial Popular de Ciego de Ávila, Cuba

<https://orcid.org/0009-0004-2024-9783>

[yanay@tsp.gob.cu](mailto:yanay@tsp.gob.cu)

### ■ LIC. CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ

Jueza profesional, Tribunal Provincial Popular de Ciego de Ávila, Cuba

<https://orcid.org/0009-0009-0919-671X>

[clau.mahe00@gmail.com](mailto:clau.mahe00@gmail.com)

## Resumen

La violencia contra las mujeres por cuestiones de género ha estado presente en todas las culturas, a lo largo de la historia de la humanidad, como una circunstancia restrictiva del desarrollo femenino, cuya máxima expresión ha sido el maltrato físico o psicológico. Este artículo pretende fundamentar, a partir de un enfoque doctrinal y comparado, las pautas interpretativas a seguir para la determinación judicial de la sanción en los delitos asociados a la violencia de género, luego de la entrada en vigor del nuevo Código penal, para garantizar la protección de las mujeres víctimas. Se propone, además, arribar a una sistematización teórica del concepto de violencia de género, que resulte de utilidad para la evaluación e identificación del fenómeno por parte de los operadores del Derecho.

**Palabras clave:** Violencia; género; mujeres; víctimas.

## Abstract

*Gender violence against women has been present in all cultures throughout human history as a restrictive circumstance of female*

*development, the maximum expression of which has been physical or psychological abuse. This article aims to provide a basis, from a doctrinal and comparative approach, for the interpretative guidelines to be followed for the judicial determination of the punishment for crimes associated with gender violence, following the entry into force of the new Criminal Code, in order to guarantee the protection of women victims. It is also proposed to arrive at a theoretical systematisation of the concept of gender violence, which will be useful for the evaluation and identification of the phenomenon by legal operators.*

**Keywords:** *Violence; gender; women; victims.*

## Sumario

I. Introducción; II. Violencia de género y adecuación judicial de la sanción; III. En la legislación penal sustantiva; IV. Conclusiones; V. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

La violencia tiene un origen plurifactorial y manifestaciones multifacéticas; se caracteriza por ser una construcción social de entidad histórico-cultural. Como forma de relación, ha coexistido en las prácticas sociales desde el nacimiento mismo de la civilización y se erige como un fenómeno que ha evolucionado en consonancia con el desarrollo de la sociedad. En la actualidad, la violencia se ha convertido en un problema de extraordinaria magnitud, que requiere de la máxima preocupación de los gobiernos y la sociedad civil de las diversas naciones. A tenor con su complejidad, «reclama respuestas de entidad multidisciplinaria que incluyan los enfoques: psicológico, psiquiátrico, criminológico, sociológico, entre otros; con vistas a prevenirla, estableciendo acciones protectoras y regulativas que mejoren las condiciones de vida social, comunitaria y familiar» (Hunnicut, 2009, p. 2).

Este flagelo ha experimentado un auge debido a la crisis política, social y económica que aflige a la humanidad, y se manifiesta con mayor énfasis en los sectores más vulnerables de los diferentes países. La violencia puede ser ejercida por los hombres hacia las mujeres y viceversa, pero suele identificarse, comúnmente, con el primero de estos segmentos debido a la subordinación propia de la sociedad patriarcal.

Ella ha sido una constante en todas las culturas, como una circunstancia restrictiva del desarrollo femenino, cuya máxima expresión es el maltrato físico o psicológico, en manos de la pareja o expareja sentimental; es innegable el antecedente histórico patriarcal y el reconocimiento de su incidencia en el tema en examen, que le permitió transitar de una cuestión privada a un problema social (Marroquí, 2020, p. 23).

Desde las épocas más remotas de la cultura humana, se ha manifestado la subordinación de las mujeres con respecto a los hombres. Este fenómeno no se ha limitado solo a concebir la inferioridad femenina, sino que ha trascendido las fronteras de lo racional, hasta llegar a revelarse mediante comportamientos agresivos, acreditados por el patriarcado y ratificados, luego, por las sociedades ulteriores, que conforman la ya histórica y universal violencia de género (Battenberg, 2019, p. 2).

En esta se manifiestan diferentes modalidades y clasificaciones, reconocidas con el paso de los años, con mayor frecuencia en el ámbito familiar; sin dudas, es un fenómeno multicausal, condicionado por factores sociales, económicos, psicológicos, jurídicos, culturales y biológicos, o también factores de riesgo como el alcoholismo, la drogodependencia, la pobreza, el desempleo y el hecho de haber sufrido o presenciado situaciones de violencia en la infancia. En cada uno de estos casos, se evidencia el *ciclo de la violencia*, al cual se acude para explicar «el inicio y [la] perpetuación de las conductas constitutivas de violencia de género» (Medina, 2020, p. 2).

En aras de erradicar tal fenómeno o evitar su reiteración, al máximo posible, se han desarrollado políticas públicas, impulsoras de numerosas reformas legislativas, que diversifican las vías de solución de conflictos, al introducir, en los procedimientos, mecanismos autocompositivos, con menores costos en lo emocional, económico y temporal, y una influencia positiva en las relaciones posteriores al conflicto, dada la sensación final de solución a las necesidades de justicia de las partes.

Con los cambios legislativos acontecidos en Cuba, la protección contra la violencia de género dio un gran paso de avance, al incluirse en varios delitos regulados por el Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] figuras agravadas que buscan una mayor severidad en los marcos penales en los casos en que esté implícita dicha circunstancia.

Ello está en consonancia con los propósitos de la ONU que, desde la IV Conferencia mundial sobre la mujer, celebrada en Beijing (1995), estableció entre sus objetivos estratégicos la lucha contra la violencia, con

especial énfasis en aquella que es ejercida sobre las mujeres, dándole así un papel protagónico a este sector en la sociedad, para lograr una equidad entre ambos sexos, tanto en las leyes como en la práctica.

La confluencia de altos índices de delitos asociados a la violencia de género, la alta proclividad de las mujeres a convertirse en víctimas de esta, así como las técnicas avanzadas de reducción o solución de conflictos de este tipo de delitos, llevan a cuestionarse, a partir de la entrada en vigor del CPE, ¿cuáles serían las pautas interpretativas que debieran considerarse para la adecuación judicial de la sanción en los delitos que se cometan como consecuencia de este tipo de violencia, para proteger a la mujer víctima?, problema científico al que se dedica el presente trabajo.

La hipótesis parte de que, para la adecuación judicial de la sanción, en los delitos cometidos como consecuencia de la violencia de género, sería esencial una correcta identificación de estos actos ilícitos, con vistas a aplicar lo regulado en el CPE, a cuyo efecto podrán contribuir la transversalización de la perspectiva de género en la impartición de justicia, que favorezca la prestación de un servicio judicial libre de discriminación y la implementación oportuna y eficaz del Manual para el funcionamiento de la Defensoría.

Como objetivo principal se persigue, a partir de un enfoque doctrinal y comparado, fundamentar las pautas interpretativas para la adecuación judicial de la sanción en los delitos cometidos como consecuencia de la violencia de género, a fin de lograr la protección de las mujeres víctimas.

Para llevar a feliz puerto tal cometido, se acude a los métodos histórico-lógico, empleado para estudiar el desarrollo del fenómeno de la violencia, específicamente la de género, y facilitar así el conocimiento evolutivo y contextual del tema; de análisis-síntesis, con vistas a descomponer toda la información recopilada, con la finalidad de adentrarse en el conocimiento de las nuevas formas en las que se encuentra regulada la protección contra la violencia de género en la legislación cubana actual; y el jurídico-comparado, al objeto de ofrecer un panorama general del sistema legislativo penal de los países de América Latina y el Caribe, con el auxilio de las técnicas de revisión de documentos, textos y legislaciones, incluido el examen de las fuentes bibliográficas exponentes de las posiciones teórico-doctrinales de los principales tratadistas de la materia, y los disímiles criterios respecto a la temática investigada.

## II. VIOLENCIA DE GÉNERO Y ADECUACIÓN JUDICIAL DE LA SANCIÓN

Para lograr definir la violencia de género, se debe lograr un entendimiento sobre el significado de este último vocablo, el cual se refiere a «los roles, [las] características y oportunidades definidos por la sociedad que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños, las niñas y las personas con identidades no binarias» (Moreno, 2018, p. 3).

Varios autores, como Mirat, Armendáriz, García Mina y Sanmartín coinciden respecto a que este tipo de violencia no es un hecho producto de determinadas sociedades, clases sociales, fronteras, grupos étnicos, edades o religiones, sino un fenómeno que existe desde el origen de la sociedad patriarcal (Gorjón, 2010, pp. 1-3).

El Artículo 1 de la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993) define la violencia de género como

todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en la vida pública como en la vida privada. (s.p.)

Fernández (2003) señala que

este tipo de violencia es utilizada [*sic*] como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Comprende la violencia física, sexual y psicológica incluidas las amenazas, la coacción, o la privación arbitraria de libertad, que ocurre en la vida pública o privada y cuyo principal factor de riesgo lo constituye el hecho de ser mujer. (p. 11)

Mirat y Armendáriz (2007), por su parte, la identifican como

cualquier acto de violencia sufrido por una mujer por su pertenencia al género femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico y que abarca el homicidio, las lesiones, las amenazas, las coacciones, la privación arbitraria de la libertad, la libertad sexual y los tratos degradantes, tanto en la vida pública como en la privada. (p. 12)

Moreno (2008) la equipara a «la violencia que los hombres ejercen contra las mujeres basándose en la ideología del patriarcado o del machismo representada por la dominación legítima masculina sobre la mujer y situándolas en una posición familiar, social y laboral secundaria» (p. 49); mientras que Bachman y Saltzman (1995) explican que dicho concepto «debe involucrar todos aquellos actos violentos que debido a sus características y manifestación sufren las mujeres», en la medida en que, debido a la costumbre, se han visto sometidas a la dominación masculina y encargadas de cumplir un rol social específico (p. 68).

En sentido similar, afirma Rodríguez (2011) que por aquella se entiende

todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que causa o es susceptible de causar a las mujeres daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual, incluidas las amenazas de tales actos y coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. (p. 4)

Ello contrasta con la opinión de Corsi (2009), quien expone que ella se refiere a

todas las formas mediante las cuales se intenta perpetuar el sistema de jerarquías impuesto por la cultura patriarcal. Se expresa a través de conductas y actitudes basadas en un sistema de creencias sexista y heterocentrista, que tienden a acentuar las diferencias apoyadas en los estereotipos de género, conservando las estructuras de dominio que se derivan de ellos. (pp. 3-4)

Quesada (2015) sostiene que el ejercicio de esta forma de violencia «refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre hombres y mujeres, puesto que es una violencia ejercida por quien posee o cree poseer un poder legitimado desde una posición de dominación» (p. 110).

Esa asimetría viene definida por los géneros femenino y masculino, contruidos socialmente y constantemente afectados por el poder social que impone un tipo de feminidad y masculinidad, que, a su vez, definen comportamientos y actitudes diferenciados y que afectan a la totalidad de la vida social, y por ende, a las relaciones sentimentales que se establece en las parejas (Quesada, 2015, pp. 112-113).

En el ámbito patrio, González (2009) advierte que

agrupa todas las formas de violencia que se ejercen por parte del hombre sobre la mujer en función de su rol de género: violencia sexual, tráfico de mujeres, explotación sexual, mutilación genital, etc. independientemente del tipo de relaciones interpersonales que mantengan agresor y víctima, que pueden ser de tipo sentimental, laboral, familiar, o inexistentes. (p. 4)

Por la misma ruta transita Armas (2022), para quien la violencia de género es

una forma extrema de la discriminación y representa una problemática compleja y estructural, [que] se funda en la desigualdad jerárquica entre hombres y mujeres constituyendo [sic] una violación de los derechos humanos, en la que se conectan otros ejes de opresión como la clase social, el color de la piel, la ocupación, la sexualidad, el territorio y las situaciones de discapacidad. (p. 4)

Para Proveyer, la cuestión «se puede analizar desde una perspectiva interactiva, social, como un proceso relacional» (Jiménez y Rodríguez, 2010, p. 41).

Estos conceptos, con variaciones menores, pueden encontrarse en distintos materiales; todos ellos remiten a un asunto de vital importancia, con un impacto trascendental en la vida y las sociedades, no percibido en su real dimensión.

La primera parte de estos conceptos lleva a la idea de que la sociedad realiza asignaciones sobre las personas por el hecho de haber nacido hombre o mujer. Sin embargo, este dato, en tanto biológico, no determina el carácter, los gustos, la vestimenta y, mucho menos, qué lugar social se ocupa o cómo establecer las relaciones con los demás individuos.

Estas características y formas de ser son determinadas socioculturalmente; por eso, varían de acuerdo con la sociedad y el tiempo histórico que se analice. Lo que las culturas depositan sobre la base biológica se identifica como *hombres y mujeres*; esta construcción impacta, más que ninguna otra, en la personalidad y en lo que cada quien llega a ser en el futuro.

Desde esa perspectiva, la Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario familiar, aprobada mediante el Acuerdo No. 9231, del Consejo de Ministros (CM) [GOR-E (101), 2021,

pp. 837-874], define la violencia de género como «la forma extrema de la discriminación por motivos de género [que] representa una problemática compleja y estructural, cuya existencia se funda en la desigualdad jerárquica que existe entre hombres y mujeres» (Artículo 4.1, p. 2).

Si se hace un análisis de todas las definiciones realizadas, tanto por autores extranjeros como cubanos, se entenderá que la violencia de género es aquella que la persona dominante (hombre) ejerce sobre la mujer y le causa un daño o sufrimiento físico, psicológico o sexual; con lo cual afecta, también, a la totalidad de la vida social. Por ende, es un factor de desequilibrio en la relación interpersonal y mantiene la desigualdad subyacente y estructural hacia la mujer.

Las acciones violentas se dividen en criminalizadas y no criminalizadas: las primeras, reguladas en las leyes penales sustantivas como delitos; y el resto, sujetas a otras normativas del ordenamiento, lo que no apunta hacia el silencio o la impunidad, sino hacia un uso justo y razonable de los preceptos de la norma penal. Esta violencia se manifiesta de diferentes formas como: económica, psicológica o emocional, física, sexual, en línea o digital, las que se cuentan entre las más frecuentes.

La violencia económica es aquella que incluye la privación intencionada y no justificada legalmente de los recursos necesarios para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas(os), o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja. En esta, el maltratador considera que la mujer es incompetente y no administra bien el dinero o lo gasta en cosas innecesarias, por lo que no puede tomar decisiones sobre el destino del gasto (Alonso, 2011, p. 9).

La violencia psicológica o emocional es una acción —verbal o económica, por lo general—, que provoca daño psicológico en la mujer y actúa sobre su capacidad de decisión. Incluye el empleo de mecanismos de control y comunicación atentatorios contra su integridad psicológica, bienestar, autoestima o consideración, tanto pública como privada.

Se trata de acciones u omisiones que comprenden una extensa gama de situaciones, como menosprecio, ataques verbales, insultos, humillaciones, amenazas, coacciones o gritos, entre otras (Monjo, 2011, p. 9), que ocasionan que la fémina se sienta en una situación de inferioridad y se vea como el factor débil de la relación.

La violencia física, en cambio, se caracteriza por que el agresor causa daño a su pareja o intenta ocasionárselo mediante el empleo de la fuerza física —golpes, patadas, quemaduras, sujeción, pellizcos, empujones, bofetadas, tirones de cabello, mordidas, consumo obligado de alcohol o drogas, denegación de atención— (Rodríguez, 2011, p. 5). Esta forma de maltrato encuentra un fuerte rechazo en las leyes, las que prevén sanciones muy rigurosas para quienes la cometen.

La violencia sexual implica cualquier acción que vulnere el derecho de la mujer de decidir acerca de su vida sexual o reproductiva. Comprende desde el acoso verbal hasta la penetración forzada, incluidos distintos tipos de coacción, como la presión social y la intimidación, la violación en el matrimonio o citas amorosas, las insinuaciones sexuales no deseadas y otras manifestaciones (Benta, 2021, p. 2).

La violencia en línea o digital, también denominada *ciberviolencia*, es la que se realiza por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) —teléfonos móviles, internet, redes sociales, videojuegos, mensajes de texto, correos electrónicos—, con una gran incidencia en la actualidad, dado el adelanto tecnológico que ha experimentado la humanidad (Rodríguez, 2011, p. 6). Una de sus facetas es la de exponer a las mujeres ante la sociedad como el grupo débil, carente de personalidad e incapaz para tomar sus propias decisiones.

Las condiciones creadas por la pandemia (confinamiento, restricciones a la movilidad, mayor aislamiento, estrés e incertidumbre económica) provocaron un incremento de la violencia contra mujeres y niñas en el ámbito privado y, también, con el uso de las TIC. La violencia primaria, criminalizada o no criminalizada, y su impunidad aumentan. En la misma medida en que se engrosan los códigos penales y se multiplican las leyes penales especiales, disminuye la capacidad de respuesta de los sistemas penales y se incrementa su selectividad sobre aquellos que se encuentran más alejados de los centros de poder y presentan, por su falta de preparación, cultura y recursos, una mayor vulnerabilidad para ser seleccionados y criminalizados por ese sobresaturado sistema penal (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 16).

En la actualidad, la sociedad sigue arraigada a la cultura patriarcal; las mujeres son las principales víctimas de la discriminación, las agresiones y los acosos, aunque se desconocen las cifras reales del problema, pues la mayoría de las víctimas no denuncian tales hechos, ya sea por vergüenza o por el miedo hacia sus agresores. Existe una menor tole-

rancia social hacia la violencia, gracias a las constantes luchas que han mantenido las féminas por sus derechos; sin embargo, muchas mujeres todavía soportan un alto grado de violencia, en sus relaciones de pareja y fuera de ellas, de lo que no escapa ninguna clase social, religión ni nivel educativo (Lutzardo, 2018, p. 4).

Se aprecia un consenso internacional respecto a que «la violencia contra mujeres y niñas [...] debe considerarse como violencia basada en el género porque en gran medida surge de la situación de subordinación de las mujeres en relación a [sic] los hombres en la sociedad» (Ellsberg y Heise, 2007, p. 11).

En 1945, la Carta de las Naciones Unidas (Asamblea General..., s.p.) recogió, por primera vez, la igualdad de derechos de hombres y mujeres. En 1948, dicha organización aprobó la Declaración universal de los derechos humanos (Asamblea General..., s.p.), que recoge diversos preceptos en los que se reafirma la protección de hombres y mujeres como iguales. Así, lo establecen el dos: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política»; el tres: «todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», y el cinco: «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

Para la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, CEDAW (Instrumentos..., 2001), la expresión *discriminación contra la mujer*, comporta

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil. (Artículo 1, p. 242)

De las conferencias mundiales contra la discriminación de la mujer, patrocinadas por la ONU, hay cuatro reconocidas como las más importantes: México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995). Esta última marcó un antes y un después, en cuanto a la legislación a favor de igualdad de género. La conocida mundialmente como *Declaración y plataforma de acción de Beijing* (1995) establece objetivos y medidas para el empoderamiento de la mujer que incluyen: educación, capacitación, salud, violencia, conflictos armados, economía, ejercicio

del poder, adopción de decisiones, mecanismos institucionales para su adelanto, derechos humanos, medios de difusión, medio ambiente, etc.

Hasta 1997, se emitió un grupo de resoluciones acerca de la violación de los derechos de las mujeres (integridad de su cuerpo); luego, se han presentado numerosos proyectos legales, con el objeto de prevenir y penalizar la violencia de género, específicamente la que se produce en el ámbito doméstico y familiar, con la convicción de que uno de los problemas concretos a los que se enfrentan las víctimas es la inadecuada respuesta legislativa.

El 24 de enero de 2000, el Parlamento y el Consejo europeos, mediante la Decisión No. 293, pusieron en marcha la primera versión del programa *Daphne*, que abarcaba hasta 2003 (EUR-Lex, 2000), cuyo objetivo era garantizar un elevado nivel de protección de la salud física y mental de los niños, los adolescentes y las mujeres contra la violencia, incluidos los abusos y la explotación sexual. En los años subsiguientes, asumió modificaciones que lo fueron ajustando a las circunstancias de cada momento. De ahí, la existencia de *Daphne II* (2004-2008) y *Daphne III* (2007-2013) (BOE, 2007).

En 2011, se da a conocer el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia a la mujer y la doméstica (Estambul, 2011, p. 4), mediante el cual se obliga a los Estados firmantes a garantizar una serie de derechos. También, surge la Campaña europea de tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (2020), en el marco del Día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, que incluye la prevención y el enfrentamiento a malos tratos y agresiones físicas y psíquicas en los ámbitos privado y público.

Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú, República Dominicana, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá (Observatorio..., 2023) son algunos de los países latinoamericanos en los que ya se ha iniciado el proceso de reforma con el objetivo de dar respuesta a este fenómeno. En ese contexto, fue trascendental la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belém do Pará), adoptada el 9 de junio de 1994.

Países de Latinoamérica y del Caribe como son Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá tipifican en su legislación penal la muerte de mujeres en determinadas circunstancias, a la que denominan *femicidio*; mientras que países como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa

Rica, El Salvador, México, Perú y República Dominicana emplean el término *feminicidio* (Observatorio..., 2023).

El bien jurídico protegido, en todos los casos, es la vida, en adición a otros, como la tranquilidad y estabilidad de la familia, la protección de los menores de edad y la integridad corporal y sexual de las mujeres, los que se desprenden del contenido del tipo penal y las circunstancias agravantes. El sujeto pasivo debe ser una mujer, según regulan todos los países mencionados. Chile y Costa Rica son más restrictivos en sus previsiones; el primero de ellos, establece que la fémina ha de ser (o haber sido) cónyuge o conviviente del victimario, mientras que el segundo dispone que debe haber mantenido una relación de matrimonio o unión de hecho, declarada o no, con él (Observatorio..., 2023).

En los países analizados, la pena principal para el delito de femicidio es la privativa de libertad. En México se aplican, también, penas accesorias como la pérdida de derechos sucesorios en relación con la víctima. Las legislaciones de Perú, El Salvador, Nicaragua y Venezuela incrementan la sanción cuando concurren determinadas circunstancias, tales como la participación de más de dos personas en la comisión del delito, la implicación de funcionarios o empleados públicos, la existencia de vínculo afectivo o familiar entre el agresor y la víctima, o la presencia en esta de una situación de vulnerabilidad o discapacidad (Observatorio..., 2023).

Como se observa, internacionalmente, no solo existe una preocupación política por el tema, sino también una actualización del marco jurídico normativo en función de minimizar los delitos cometidos por violencia de género y uno de los elementos que lo distinguen es la severidad de la respuesta penal, expresada en la tipificación de nuevos delitos, la previsión de circunstancias de agravación de la sanción, generales y específicas, el incremento de los límites sancionadores en la privación de libertad y la incorporación de sanciones accesorias que se erigen en medidas efectivas para la protección de las víctimas.

### III. EN LA LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA

Como se ha visto, la violencia contra las mujeres está presente en todas las sociedades del mundo, independientemente del sistema político o económico de cada país; de hecho, en naciones como Cuba, en que las féminas han alcanzado un alto nivel de empoderamiento y reconocimiento sociales, también existen manifestaciones de ese corte

en la pareja, la familia y el círculo de amistades; la violencia no llega, usualmente, al extremo del feminicidio, sino que asume modalidades silentes y cotidianas que deterioran la calidad de vida de las víctimas.

Al igual que en el resto del orbe, en el país, la violencia de género está aparejada a los cambios de la sociedad, que dan lugar a nuevas tendencias, cuyas raíces están, de acuerdo con Proveyer, en la subordinación e infravaloración de las mujeres en el orden patriarcal característico de la sociedad cubana (Maturell, 2018, p. 2).

El marco jurídico nacional, en los últimos años, ha asumido un enfoque de género, aunque todavía puede ganarse en la búsqueda de mecanismos más efectivos. Entre las herramientas de que se dispone, se encuentran la Constitución de la República (CRC) [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116], el Programa nacional para el adelanto de las mujeres (PAM), aprobado por el Decreto presidencial No. 198, de 20 de febrero de 2021 [GOR-E (14), 2021, pp. 247-259], la Estrategia integral de prevención y atención a la violencia de género y en el escenario familiar —Acuerdo No. 9231, CM [GOR-E (101), 2021, pp. 837-874]—, el Código de procesos (CPR) [GOR-O (138), 2021, pp. 3977-4069], la Ley del proceso penal (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4252], el CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], la Ley de ejecución penal [GOR-O (94), 2022, 2697-2738] y el Código de las familias (CFS) [GOR-O (99), 2022, pp. 2893-2995].

La CRC [GOR-E (5), 2019, pp. 69-116] consagra la igualdad entre hombres y mujeres, y la dignidad humana como valor supremo del orden jurídico, previsiones a las que han de atenerse las demás leyes. El Artículo 43, párrafo segundo, de dicho texto, establece que

el Estado propicia el desarrollo integral de las mujeres y su plena participación social. Asegura el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello. (p. 16)

La ley penal sustantiva contiene 49 menciones a temas vinculados con la violencia de género y un artículo que aborda directamente el llamado, en otras latitudes, *feminicidio*, aunque sin asumir tal denominación. En criterio de las autoras, ello aún es insuficiente, pues el país debiera incorporar una ley específica para enfrentar estas manifestaciones. Pese a esa posibilidad, abierta al futuro, la reciente reforma penal refuerza la protección frente a aquel fenómeno.

En el momento de adecuar la sanción, el tribunal puede aumentar en un tercio el límite máximo del marco legal correspondiente, según lo dispuesto en el Artículo 75.1 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2582], tenidos en cuenta los requisitos establecidos en el segundo apartado del propio precepto, entre los que se encuentran: la entidad de la violencia manifestada en la actuación ilícita, su reiteración o habitualidad; el grado de afectación que provocó el delito en la víctima u otras personas de su espacio familiar; la recurrencia en la comisión de delitos de esta naturaleza y la necesidad de evitar que el sancionado incurra en nuevos hechos similares. Se orienta, así, la concreción, en cada caso, de la lesividad, en abstracto, del tipo penal calificado. Ello se complementa con el apartado tres, en el cual queda claro que, si bien el legislador prefiere las penas de internamiento, como medio de protección a tan relevante bien jurídico, pueden imponerse otras, según lo requiera el asunto particular enjuiciado. Además, pudiera ser factible cargar al sancionado con ciertas obligaciones por un período de hasta cinco años, sin exceder el de la sanción principal —Artículo 76, p. 2582.

El CPE incorporó la agravante prevista en el Artículo 80.1 n) [GOR-O (93), 2022, p. 2585], que se integra cuando el delito se comete por motivos de violencia de género o familiar, discriminación de sexo, género, orientación sexual, identidad de género, edad, origen étnico, color de la piel, creencia religiosa, discapacidad, origen nacional o territorial o cualquier otra condición o circunstancia personal que implique distinción lesiva a la dignidad humana; y, asimismo, la atenuante del Artículo 79.1 i), consistente en «cometer el hecho como consecuencia de haber sido objeto, de manera continua y persistente, de violencia de género o [...] familiar, proveniente de la víctima del delito» (p. 2584).

A su vez, se incluyó la violencia de género como circunstancia de agravación en las figuras delictivas de: ejercicio arbitrario de derechos, aborto ilícito, trata de personas, proxenetismo y otras formas de explotación sexual, venta, compra y tráfico de personas menores de edad, privación ilegal de libertad, acoso laboral, lesiones, amenazas, coacción, violación de domicilio, delito contra el derecho de igualdad, agresión sexual, acoso y ultraje sexual, corrupción de personas menores de edad, hurto, extorsión, chantaje, usurpación, estafa y daños —artículos 202.1.2, 356.1 b), 363.1, 364.1.2 d), 365.1.4 d), 371.2 d), 327.2 d), 350.1 a), 377.3 y 378.2, 379.3, 380.2, 388.1 y 388.3, 395.4 c), 397.3, 402.2 f) y 404.2, 410.2 f), 419.3, 420.2 c), 421.2, 423.3 c) y 426.4 c), por su orden.

Ello representa un colosal paso de avance con respecto a la ley precedente, que no contenía figuras penales agravadas por el motivo comentado. Loable es, también, la tipificación de la muerte de una mujer causada por motivos de género, como un delito de asesinato (Artículo 345.2, p. 2662).

La protección a las víctimas de violencia de género tiene un sentido amplio, al incluir a la pareja de hecho afectiva en la correspondiente circunstancia agravante, en las figuras delictivas en las que el cónyuge está concebido como sujeto pasivo del ilícito penal y en los delitos de atentado, asesinato, amenazas, acoso, ultraje sexual y chantaje.

El CPE prevé, además, la imposición de sanciones accesorias que buscan proteger a las víctimas de estos delitos y dotarlas de mayor seguridad, entre ellas, las de privación o suspensión de la responsabilidad parental, remoción de la tutela y revocación del apoyo para personas en situación de discapacidad, prohibición de acercamiento a víctimas, perjudicados u otras personas allegadas afectivamente —no reguladas con anterioridad—, previstas en los artículos 43.1 y 58.2 (pp. 2573 y 2577).

No obstante, en opinión de las autoras, lo anterior aún es insuficiente, si se tiene en cuenta que, por lo general, las víctimas se consideran, a sí mismas, corresponsables del actuar de sus victimarios, pues la sumisión en que han convivido con estos las hacen sentirse culpables. Ello acrecienta su vulnerabilidad en el proceso, máxime cuando no disponen de defensa técnica, por insuficiente asesoramiento o falta de recursos. Tal razonamiento indica que el problema jurídico-penal de la considerada como la *cenicienta* del proceso está lejos de ser erradicado.

Las previsiones anteriores exigen ser correlacionadas con el Artículo 155.2 del CFS [GOR-O (99), 2022], en el que se

prohíbe otorgar o mantener la guarda y el cuidado a quien haya sido sancionado por sentencia firme en proceso penal por delitos vinculados con la violencia de género o familiar, contra la libertad y la indemnidad sexual, contra la infancia, la juventud y la familia. (p. 2331)

De lo que sigue que, en los casos en que resulte sancionado(a) por alguno de esos ilícitos un padre o madre que detente la guarda y el cuidado, será recomendable la imposición de la sanción accesoria respectiva, en salvaguarda del interés de los(as) niños(as) y el medio familiar.

El juez, para adecuar la sanción en esta clase de ilícitos, ha de realizar un ejercicio cauteloso y medurado, tomados en consideración —de conjunto con los elementos antes esbozados, dirigidos a resguardar un conjunto de bienes jurídicos—, los efectos que puede tener su decisión en la persona condenada, quien, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 395 e) del CFS [GOR-O (99), 2022, p. 2373] estará imposibilitada de ser designada como tutora legal de un menor de edad y, asimismo, pudiera quedar incapacitada para ser heredera o legataria, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 469.1 f), del propio cuerpo legal (p. 2391), modificativo del Código civil.

La adecuación, como punto culminante en el camino de construcción de la decisión judicial, está precedida de la determinación de la armazón fáctica a que se arriba con el material probatorio practicado y del que hace parte esencial, en muchos casos, el testimonio de la víctima o el de quienes, por su cercanía a ella, hayan conocido —y hasta experimentado— su sufrimiento, en calidad de víctimas secundarias. Esa evaluación tiene algunas claves que no debieran soslayarse: no juzgar los actos de la víctima; no exigir a esta el mismo grado de coherencia o comportamiento que sería de esperar en cualquier otro testigo, no sometido a lo que ella ha vivido; no trasladar a la situación los estereotipos de género de que son portadores quienes deciden; sopesar todas las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores a los hechos, incluido el cauce procesal, en el que los derechos y las garantías de la persona afectada pueden haberse visto menoscabados, lo que, sin dudas, coadyuvará a precisar, de mejor modo, el grado de lesión al(los) bien(es) jurídico(s) protegido(s).

## IV. CONCLUSIONES

La violencia de género existe desde el origen de la sociedad patriarcal y constituye una forma de agresión física o psicológica, con causa en los roles tradicionalmente asignados a hombres y mujeres que consideran a esta en un plano de inferioridad con respecto a aquel; ella afecta la salud de quien la padece y el medio social en que se desenvuelve, y genera situaciones de desigualdad y discriminación, de las que son víctimas, en la mayoría de los casos, las mujeres y las niñas.

Las acciones violentas pueden estar criminalizadas o no: las primeras, encuentran previsión y respuesta en las leyes penales sustantivas, y las

demás, en otras normativas del ordenamiento, las que se conjugan razonablemente con aquellas.

A nivel internacional, se aprecia una preocupación creciente por implementar mecanismos eficaces de protección frente a la violencia de género. Desde esa perspectiva, numerosos países han actualizado sus legislaciones internas para, entre otras medidas, prever nuevos tipos delictivos y agravar la reacción jurídico-penal. Cuba, tras las reformas recientes de su normativa, se encuentra en consonancia con dichos sistemas.

La adecuación judicial de la sanción en los delitos asociados a la violencia de género tiene como premisa la necesaria identificación de estos actos ilícitos, a partir del componente factual demostrado con los medios de prueba practicados, para, luego, realizar un cuidadoso ejercicio de ponderación del conjunto de circunstancias exigidas en la ley penal sustantiva y determinar las sanciones principales y accesorias, así como otras obligaciones que deban imponerse al comisor, en salvaguarda de las personas víctimas y la sociedad.

## V. REFERENCIAS

- Acuerdo No. 9231 de 2021, Consejo de Ministros, Estrategia integral de prevención a la violencia de género y en el escenario familiar. (Diciembre 9, 2021). GOR-E (101), 837-874.
- Alonso Salgado, C. (2011). Violencia de género, justicia restaurativa y mediación. ¿Una combinación posible? En Catalina Benavente, M. A. (Coord.) y Castillejo Manzanares, R. (Dtor.). *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, 567-606. La Ley. <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/16841/2017AlonsoSalgadoPropostas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Armas Fonticoba, T. de. (Mayo 9, 2022). La violencia de género en el proyecto de Código penal cubano. *Cubadebate*. <http://www.cubadebate.cu/etiqueta/violencia-de-genero/page/4/>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1945). Carta de las Naciones Unidas. <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración universal de los derechos humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Bachman, R. y Saltzman, L. (1995). *Violence against women: Estimates from the redesigned survey*. Special Report Department of Justice. Bureau of Justice Statistics. <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/violence-against-women-estimates-redesigned-survey>
- Battenberg Galindo, J. (2019). *Violencia de género y conciencia moral* [tesis doctoral en Teología, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Teología, Unidad de Postgrados de Bogotá]. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/47125>
- Benta, V. (2021). ¿Cuáles son los cinco tipos de violencia de género? *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/cuales-son-los-cinco-tipos-de-violencia-de-genero-nid13042021/>
- Campaña europea de tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. (Noviembre 25, 2020). <https://www.argentina.gob.ar/produccion/gabinete-de-genero/campana-tolerancia-cero-la-violencia-contra-las-mujeres-0>
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará). (Junio 9, 1994). Comisión Nacional de Derechos Humanos. [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programs/mujer/Material\\_difusion/convencion\\_BelemdoPara.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programs/mujer/Material_difusion/convencion_BelemdoPara.pdf)
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). En *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Cuba*, 239-260. (2001). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. (Mayo 11, 2011). <https://www.coe.int/conventionviolence>

- Corsi, J. (2009). La violencia contra la mujer como problema social. Documento de apoyo en la fundamentación de mujeres. <http://www.berdingue.euskadi.net/u89-congizon/es/contenidos/información/material/es/gizondus/adjunto/laviolenciahacialamujerscomoproblemasocial.pdf>
- IV Conferencia mundial sobre la mujer. (1995). [www.un.org](http://www.un.org)
- Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. (1993). Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>
- Declaración universal de derechos humanos. (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Declaración y Plataforma de acción de Beijing. (1995). UN Women.
- Ellsberg, M. y Heise, L. (2007). *Investigando la violencia contra las mujeres. Una guía práctica para la investigación y la acción*. Organización Mundial de la Salud. <https://www.endvawnow.org/uploads/browser/files/GBV-Research-WHO-2005-intro-SP.pdf>
- Fernández Alonso, M. C. (2003). *Violencia doméstica*. Ministerio de Sanidad y Consumo. <http://www.msc.es/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA-DOMESTICA.pdf>
- González Medina, J. (2009). Violencia de género y homicidio en la pareja en La Habana (2009-2010). *Revista Cubana de Tecnología de la Salud*, 62-77. <http://www.revtecnologia.sld.cu/index.php/tec/article/view/134/662>
- Gorjón Barranco, M. C. (2010). La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género [tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/83229/DDPG\\_Gorj%F3nBarranco\\_Mar%EDaConcepci%F3n\\_Respuestageneral.pdf;jsessionid=2D39326C0B6EAF1AF817CDCF6A2AA931?sequence=1](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/83229/DDPG_Gorj%F3nBarranco_Mar%EDaConcepci%F3n_Respuestageneral.pdf;jsessionid=2D39326C0B6EAF1AF817CDCF6A2AA931?sequence=1)
- Hunnicutt, G. (2009). Varieties of patriarchy and violence against women. Resurrecting «patriarchy» as a theoretical tool. Revisit violence against women. [https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3220&context=gc\\_etds](https://academicworks.cuny.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3220&context=gc_etds)

- Jiménez, R. y Rodríguez, Y. (2010). Convivencia democrática: la realidad cubana. *Temas*, (64), 38-44. <https://cubano1erplano.blogspot.com/2011/03/convivenciademocratica-la-realidad.html>
- Ley No. 141, Código de procesos. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (138), 3977-4069.
- Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 22, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- Ley No. 152 de 2022, De ejecución penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (94), 2697-2738.
- Ley No. 156, Código de las familias. (Septiembre 27, 2022). GOR-O (99), 2893-2995.
- Lutzardo, R. (Junio 3, 2018). Violencia de género: lacra del siglo XXI. *Diario de Avisos*. <https://diariodeavisos.lespanol.com/2018/06/violencia-de-genero-una-lacra-del-siglo-xxi/amp>
- Marroquí, M. (2020). Violencia de género: definición, tipos y causas. Glosario Ático 34. <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/violencia-de-genero/>
- Maturell Montoya, Y. (Marzo, 2018). La violencia de género: un análisis conceptual. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/03/violenciagenero.html>
- Medina Pérez, P. (2020). El ciclo de la violencia de género. *Legal Today*. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/el-ciclo-de-la-violencia-de-genero-2020-02-24>
- Mirat Hernandez, M. P. y Armendáriz León, C. (2006). Violencia de género *versus* violencia doméstica: consecuencias político penales. Grupo difusión. <https://www.marcialpons.es/libros/violencia-de-genero-versus-violencia-domestica/9788496705098/>
- Monjo Roca, A. (2011). Trabajo de investigación sobre la violencia de género [trabajo final de Máster en Intervención Social, Universidad Internacional de La Rioja]. <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/54/Antonia%20Roca%20Monjo%20-%201Spdf>

- Moreno Camargo, F. (2018). Organización Mundial de la Salud. El 30% de las mujeres del mundo ha sido víctima de la violencia física o sexual. <https://www.aa.com.tr/es/mundo/oms-el-30-de-las-mujeres-del-mundo-ha-sidov%C3%ADctima-de-violencia-f%C3%ADsica-o-sexual/2170491>
- Moreno Fernández, A. (2008). La violencia en la pareja: de las desigualdades al abuso. En García-Mina Freire, A. (Coord.). *Nuevos escenarios de violencia*, 49-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2570086>
- Observatorio de igualdad de género de América Latina y El Caribe. (2023). Leyes de violencia por países. <http://oig.cepal.org>
- Programa Daphne III, Decisión No. 779, Parlamento y Consejo de la Unión Europea. (Junio 20, 2007). *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2007-81202>
- Programa de acción comunitario para prevenir la violencia contra niños, jóvenes, mujeres y proteger a los grupos que se encuentran en riesgo, Daphne II, Decisión No. 803 Parlamento y Consejo de la Unión Europea. (Abril 21, 2004). *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81003>
- Programa de acción comunitario, Daphne. (2000). EUR-Lex. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/action-to-combat-violence-against-children-young-persons-and-women-the-daphne-programme.html>
- Quesada Aguayo, M. (2015). Violencia de género y ciberacoso, análisis y herramientas de detección. En Verdejo Espinosa, M. A. *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales: Análisis y herramientas de prevención*. Universidad de Andalucía.
- Rodríguez Barrego, M. (2011). La violencia contra las mujeres enfermas en la pareja. Primeros resultados de un estudio de Andalucía. *Revista de Enfermería Global*, 10(21). [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1695-61412011000100002](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1695-61412011000100002)
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal, parte general*. Ediar.

# CARTOGRAFÍA CIENTÍFICA Y BIBLIOMÉTRICA DE LAS NULIDADES PROCESALES PENALES

## SCIENTIFIC AND BIBLIOMETRIC MAPPING OF CRIMINAL PROCEDURAL NULLITIES

### ■ DR. RAMÓN YORDANIS ALARCÓN BORGES

Profesor, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-8583-4490>

[ralarcon@uo.edu.cu](mailto:ralarcon@uo.edu.cu)

### ■ ESP. YIPSY PEDREIRA RODRÍGUEZ

Presidenta, Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba, Cuba

<https://orcid.org/0000-0003-1523-3424>

[yipsy\\_sc@tsp.gob.cu](mailto:yipsy_sc@tsp.gob.cu)

### ■ DR. YUNIOR RAMÓN VELÁZQUEZ LABRADA

Profesor, Universidad de Oriente, Cuba

<https://orcid.org/0000-0002-8088-6686>

[yunior.velazquez@uo.edu.cu](mailto:yunior.velazquez@uo.edu.cu)

### ■ DR. JORGE MESA VÁZQUEZ

Profesor, Universidad de Oriente, Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-7457-5323>

[jorge.mesa@uo.edu.cu](mailto:jorge.mesa@uo.edu.cu)

## Resumen

Este artículo revisa, panorámica y empíricamente, la producción científica sobre las nulidades procesales penales, mapea las redes globales de países, organizaciones, autores, temas y revistas, referentes en este tema a nivel internacional. Los trabajos fueron examinados a través de un enfoque bibliométrico/ciencia-métrico, basado en un *corpus* de 435 artículos almacenados en *Scopus*, a los que se aplicaron las leyes bibliométricas de Lotka y Zipf, para agregar mayor validez al uso de

VOSviewer, con vista al procesamiento de datos y metadatos. Los resultados destacan el aumento sostenido de las publicaciones desde 2008, diversificadas en varios países, organizaciones, autores y revistas en crecimiento.

**Palabras clave:** Nulidades procesales penales; actividad procesal defectuosa; bibliometría.

## **Abstract**

*This research reviews, in a panoramic and empirical way, the scientific production on criminal procedural nullities, mapping the global networks of countries, organisations, authors, topics and journals, referents in this topic at the international level. The works were examined through a bibliometric/science-metric approach, based on a corpus of 435 articles stored in Scopus, to which Lotka's and Zipf's bibliometric laws were applied, to add more validity to the use of VOSviewer for data and metadata processing. The results highlight the steady increase in publications since 2008, diversified across several countries, organisations, authors and growing journals.*

**Keywords:** Criminal procedural nullities; defective procedural activity; bibliometrics.

## **Sumario**

I. Introducción; II. Marco teórico; 2.1. Categorías de actividad procesal defectuosa; 2.2. Momentos y cauces procesales; 2.3. Límites; III. Materiales y métodos; 3.1. Medición científica; 3.2. Comparación jurídica; IV. Resultados y discusión; V. Conclusiones; VI. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Es reconocida la necesidad de mostrarse de acuerdo en la importante función que ostentan las formas o los requisitos procesales, dotados del carácter de orden público, y necesitados, por tanto, de efectivo cumplimiento por todos los protagonistas del proceso. Las formas ordenadoras de este se dirigen a dotar de certeza jurídica al órgano judicial, las partes e, incluso, los terceros y, cuando cumplen

efectivamente la función de garantía, que les es propia, se descubre, sin dificultad, su carácter instrumental (Bonet, 1993).

Se parte de considerar que el acto procesal penal, como principales condiciones para su admisibilidad, debe reunir validez y eficacia, determinadas exigencias formales y materiales (Zarzalejos, 1987). La inobservancia de estas conlleva, necesariamente, a una irregularidad en la actuación que puede ser de diversa naturaleza, lo que obliga a la intervención del ordenamiento jurídico, por medio de sus operadores, para dar solución a aquella (Montero Aroca, 2005; Bonet, 1993).

Este artículo tiene como objetivo brindar una visión empírica y panorámica de la producción científica mundial sobre la actividad procesal defectuosa, que permita contribuir a la comprensión de esta institución, prevista en la legislación procesal nacional, y su aplicación.

Las nulidades procesales penales han cobrado cada vez más importancia. Se ha sentado el criterio de que, tanto el legislador, a la hora de articular las concretas normas procesales, como el intérprete, en el momento de aplicarlas, deben atender a las limitaciones y al concreto marco de actuación delimitado en la ley, de manera que el conjunto de los requisitos formales de los actos sea conforme con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida por este (Montero Aroca, 2005).

El creciente interés de la comunidad científica por este tema se refleja en el aumento de los artículos publicados en revistas indexadas en *Scopus* en los últimos 22 años. A ello se suma la cantidad de legislaciones procesales penales que reconocen esta institución procesal; solo en el ámbito geográfico latinoamericano y europeo, se identifican 23 de ellas. En el caso de Cuba, la Ley No. 143, Del proceso penal, de 28 de octubre de 2021, (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], en el Título VI, regula las nulidades procesales (pp. 4104-4106).

Para lograr los objetivos de la investigación, se utilizaron los métodos bibliométricos/cienciométricos, que permitieron abordar cuestiones como: ¿Cuál ha sido la evolución de la producción científica en las últimas décadas sobre las nulidades procesales penales? ¿Cómo se comporta la distribución geográfica y organizativa de las investigaciones sobre este tema? ¿Qué autores son los principales investigadores de tal materia? ¿Qué revistas sobre ciencias jurídicas tienden a ser más influyentes para la producción científica en ese campo? ¿Cuál es el comportamiento de la regulación procesal de este tema a nivel mundial?

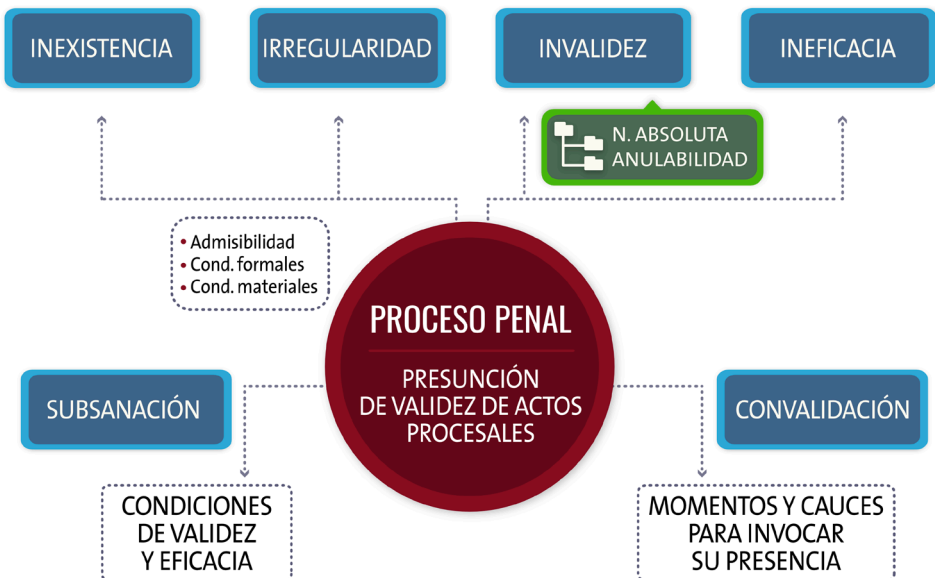
## II. MARCO TEÓRICO

Cualquier planteamiento general en materia de nulidad de actuaciones ha de partir, necesariamente, del establecimiento de un catálogo general de las grandes categorías de invalidez e ineficacia de los actos procesales. Se sigue, de esta manera, la orientación marcada por la legislación procesal, la que, en raras ocasiones, contempla supuestos concretos de nulidad, y se limita, por el contrario, a la previsión de un conjunto de normas que disciplinan el régimen general de aquella y en atención a las cuales es posible individualizar, posteriormente, los supuestos concretos que pudieran presentarse.

Toda ordenación que intente desarrollarse en este ámbito, en el modo de ver de los autores, requiere delimitar, previamente, los conceptos esenciales que van a ser objeto de estudio. Es preciso, pues, señalar qué se entenderá por inexistencia, irregularidad, invalidez e ineficacia, cuáles son los principios que las informan y sus contenidos básicos (Figura No. 1).

Figura No. 1. Cartografía de las principales categorías dogmáticas asociadas a la actividad procesal defectuosa

### PILARES TEÓRICOS DE LA ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA



Fuente: Elaborado por los autores, 2023

Se partió de considerar que el acto procesal penal, como principales condiciones para su validez y eficacia, debe reunir las siguientes:

- Admisibilidad del acto procesal: Devenida en la particular relación que se establece entre el acto jurídico-procesal y el ordenamiento jurídico-positivo.
- Condiciones formales de validez del acto: Lo que incluye el respeto de los requisitos subjetivos —especialmente de competencia—, los de procedimiento y los de forma.
- Condiciones materiales de validez del acto: Aquellos requerimientos que el ordenamiento impone al contenido del acto.

Los pilares teórico-jurídicos de esta actividad se estructurarán a partir de (Alarcón y Pérez, 2011):

A. Diversas categorías de actividad procesal defectuosa:

- Actos irregulares.
- Actos nulos de pleno derecho.
- Actos anulables.

B. Momentos y cauces procesales para invocarla.

C. Límites a la actividad procesal defectuosa:

- Subsanación.
- Convalidación.

## 2.1. CATEGORÍAS DE ACTIVIDAD PROCESAL DEFECTUOSA

El no cumplimiento de los requisitos o las condiciones normativas(as) de validez y eficacia del acto origina su invalidez. Ello está determinado por una divergencia entre la estructura de este, tal como se ha realizado en la práctica, y el esquema previsto por la norma, del cual se separa. Esa desviación convierte al acto en irregular porque se ha realizado con la infracción de algún requisito de menor entidad, lo que, únicamente, puede llevar a una corrección o sanción disciplinaria al responsable, pero el acto permanece subsistente y eficaz en el plano jurídico.

No se quiere decir que todos los casos de actos irregulares impliquen una sanción disciplinaria, sino que el único efecto jurídico-procesal que

aquellos pueden llegar a producir —de naturaleza propiamente orgánica— es la eventual aplicación de una sanción en los supuestos en que así esté previsto en las leyes.

En este sentido, la ley procesal vigente establece las llamadas correcciones disciplinarias, en sus artículos del 78 al 93 [GOR-O (140), 2021, pp. 4108-4111], en los cuales se regulan las causas que las originan, sus tipos y los sujetos a quienes se les pueden imponer.

En cualquier ordenamiento procesal penal debe regir la idea directriz de que los actos cumplidos con inobservancia de las formas esenciales y los requisitos procesales básicos previstos en la ley no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, salvo cuando el defecto haya sido subsanado o no se haya protestado oportunamente en su contra y no se trate de un defecto absoluto.

Si la irregularidad es fruto de una mera constatación de la imperfección del acto, tal como ha sido ejecutado, la nulidad se presenta como una calificación jurídica que se concreta en una consecuencia también jurídica, es decir, se trata de una reacción del Derecho frente a la infracción de la norma.

Atendido lo anterior, la nulidad es el resultado de una valoración (calificación) jurídica sobre el alcance de la irregularidad cometida y, por ello, esta no aparece, sin más, la nulidad. La relación entre irregularidad y nulidad se presenta clara, en el sentido de que, si bien toda nulidad trae causa de una irregularidad del acto, no toda irregularidad tiene como consecuencia la nulidad. El que un acto irregular derive en uno nulo depende de las normas que regulan la nulidad en un ordenamiento concreto y, en último término, del modo en que ellas resuelvan el conflicto entre el principio de legalidad, que reclama la desaparición del acto viciado, y aquellos otros principios que amparan su conservación. En cuanto consecuencia jurídica, la nulidad se expresa en que el acto nulo no debe producir los efectos normales, previstos en la ley para el acto regular.

Tomando como perspectiva tales postulados, se perfilarán, en calidad de principales categorías de la actividad procesal defectuosa y, en tal sentido, determinantes de la invalidez, las siguientes:

— La nulidad de pleno derecho. Creada bajo el velo de dos axiomas centrales: 1. No cualquier omisión o quebrantamiento de algún pre-

supuesto o requisito procesal del acto es bastante para dar lugar a su nulidad, sino que es necesario atender a la importancia y trascendencia del requisito omitido o quebrantado, y a la gravedad de sus consecuencias; 2. A la hora de establecer causales para dicha institución, ha de atenderse a criterios generales y abiertos, sin que ello impida la realidad y vigencia de disposiciones específicas que establezcan y dispongan la nulidad de los actos concretos y determinados.

La autoridad actuante decretará la nulidad absoluta de los actos procesales en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando se constate:

1. La inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes vigentes.
2. La omisión de la intervención de las partes procesales en el procedimiento, en el que esta es obligatoria.
3. Las situaciones expresamente sancionadas con nulidad, según la ley.

— Actos anulables. Estos, por el contrario, tienen unos efectos mucho más limitados. Su régimen propio está delimitado por dos coordenadas principales: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos, el (o los) afectado(s) por un acto anulable, y solo él (ellos), puede(n) pedir la declaración de nulidad dentro de cierto plazo, transcurrido el cual, sin producirse reacción, el acto queda saneado y el vicio de nulidad, purgado.

Constituye una tendencia mundial el no establecimiento de un conjunto de causales para este tipo de invalidez; se entiende que, a partir del criterio de que la nulidad absoluta tiene como principal efecto la no convalidación del acto procesal defectuoso, las circunstancias diferentes a los motivos que dan lugar a ella tienen la posibilidad de ser saneadas, renovadas, cumplidas o rectificadas. En tal sentido, se plantea que, siempre que sea posible, las nulidades deberán ser inmediatamente saneadas, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición de la parte interesada. Bajo el pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no se podrá retrotraer el proceso a períodos ya precluidos, salvo en los casos expresamente señalados en la ley.

Consideración especial merece la ineficacia, que es, en definitiva, la consecuencia práctica de la nulidad. De esta no deriva, sin más, la invalidez del acto. La nulidad es una consecuencia jurídica que precisa ser actuada para dar lugar a la ineficacia. Nulidad e ineficacia son fenómenos que se desarrollan en planos distintos. La primera, en el del «deber ser» (calificación teórica que realiza cualquier agente jurídico); la segunda, en el del «ser» (supone la no producción de efectos en la realidad). La nulidad solo dará lugar a la ineficacia cuando se actúe la consecuencia jurídica —el acto no debe producir efectos— que contienen las normas que establecen la nulidad. Y esa aplicación de la consecuencia jurídica precisa la declaración formal de nulidad y la imposición que adecue el ser al deber ser.

## 2.2. MOMENTOS Y CAUCES PROCESALES

La declaración de la existencia de las nulidades procesales penales muestra una tendencia en su forma de tramitación: *el incidente de nulidad*. La impugnación por esta vía reafirma la excepcionalidad de la institución, que no puede sustituir, arbitrariamente, los recursos ordinarios establecidos en la ley, con materia y objeto diferentes en cuanto a las resoluciones judiciales, relacionados con las formas del procedimiento. Lo que se pretende con el incidente es la ineludible resolución de los actos procesales defectuosos por el órgano interpelado.

Por otra parte, en el *incidente de nulidad*, la parte afectada deberá describir el defecto y las razones en que se fundamenta, con referencia a cada motivo que alegue. Si, por las circunstancias, ha sido imposible advertir oportunamente el defecto, el perjudicado deberá reclamar inmediatamente después de conocerlo, bajo las mismas condiciones antes enunciadas.

Resalta a la vista en este momento un debate interesante, referido al plazo para impugnar los actos procesales defectuosos. En el caso de la nulidad absoluta, es claro que la acción de nulidad es imprescriptible. El problema se presenta en la anulabilidad, para cuyo planteamiento se prevé un plazo de caducidad; la falta de impugnación en ese período o la impugnación mal planteada producirá el mismo resultado: el acto viciado será inatacable en lo adelante, por no haber sido recurrido en tiempo y forma, máxima que se ha sostenido con absoluto rigor en la práctica judicial.

### 2.3. LÍMITES

Se debe partir, en primer lugar, del hecho de que la doctrina y la práctica procesal, como mecanismos convalidantes de la actividad procesal defectuosa, solamente han admitido la subsanación y la convalidación. Ahora bien, si el acto es nulo de pleno derecho o con carácter absoluto, por estar enmarcado en uno de los tres requisitos para ello, no es posible subsanarlo. Solo podrán emplearse aquellos mecanismos cuando no se trate de actos nulos; por consiguiente, únicamente podrán sanearse los meramente anulables.

La posibilidad de sanear los actos judiciales o los realizados por las partes debe contar con un importante límite general y de carácter objetivo: no puede admitirse en los casos en que venga a impedir la integridad del procedimiento o afecte la posición jurídica de las partes. Por tanto, la subsanación quedará condicionada, no a una mera declaración de voluntad de la parte de querer cumplir con los requisitos procesales, pues ello sería absurdo, sino a que su conducta revele o permita inferir la voluntad efectiva de dar cumplimiento a esos requisitos.

En tal sentido, los autores consideran que la solicitud de saneamiento deberá describir el defecto, individualizar el acto viciado u omitido y proponer la solución. La ley habrá de precisar el momento procesal para interesarlo, que bien pudiera ser mientras se realiza el acto o dentro de un plazo prudencial después de efectuado.

Para alcanzar la estabilidad jurídica en el proceso penal nace, entonces, la convalidación de los actos procesales, la que está sujeta a límites temporales de actuación y condiciones, pues, de no cumplirse estos, no será posible hacer valer la nulidad mediante la declaración de invalidez del acto. La imposibilidad de invalidar el acto equivaldrá a su convalidación y, de esta forma, sus efectos quedarán protegidos, como si se tratara de un acto plenamente válido, no obstante su irregularidad.

La convalidación también puede ser consecuencia de la constatación de que el acto inválido ha alcanzado su fin, a pesar de estar aquejado de un vicio formal que, *a priori*, se estimaba relevante. El cumplimiento de la finalidad revela la utilidad del acto y pone de manifiesto la improcedencia de aplicar la consecuencia jurídica.

### III. MATERIALES Y MÉTODOS

#### 3.1. MEDICIÓN CIENTÍFICA

La medición se basó en investigaciones científicas documentadas, según leyes bibliométricas. La cienciometría, como una especie de meta-análisis (Kullenberg, 2016) se centra en estudiar qué, cuánto, cuándo, quién y dónde se produce el conocimiento (Mikhaylov, 2020).

Se extrajo un conjunto de artículos de *Scopus*, utilizando las bases de datos *Science Citation Index Expanded (SCIE)*, con 178 categorías de indexación, y *Social Science Citation Index (SSCI)*, con 58; ambos índices se incluyeron en el *Journal Citation Report de Web of Science (JCR-WoS)* y conformaron revistas de alta calidad, cuyo impacto se calcula anualmente con base en el promedio de citas recibidas.

Estos artículos se identificaron con los vectores de búsqueda: *TITLE-ABS-KEY (annulment or annullability, or «relative nullity», or «absolute nullity», or «criminal procedural nullities»)*, utilizando la etiqueta de campo de temas (TS), el operador booleano (*AND, OR*), e incorporando simultáneamente los conceptos *nullity, criminal annulment, relative nullity*. Se dejaron libres las restricciones temporales, a la fecha de extracción 30 de noviembre de 2022 (Vega-Muñoz, 2020).

Para el análisis de datos y metadatos: *VOSviewer* (CWTS-Universidad de Leiden, Países Bajos) (Van Eck, 2010) así como las leyes bibliométricas de: 1. Lotka, para identificar el conjunto de autores prolíficos con el mayor número de artículos publicados sobre el tema de la actividad procesal defectuosa, conjunto estimado por la raíz cuadrada del total de autores que contribuyen al artículo conjunto analizado (Lotka, 1926); el proceso de identificación de autores por *VOSviewer*, a partir de la base de datos extraída de *WoS*, incorporó el total de autores registrados como datos y metadatos de cada artículo analizado; y 2. Zipf, que reconoce la disminución exponencial en la frecuencia de uso de palabras dentro de un *corpus* de conocimiento (Wijewickrema, 2019); por lo tanto, hay palabras que se usan con mucha frecuencia y otras que rara vez están presentes en la literatura. Esta ley se aplicó, en este caso, para la determinación empírica de las palabras clave más los metadatos incorporados en la base de datos extraídos de *WoS* con mayor frecuencia de aparición en el conjunto total de artículos estudiados (Zipf, 1932).

## 3.2. COMPARACIÓN JURÍDICA

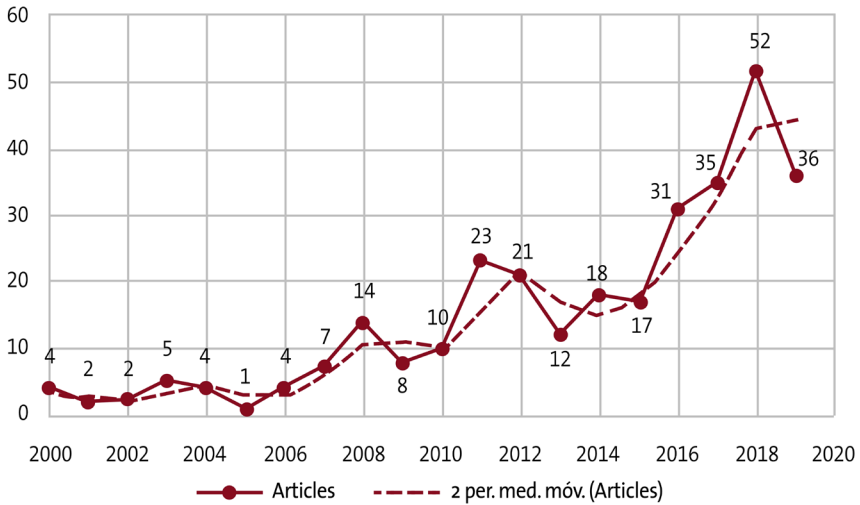
Este método posibilitó el estudio de la institución a partir de los textos procesales penales vigentes en 23 países [Alemania (2014), Argentina (2019), Austria (1991), Bolivia (1999), Brasil (2018), Chile (2023), Colombia (2024), Costa Rica (2024), Ecuador (2014), El Salvador (2009), España (2023), Francia (2015), Guatemala (1992), Honduras (2024), México (2016), Nicaragua (2001), Panamá (2018), Paraguay (2023), Perú (2004), República Dominicana (2002), Suiza (2020), Uruguay (2017) y Venezuela (1998)], los que fueron seleccionados teniendo en cuenta los criterios siguientes: 1. Pertenencia al sistema de Derecho romano-germano-francés; y 2. Desarrollo de la regulación de la actividad procesal penal defectuosa.

Como criterios de comparación, se definieron: 1. La denominación reconocida en la legislación; 2. Las modalidades de actividad procesal penal defectuosa; 3. Las principales consecuencias jurídicas asociadas a su reconocimiento y declaración judicial. En consecuencia, se procesaron las legislaciones y se obtuvieron los resultados correspondientes (Villabella, 2012; Gómez Colomer, 2020).

## IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los 435 artículos sobre nulidades procesales penales, extraídos el 30 de noviembre de 2022, ilustraron un crecimiento temporal exponencial en el período 2000-2022. Esto evidencia una masa global de investigadores críticos, interesados en aumentar el *corpus* de conocimiento sobre este tema. La distribución temporal del total de artículos publicados sobre nulidades procesales penales en 22 revistas *SJR-Scopus*, se presenta en la Figura No. 2.

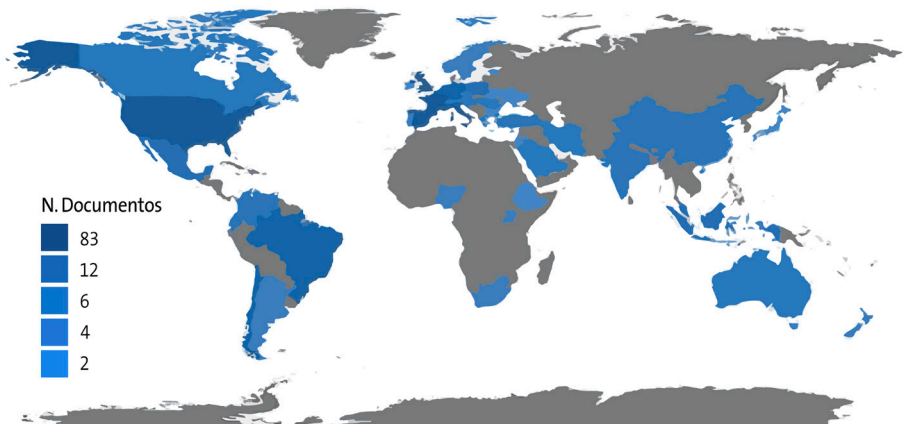
**Figura No. 2. Publicación de serie temporal y tendencia sobre nulidades procesales penales**



Fuente: Elaborado por los autores, 2023.

— *Puntos científicos globales de referencia en estudios sobre nulidades procesales penales.* A nivel mundial, la contribución de los países o territorios a la producción científica documentada en los estudios de actividad procesal penal defectuosa en las revistas *SJR-Scopus* varió de un lugar a otro. De esta forma, fue posible identificar los referentes globales, por superar la media del conjunto geográfico (Figura No. 3).

**Figura No. 3. Producción científica del objeto de estudio por países**

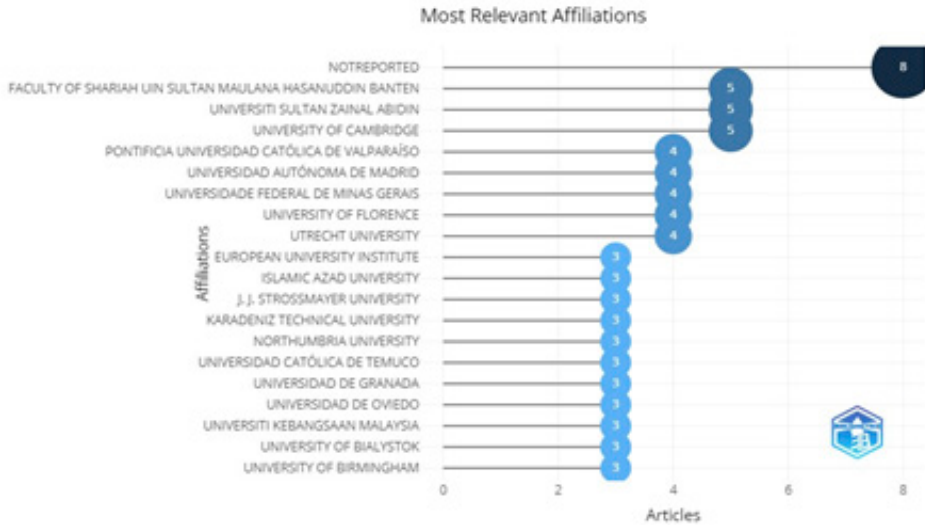


Fuente: Web of science, 2023



Las universidades que más publican sobre el tema se describen en la Figura No. 6.

**Figura No. 6. Universidades más relevantes que investigan sobre nulidades procesales penales**



Fuente: Web of science, 2023

Como se aprecia, no existen en Cuba revistas indexadas en la base de datos *Scopus*, que muestren publicaciones referidas a las nulidades procesales, ni existen publicaciones de autores cubanos en las revistas identificadas que tratan el objeto de estudio analizado en este artículo científico, lo cual revela la novedad, pertinencia y actualidad de este trabajo.

— *Tendencias regulatorias en las legislaciones procesales del mundo.* Con el método de comparación jurídica, se reveló la información que se observa en la Tabla que se anexa.

Como se aprecia, existe un reconocimiento de las nulidades procesales penales en la totalidad de las legislaciones procesales seleccionadas. Cuba, en la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], muestra una alineación sistemática con este estudio comparativo.

En tal sentido, la Constitución cubana (CRC) [GOR-O (5), 2019, pp. 69-116] reconoce en su Artículo 94 c) 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: [...] c) aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido. (p. 87)

Lo anterior constituye una expresión constitucional del principio de nulidad de los actos procesales en el contexto nacional.

A ello se suma que los artículos 11 y 35.1 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4097, 4101] regulan los siguientes aspectos que inciden en el objeto de estudio: Se reputan ilícitos los actos y diligencias ejecutados violando lo preceptuado en esa ley, los que se declaran y excluyen del proceso, conforme a lo establecido en igual norma; se declara que, producida la excusa o aceptada la recusación, serán ineficaces los actos viciados en los que intervino el funcionario separado del conocimiento del asunto; y se prevé que la autoridad encargada de resolver el incidente declara la nulidad del acto procesal viciado, de oficio o a instancia de parte.

Es loable que la vigente ley dedicara un espacio a las nulidades procesales penales. Se reconoce la nulidad absoluta —declarada de oficio o a solicitud de la parte interesada, en cualquier estado del proceso y que ha de formularse ante la autoridad que lo esté conociendo en ese momento—, cuando las actuaciones ejecutadas vulneran los derechos y las garantías relativas al debido proceso. Para este supuesto, se establece que la autoridad que la declara deja sin efecto el acto viciado.

De igual forma, existe un reconocimiento expreso de la nulidad relativa, cuando se dispone que son causa de ella los actos ejecutados con inobservancia de las formalidades previstas en la ley, que ocasionen perjuicios a los intervinientes y puedan ser subsanados ejecutando nuevamente la actuación procesal defectuosa (Artículo 62.1, p. 4105). Su declaración se solicita por la parte afectada. Para este tipo de nulidad, se defiende el principio de conservación del acto, cuando se prohíbe retrotraer el proceso a trámites anteriores, aunque se disponga la renovación de aquel, la rectificación del error o el cumplimiento de la omisión, excepto si la infracción cometida no tiene otra forma de ser subsanada; en caso de imposibilidad de repetición, la actuación procesal es declarada nula y sin efectos para el proceso.

Otra expresión en la legislación del principio de conservación, antes mencionado, reside en la previsión de que, en la fase de juicio oral, no pueda solicitarse la nulidad de actuaciones efectuadas durante la fase

investigativa que no haya sido formulada o reproducida como causa de artículos de previo y especial pronunciamiento; vencida esa etapa, quedan convalidadas las actuaciones efectuadas con inobservancia de determinadas formalidades legales —Artículo 63.4, p. 4105.

La ley procesal, asimismo, destaca otros aspectos que inciden en el objeto de estudio. Tal es el caso del Artículo 119.1, en el que se dispone que «son atribuciones del magistrado o juez ponente: [...] i) informar y realizar propuestas o decidir, según el caso, sobre la violación de principios, derechos y garantías que pueden dar lugar a la nulidad de las actuaciones» (p. 4116).

Bajo esta misma lógica expositiva, el Artículo 122.1, regula que

durante la investigación de los hechos presuntamente delictivos, la tramitación de la fase preparatoria o en el proceso de establecimiento de medidas de seguridad terapéuticas, el fiscal tiene las facultades que esta ley confiere a la Policía y al instructor penal y, además, puede: [...] c) comprobar, periódicamente, el cumplimiento de los derechos y [las] garantías procesales, formalidades, plazos y términos legales en los distintos tipos de procedimientos, y anular las diligencias y acciones de instrucción que no cumplan estos requisitos. (pp. 4116- 4117)

Interesante resulta el Artículo 130.1 de la ley procesal, en el cual se expone que «el imputado o acusado, según corresponda, tiene derecho a: [...] j) recurrir las resoluciones que considere lesivas de sus derechos, en las diferentes etapas del proceso» (p. 4120). De similar manera, el Artículo 142.3. expresa que, «constituido [sic] como parte, la víctima o el perjudicado ejerce, además, los derechos siguientes: [...] d) proponer a la autoridad actuante las causas de nulidad previstas en esta Ley» (p. 4123).

Es certera la legislación procesal mencionada cuando dispone, en su Artículo 184.1 (p.4131), que los hechos y las circunstancias relacionados(as) con el objeto del proceso se acreditan por cualquier medio de prueba, salvo los(as) que hayan sido obtenidos(as) violando lo establecido. Por demás, es importante que carecerán de eficacia probatoria los actos que vulneren los derechos y las garantías relativos al debido proceso consagrados en la CRC, y que las partes puedan solicitar la exclusión de los elementos de prueba que consideren que hayan sido obtenidos violando lo establecido, según se regula en el Artículo 185.1.2 (p. 4131).

La norma instrumental, por añadidura, permite tramitar la nulidad de las actuaciones y oponerse a la existencia de medios de pruebas, obtenidos violando lo establecido, por medio de los artículos de previo y especial pronunciamiento. Ello se expresa en el Artículo 428, incisos f) y g) (p. 4174). En el primer caso, se ordena la suspensión del proceso hasta la subsanación de la falta advertida; en el subsiguiente, el tribunal dispone la extracción del medio de prueba de las actuaciones.

Por su parte, el Artículo 455.1 a) expresa que,

presentado el expediente de fase preparatoria con la solicitud de apertura a juicio oral o de sobreseimiento definitivo, el magistrado o juez dispone de un plazo de siete días para comprobar si se han cumplido las exigencias establecidas en esta ley y puede disponer la devolución de las actuaciones al fiscal, si del estudio del expediente advierte que: a) Se ha quebrantado en la tramitación de la fase preparatoria alguna de las formalidades del procedimiento, que debe ser causa de nulidad. (p. 4178)

A ello se suma que el Artículo 571.1 (p. 4200) dispone que si del estudio del atestado remitido por el fiscal, el juez advierte que no están completas las investigaciones o existen causas de nulidad, devuelve las actuaciones a la Policía por medio del fiscal, en los cinco días siguientes, excepto cuando el acusado se encuentre en prisión provisional, situación en la que el plazo se reduce a tres días.

## V. CONCLUSIONES

Del presente estudio bibliométrico de las nulidades procesales penales, con base en las preguntas de investigación y en la evidencia empírica recopilada en los 22 años analizados, se concluye que la nulidad penal ha evolucionado positivamente a una tasa de crecimiento exponencial, lo que permite generar un volumen cada vez mayor de conocimientos sobre este tema, relevantes para la comprensión y aplicación de la institución.

En cuanto a la contribución territorial a la producción científica, en los 435 artículos estudiados, se aprecia el resultado del esfuerzo interconectado de autores de 25 países/territorios, entre los que destacan los de Reino Unido, EE.UU., Francia, España e Italia.

Estas investigaciones fueron publicadas, principalmente, en un grupo de 10 revistas, que recogieron un tercio de la producción científica analizada en materia de nulidad procesal penal, con una tendencia al crecimiento de las publicaciones sobre este tema.

Cuba no tiene hospedadas, en la base de datos *Scopus*, revistas que traten el tema de referencia y, tampoco, existen autores cubanos que hayan publicado en las revistas identificadas.

## VI. REFERENCIAS

- Administrative penal act*, Austria. (1991). [www.ris.bka.at/Erv/ER](http://www.ris.bka.at/Erv/ER)
- Alarcón Borges, R. Y. y Pérez Duharte, A. (2011). *La nulidad de los actos procesales penales: concepciones teóricas en un debate inconcluso*. Asociación Pensamiento Penal Fabián Di Placido.
- Bonet Navarro, A. (1993). Subsanación de defectos procesales y conservación de actos en el proceso civil. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (XXX). Consejo General del Poder Judicial.
- Código de procedimiento penal de Alemania, de 1.º de febrero de 1877, actualizado hasta la Ley de 23 de abril de 2014. (2014). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. [www.wipo.int](http://www.wipo.int)
- Código de procedimiento penal de Francia, de 31 de diciembre de 1957. (Marzo 12, 2015). [www.wipo.int](http://www.wipo.int)
- Código de procedimiento penal de Suiza, de 5 de octubre de 2007. (2020). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. [www.wipo.int](http://www.wipo.int)
- Código federal de procedimientos penales de México, de 30 de agosto de 1934. (Junio 17, 2016). [www.diputados.gob.mx/cfpp](http://www.diputados.gob.mx/cfpp)
- Código orgánico integral penal de Ecuador. (Febrero 10, 2014). *Registro Oficial*, (180). [www.registrooficial.gob.ec](http://www.registrooficial.gob.ec)
- Constitución de la República de Cuba. (Abril 10, 2019). GOR-E (5), 69-116.
- Decreto Legislativo No. 957, Código procesal penal de Perú. (Julio 29, 2004). *El Peruano*, 273531-273608. [www.leyes.congreso.gob.pe](http://www.leyes.congreso.gob.pe)

- Decreto-Ley No. 3689, de 3 de octubre de 1941, Código de procedimiento penal de Brasil. (2018). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. [www.wipo.int](http://www.wipo.int)
- Decreto Ley No. 904, de 4 de diciembre de 1996, Código procesal penal de El Salvador. (2009). [www.jurisprudencia.gov.sv](http://www.jurisprudencia.gov.sv)
- Decreto No. 51 de 1992, Código procesal penal de Guatemala. (Diciembre 14, 1992). *Diario de Centro América*, (31), 705-728. [www.congreso.gob.gt](http://www.congreso.gob.gt)
- Decreto No. 9-99-E, Código procesal penal de Honduras. (2024). [www.tsc.gob.hn/web/leyes](http://www.tsc.gob.hn/web/leyes)
- Gómez Colomer, J. L. (2020). El método comparatista en el ámbito del Derecho procesal. *Criminalia*, (87), 987-1009.
- Kullenberg, C. y Kasperowski, D. (2016). What is citizen science? A scientometric meta-analysis. *PLoS ONE*, (11). <https://journals.plo.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0147152>
- Lotka, A. J. (1926). The frequency distribution of scientific productivity. *Journal of Washington Academy Sciences*, 16, 317-323. <http://www.scirp.org>
- Ley No. 23984, de 21 de agosto de 1991, Código procesal penal federal de Argentina, actualizado con las reformas hasta 2019. (2019). <https://servicios.inforleg.gob.ar>
- Ley No. 7594, de 10 de abril de 1996, Código procesal penal de Costa Rica. (2024). [www.pgrweb.go.cr](http://www.pgrweb.go.cr)
- Ley No. 5208, de 20 de enero de 1998, Código orgánico procesal penal de la República Bolivariana de Venezuela. (Enero 23, 1998). *Gaceta Oficial*, (5208). [www.gacetaoficialdevenezuela.com](http://www.gacetaoficialdevenezuela.com)
- Ley No. 1286, de 18 de junio de 1998, Código procesal penal de Paraguay. En Jiménez Rolón, E. y Montaña Cibils, C. (2023). *Código procesal penal de la República de Paraguay. Ley No. 1286/1998. Actualizado y concordado* (3.ª ed.). Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte Suprema de Justicia. [www.pj.gov.py](http://www.pj.gov.py)

- Ley No. 1970, Código de procedimiento penal del Estado Plurinacional de Bolivia. (Marzo 25, 1999). *Gaceta Oficial*, (141).  
[www.silep.gob.bo](http://www.silep.gob.bo)
- Ley No. 19696, de 12 de octubre de 2000, Código procesal penal de Chile. (Diciembre 16, 2023). [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
- Ley No. 406, de 13 de noviembre de 2001, Código procesal penal de la República de Nicaragua. (Diciembre 24, 2001). *La Gaceta, Diario Oficial*, (243-244). <https://legislación.asamblea.gob.ni>
- Ley No. 76, de 2 de julio de 2002, Código procesal penal de República Dominicana. (2002). WIPO Lex [base de datos]. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. [www.wipo.int](http://www.wipo.int)
- Ley No. 906, de 31 de agosto de 2004, Código de procedimiento penal de Colombia. (Marzo 27, 2024). *Diario Oficial*, (52.694).  
[www.secretariassenado.gov.co](http://www.secretariassenado.gov.co)
- Ley No. 63, de 28 de agosto de 2008, Código procesal penal de la República de Panamá. En Porcell, K. I., Rodríguez Cedeño, R. y Díaz Martín, D. (2018). *Código procesal penal de la República de Panamá* (comentado). Procuraduría General de la Nación.  
<https://ministeriopublico.gob.pa>
- Ley No. 19293, de 19 de diciembre de 2014, Código del proceso penal de Uruguay. (2017). [www.impo.com.uy](http://www.impo.com.uy)
- Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021).  
GOR-O (140), 4095-4251.
- Mikhaylov, A., Mikhaylova, A. y Hvaley, D. (Enero-junio, 2020). Knowledge hubs of Russia: Bibliometric mapping of research activity. *Journal of Scientometric Research*, 9(1), 1-10.  
<http://www.jscires.org>
- Montero Aroca, J. (2005). *Manual de Derecho jurisdiccional I. Parte general* (14.ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, Ley de enjuiciamiento criminal. (Diciembre 20, 2023). *Gaceta de Madrid*, (260).  
[www.boe.es](http://www.boe.es)
- Van Eck, N. J. y Waltman, L. (2010). Software survey: VOSviewer, a computer program for bibliometric mapping. *Scientometrics*, (84), 523-538.

- Vega-Muñoz, A. y Arjona-Fuentes, J. M. (2020). *Social networks and graph theory in the search for distant knowledge in the field of industrial engineering. In advanced applications of graph theory in modern society*. En Pal, M., Samanta, S. y Pal, A. (Eds.), 397–418. IGI-Global.
- Villabella Armengol, C. M., Fernández Olazábal, P. y Pérez Hernández, L. (2012). *Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica*. Félix Varela.
- Wijewickrema, M., Petras, V. y Dias, N. (2019). Selecting a text similarity measure for a content-based recommender system: A comparison in two corpora. *Electron Library*, (37), 506-527.
- Zarzalejos Nieto, J. M. (1987). *La subsanación de defectos procesales. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (29), 145-160. Civitas.
- Zipf, G. K. (1932). *Selected studies of the principle of relative frequency in language*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674434929>

## ANEXO

### Tabla Comparación jurídica

PAÍS	LEGISLACIÓN VIGENTE	RECONOCIMIENTO DE LAS NULIDADES
ALEMANIA	Ley procesal penal, de 1.º de febrero de 1877.	Prevé la nulidad absoluta y la relativa.
ARGENTINA	Ley No. 23984, de 21 de agosto de 1991, Código procesal penal de la nación.	Regula la nulidad absoluta y la relativa.
AUSTRIA	Administrative penal act 1991.	Establece la nulidad y la anulabilidad como parte del procedimiento.
BOLIVIA	Ley No. 1970, de 25 de marzo de 1999, Código de procedimiento penal.	Se clasifican las formas de nulidad, en defectos absolutos y defectos relativos, y se establecen los efectos de ambos.
BRASIL	Decreto-Ley No. 3689, de 3 de octubre de 1941, Código de procedimiento penal.	Contempla la nulidad absoluta y la relativa.

PAÍS	LEGISLACIÓN VIGENTE	RECONOCIMIENTO DE LAS NULIDADES
CHILE	Ley No. 19696, de 12 de octubre de 2000, Código procesal penal.	Se reconocen las nulidades procesales.
COLOMBIA	Ley No. 906 de 2004, Código de procedimiento penal.	Reconoce la ineficacia de los actos procesales.
COSTA RICA	Ley de 1.º de enero de 1998, Código procesal penal.	Prevé los defectos absolutos y los relativos, y sus causales.
ECUADOR	Código orgánico integral penal.	Prevé la nulidad como un recurso, la que puede ser absoluta y relativa.
EL SALVADOR	Decreto Ley No. 904, de 4 de diciembre de 1996, Código procesal penal.	Establece las nulidades absolutas y relativas, y sus causales.
ESPAÑA	Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, Ley de enjuiciamiento criminal.	Contiene regulaciones sobre la nulidad de los actos judiciales.
FRANCIA	Código de procedimiento penal, de 31 de diciembre de 1957.	Contempla la nulidad absoluta y la relativa.
GUATEMALA	Decreto No. 51 de 1992, Código procesal penal.	Regula, como parte de la actividad procesal defectuosa, las nulidades absoluta y relativa, sus causas y efectos.
HONDURAS	Decreto No. 9-99-E, Código procesal penal.	Prevé las irregularidades procesales, y la nulidad absoluta y relativa.
MÉXICO	Código federal de procedimientos penales, de 30 de agosto de 1934.	Establece las actuaciones nulas.
NICARAGUA	Ley No. 406, de 13 de noviembre de 2001, Código procesal penal.	Prevé los defectos absolutos y los relativos, y sus causales.
PANAMÁ	Ley No. 63, de 28 de agosto de 2008, Código procesal penal.	Establece las nulidades procesales: absoluta, relativa y de oficio.
PARAGUAY	Ley de 18 de junio de 1998, Código procesal penal.	Regula las nulidades absolutas y relativas.
PERÚ	Decreto Legislativo No. 957, de 29 de julio de 2004, Código procesal penal.	Prevé la nulidad absoluta y relativa.

<b>PAÍS</b>	<b>LEGISLACIÓN VIGENTE</b>	<b>RECONOCIMIENTO DE LAS NULIDADES</b>
REPÚBLICA DOMINICANA	Ley No. 76, de 2 de julio de 2002, Código procesal penal.	Consagra la nulidad absoluta y la relativa.
SUIZA	Código de procedimiento penal, de 5 de octubre de 2007.	Establece la nulidad y la anulabilidad.
URUGUAY	Ley No. 19293, de 19 de diciembre de 2014, Código del proceso penal.	Contempla la nulidad insubsanable.
VENEZUELA	Ley No. 5208, de 20 de enero de 1998, Código orgánico procesal penal.	Regula las nulidades.

*Fuente:* Realizada por los autores

# ENTORNO

COMENTARIOS, DE INTERÉS GENERAL,  
PARA LA CIENCIA JURÍDICA,  
NACIONAL E INTERNACIONALMENTE

# EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE EN EL PROCESO PENAL

## *THE CIVILLY RESPONSIBLE THIRD PARTY IN CRIMINAL PROCEEDING*

### ■ LIC. CLAUDIA BLANCO CARRALERO

Jueza profesional titular,  
Tribunal Provincial Popular de La Habana, Cuba<sup>1</sup>

<https://orcid.org/0000-0002-3988-1779>

[claudiablanca360@gmail.com](mailto:claudiablanca360@gmail.com)

## Resumen

La responsabilidad civil proveniente del delito ha sido objeto de grandes debates en el ordenamiento jurídico cubano. Sin embargo, no por eso, deja de ser un tema de suma importancia, sobre todo debido a los cambios que presentan las nuevas legislaciones, en las que, con el objetivo de aumentar las posibilidades de reparación de la víctima o el perjudicado, se incorporó como sujeto procesal independiente al tercero civilmente responsable y, en correspondencia, se regularon sus derechos, deberes y garantías. El presente artículo analiza la regulación de este sujeto procesal en la normativa vigente, así como su intervención en las diferentes fases del proceso penal, con destaque de las cuestiones más controvertidas y las que demandan una futura modificación, en aras de garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

**Palabras clave:** Terceros civilmente responsables; responsabilidad civil derivada del delito; proceso penal.

<sup>1</sup> En el momento en que fue elaborado el presente artículo, la autora era estudiante de cuarto año de Derecho.

## Abstract

*The civil liability arising from crime has been the subject of great debates in the Cuban legal system. However, it is still a very important issue, especially due to the changes presented by the new legislations, in which with the purpose of increasing the possibilities of reparation of the victim or injured party, the civilly liable third party was incorporated as an independent procedural subject and, in correspondence, its rights, duties and guarantees were established. This article analyzes the regulation of this procedural subject in the current legislation, as well as the intervention of this subject in the different phases of the criminal process, pointing out the most controversial issues and those that demand a future modification, in order to guarantee the effective judicial protection and the due process of law.*

**Keywords:** *Civilly responsible third parties; civil liability derived from the crime; criminal process.*

## Sumario

I. Introducción; II. El tercero civilmente responsable, el actor civil y el fiador; III. Regulación en el Código penal; IV. Intervención en el proceso penal; 4.1. Su constitución como parte; 4.2. Participación en las fases preparatoria e intermedia. 4.3. Participación en el juicio oral; V. Conclusiones; VI. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

Son varios los conceptos que, desde la doctrina y los diferentes ordenamientos jurídicos, se han presentado en torno a la figura del tercero civilmente responsable (TCR).

Según Claría (Matos, 2018),

es el sujeto particular y accesorio, que por citación o espontáneamente, se introduce en el proceso cuando se ejerce en él la acción civil, por afirmarse que conforme al derecho privado ha de responder por el daño causado con el delito que se atribuye al imputado. (p. 1183)

Mendoza, por su parte —tal como lo cita Matos (2018)—, conceptualiza a los TCR como «aquellos sobre quien [sic] recae la acción resarcitoria en un proceso penal y que tienen la obligación de responder subsidiariamente por el acusado» (p. 1183).

En palabras de Sánchez (2018),

es el sujeto tercero ajeno solidario, quien responderá con el autor directo, en el extremo de la reparación civil, del lesionado o agraviado. En ese caso, la responsabilidad del obligado directo se fundamenta en la calidad de ejecutor del daño. Estableciendo que este es el responsable directo, distinto del tercero civil, que es el responsable, pero no el ejecutor del daño. (p. 16)

Tenidos en cuenta tales conceptos, se pueden extraer elementos esenciales a tener en cuenta para lograr una definición correcta. El TCR es un sujeto procesal y puede ser una persona natural o jurídica que intervendrá en el proceso penal, como consecuencia de la comisión de una actividad delictiva por otra persona a quien está vinculada por una relación de subordinación, cuidado, vigilancia, supervisión, etc., en cuyo concepto le corresponderá el cumplimiento de la responsabilidad civil, ya sea de forma subsidiaria o directa, solidaria o mancomunada, en dependencia de la regulación de cada ordenamiento jurídico.

La figura del TCR no es del todo novedosa en el ordenamiento jurídico cubano, puesto que se podía encontrar regulada en la anterior norma procesal, la Ley No. 5, «De procedimiento penal» (LPP) (Rivero, 2008), que lo mencionaba en varios de sus preceptos como sujeto procesal. En el Artículo 22 (p. 15) se reconocía su derecho a recusar, pero se utilizaba el término «acusado» civilmente responsable, lo cual resultaba incorrecto, pues se está haciendo referencia a dos sujetos procesales diferentes: por un lado, al acusado (que se menciona en inciso diferente) y por otro, al TCR. Sobre este particular, Matos (2018) refiere que

el tribunal debe identificar a dos sujetos procesales, que independientemente de que ambos representen la cara visible del proceso penal, uno va a limitar su participación en el mismo [sic] con la responsabilidad civil, lo que no hace de su participación el centro del proceso, pero sí resulta de vital importancia para la efectividad de la justicia penal. (p. 1203)

En el Artículo 277 de la LPP (Rivero, 2008, p. 167) se regulaba la facultad con que contaban el fiscal, el instructor y el tribunal de aplicar

medidas cautelares de fianza, embargo y depósito de bienes, tanto al acusado como al TCR. Asimismo, en los artículos 281 y 282 (pp. 169, 177), se plasmaba, de forma indirecta, el derecho de estos a la defensa, mientras que en los artículos 312 y 313 (pp. 197-199) se reconocía el derecho a declarar.

Este último precepto resulta de suma importancia, pues se esclarece la obligatoriedad de citar a esta figura para dar inicio al juicio oral. Es decir, en el caso de que existiese en el proceso penal una tercera persona a la que se le atribuyera la responsabilidad civil derivada del delito, sería necesario que esta hubiera sido previamente citada; de lo contrario, se vulneraría su derecho a la defensa y al debido proceso. Solo sería dispensable esta obligación en el caso de que, una vez citada aquella, no se presentara de forma injustificada. Por otro lado, en el Artículo 380 (p. 267), se preveía el derecho del TCR a establecer el recurso de apelación en los aspectos referidos a la responsabilidad civil derivada de la comisión de la actividad delictiva.

Sin embargo, esta legislación no ofrecía un tratamiento correcto a dicha figura, pues, aunque intentaba equiparar sus derechos y garantías con los del acusado, dejaba a un lado aspectos importantes que le permitirían un verdadero derecho a la defensa, como los concernientes a la aportación de pruebas, la participación en las diligencias de instrucción durante la fase investigativa (en lo atinente a la responsabilidad civil), entre otros. Tampoco se especificaba nada sobre la incorporación del TCR al proceso penal ni se ofrecía una conceptualización al respecto. En conclusión, la reglamentación de la intervención de este en el proceso penal era deficiente.

Por su parte, la Ley No. 6, Ley procesal penal militar (LPPM) [GOR-O (33), 1977, pp. 369-469], incorporaba al TCR en sus artículos 37 y 38, y regulaba algunos de los derechos y las garantías que se le otorgarían en el proceso penal.

En materia sustantiva, la Ley No. 21, Código penal (CP), [GOR-O (3), 1979, pp. 47-105], al igual que su antecesora, refrendaba la exigencia de la responsabilidad civil proveniente del delito e incorporaba, también, al TCR (Matos, 2018, p. 1197), lo que se mantuvo con la Ley No. 62, de 29 de diciembre de 1987, de idéntica denominación (Rivero y Bertot, 2017), en cuyo Artículo 70 (p. 111) se consagró el principio de que quien fuera responsable penalmente lo sería, asimismo, en lo civil.

Fueron varias las críticas que, desde la doctrina, se esgrimieron con respecto a ese último precepto, pues de él se deducía que tendrían

responsabilidad civil tanto los autores como los partícipes y los cómplices, en fin, las personas que participaran, en una forma u otra, en la comisión de la actividad delictiva, sin hacer referencia al TCR. Sin embargo, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CG-TSP), mediante el Acuerdo No. 6, de 12 de julio de 1988 (Rivero y Bertot, 2017, p. 119), entendió que los cómplices no estarían obligados a la responsabilidad civil.

La labor interpretativa del TSP también aclaró otros aspectos relativos a la responsabilidad civil de los terceros. La Instrucción No. 195, de 12 de febrero de 2010, se refirió a la determinación de aquella, en caso de existir contrato de seguro, mientras que el Dictamen No. 195, de 17 de julio de 1984 (Rivero y Bertot, 2017, p. 115), acotó la responsabilidad civil de los órganos y organismos, las empresas, organizaciones económicas estatales y cooperativas, cuando la actividad delictiva fuese cometida por alguno de sus funcionarios, empleados o dependientes.

Con la reforma penal, se introducen varios elementos referentes al tema, lo que representa un reto para los operadores del Derecho, en la medida en que deben garantizar la correcta aplicación de la ley, en aras de mantener la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. Recuérdese que esta última tiene como contenido los derechos de acceso a la justicia y los recursos, el deber de motivación de la sentencia y el derecho a la ejecución de esta (Real, 2020, p. 29). El fallo emitido por el tribunal puede quedar reducido a una cuestión formal, si la tutela judicial no se extiende a la ejecución de la sentencia (Real, 2020, p. 37). La mayor dificultad con respecto a esta no se centra en el reconocimiento de la responsabilidad por parte de los tribunales, sino en su ejecutoriedad; de ahí que se haga necesaria(o) la creación o el perfeccionamiento de alternativas para lograr, de forma más expedita, el cumplimiento del fallo, incluida la responsabilidad civil a cargo del tercero.

El presente trabajo pretende sistematizar los elementos que sustentan la intervención del TCR en el proceso penal cubano, a partir de las modificaciones introducidas en la legislación patria, a fin de trazar pautas que permitan perfeccionar la utilización de la figura por los operadores del Derecho. En correspondencia con ello, se analizará la regulación de este sujeto procesal en las normativas sustantivas, así como su intervención en las diferentes fases del proceso penal.

Para lograr los objetivos propuestos se recurre a los métodos: histórico-jurídico, análisis de documentos y comparación jurídica.

## II. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE, EL ACTOR CIVIL Y EL FIADOR

En ocasiones, se suele confundir la figura del TCR con el actor civil y el fiador; no obstante, los tres son sujetos diferentes, que tienen en el proceso derechos, garantías y deberes distintos.

El actor civil es la persona que ocupa la posición de víctima o perjudicado y busca ser resarcida(o) por los daños o perjuicios que se le hayan ocasionado, producto de la comisión de una actividad delictiva. Bien podrá ser el propio sujeto víctima de la acción, o sus sucesores o representantes legales. Este solo ejerce la acción civil, no la penal. En algunos ordenamientos jurídicos, se limita tal facultad a la Fiscalía o el ministerio público (Marchán, 2020, p. 21), como fue el caso de Cuba, durante la vigencia de la derogada LPP (Rivero y Bertot, 2017).

Por su parte, el fiador es quien se obliga personalmente, frente al acreedor de otra relación jurídica, con el fin de reforzar el interés del exacto cumplimiento de la obligación ajena. Es decir, es un tercero que, en el supuesto de incumplimiento de determinada obligación, asume el pago de la deuda en el lugar del deudor principal. En palabras de Barchi (2009), a

la obligación del deudor principal se agrega la obligación del fiador, que tiene una prestación igual a aquella del deudor principal, cual instrumento de garantía del derecho del acreedor frente a este último, con la consecuencia que [sic], una vez cumplida la obligación del fiador, se extingue, por reflejo, también la obligación del deudor originario. (pp. 34-35)

En este caso, la relación jurídica surge del incumplimiento de un contrato o de una obligación. En el campo penal, la fianza se valora como una medida cautelar desde dos puntos de vista: por una parte, para asegurar la presencia física del imputado o acusado en el proceso, y, por la otra, para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito. En el primer caso, la fianza puede ser abonada por una persona (fiador), familiar del acusado, o no, con el objetivo de que este sea puesto en libertad y, en tal condición, se presente a todos los actos para los que sea citado durante el proceso.

Los tres sujetos pueden darse en el proceso penal, pero solo el TCR y el actor civil pueden constituirse como parte. El primero de estos surge del acusado o imputado y el segundo, de la víctima o el perjudicado.

Respectivamente, se encargará de responder por los daños o perjuicios, mientras el otro será quien los exigirá.

### III. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

El nuevo Código penal (CPE) [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696] modificó lo establecido por su antecesor con respecto a la responsabilidad civil derivada del delito, al regular que esta recae sobre los autores y partícipes, y el TCR así declarado, quienes quedan obligados al cumplimiento, a cargo de su patrimonio, en los términos y las condiciones fijados en la ley —Artículo 102.1 (p. 2594).

La ley ofrece una lista de las personas que se considerarán TCR, con independencia de quiénes lo sean penalmente —Artículo 103 [GOR-O (93), 2022, p. 2595]. Con ello, Cuba asume una posición de regulación *numerus clausus*, como anteriormente lo hizo el Código penal español de 1870 (Matos, 2018, pp. 1196-1199). Solo las personas naturales y jurídicas enunciadas en el precepto tendrán aquella condición.

Por su parte, el Artículo 102.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2594] establece que el TCR estará obligado a cumplir con la responsabilidad civil en defecto del pago por el sancionado, es decir, que él responderá de forma subsidiaria: solo en los casos en que la persona comisora de la actividad delictiva no abone la cantidad fijada en concepto de responsabilidad civil. Dicha situación puede darse cuando el obligado se encuentre en estado de insolvencia, debidamente comprobado y declarado por el tribunal, ya sea en el momento en que se dicte la sentencia o posteriormente (si sobreviniera, mientras aquel se encuentra pagando la suma adeudada) o porque su patrimonio no es suficiente para cubrirla de forma total. El TCR responderá con su propio patrimonio, según se consigna en el mencionado Artículo 102.1, ello sin perjuicio de que, después, pueda dirigirse contra el responsable penalmente para que lo rembolse.

La citada ley sustantiva no se pronuncia sobre la posibilidad de que, en un proceso, una misma persona pueda tener más de un TCR. Si la respuesta fuese afirmativa, aún habría que determinar si todos los declarados deberán responder de forma solidaria o se utilizarán criterios para determinar cuál o cuáles de ellos tiene(n) una relación más directa con el hecho ilícito cometido en cada caso. En opinión de la autora, la

última opción resultaría sumamente complicada para los operadores del Derecho, sobre todo para la autoridad que deberá ponderar los diversos intereses. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico cubano, la jurisprudencia no se asume como fuente de Derecho y, mucho menos, en el campo penal, por lo que los jueces no están obligados a adoptar las decisiones de otros. Ello provocaría que se colocara a la víctima o el perjudicado en una posición de inseguridad jurídica.

En cambio, si se sustentara la primera de las hipótesis planteadas, en defecto del pago del sancionado, actuarán todos los sujetos que se consideren TCR, de acuerdo con las reglas de la solidaridad anteriormente descritas. Esta tesis parece ser la aceptada por el ordenamiento jurídico cubano, pues en el Artículo 568.5 c) de la Ley del proceso penal (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4198-4200] se pauta el deber de consignar el carácter solidario de la obligación en la parte dispositiva de la sentencia, en el caso de multiplicidad de deudores.

Si bien la responsabilidad penal se extingue con la muerte del sancionado, la responsabilidad civil solo lo hace cuando el acusado y el TCR fallecen en estado de insolvencia, según resulta del Artículo 91.1 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2590]. De no concurrir aquella situación, tal responsabilidad deberá ser satisfecha por los herederos del obligado. Recuérdese, en este punto, que la responsabilidad civil derivada del delito se asume en concepto de deuda u obligación. Cuando se acepta la herencia, ya sea de forma tácita o expresa, se asumen con ella los bienes y derechos, pero también las obligaciones, como se deduce del Artículo 468.1 de la Ley No. 59 de 1987, Código civil (CC) [Carrasco Perera, 2000, p. 101]. Esta es una de las implicaciones de ser considerado TCR. Las obligaciones serán satisfechas solo hasta el valor de lo heredado y, si hubiera más de un heredero, estos responderán de forma solidaria, pero en proporción al valor de sus respectivas cuotas —Artículo 525.1.2, CC [Carrasco Perera, 2000, p. 110]—, aunque cualquiera de ellos pudiera pagar la totalidad de la deuda, sin perjuicio de la posibilidad de poder dirigirse contra el resto para pedir el reembolso de lo pagado.

En otro sentido, también podrá aplicarse al TCR lo regulado en el Artículo 105.1.2 del CPE [GOR-O (93), 2022, p. 2597], en relación con el embargo de los salarios o cualquier otro ingreso, bienes o derechos embargables que este posea, siempre que no abone la cantidad estipulada o se niegue a hacerlo sin causa justificada.

La ley penal sustantiva regula, de forma novedosa, el trabajo en beneficio de la comunidad, consistente en la obligación de realizar una actividad o un servicio de utilidad pública y comunitaria (no remunerada) —Artículo 38 [GOR-O (93), 2022, p. 2571]. A la vez, ofrece la posibilidad de que el tribunal pueda sustituir la obligación de pago, dispuesta en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, total o parcialmente, por aquella forma de trabajo, si el sancionado no cuenta con ingresos, bienes o derechos para cubrir el monto de la deuda (o los que posee son insuficientes) y la sanción principal lo permite.

Sin embargo, no queda claro si, antes de recurrir a esa variante, debiera realizarse el esfuerzo de obtener el resarcimiento con cargo a un tercero de los obligados legalmente. En opinión de la autora, siempre que concurren los presupuestos para incorporar a un TCR al proceso, tal opción sería preferible, aun cuando se admite que ello no deja de ser polémico, en especial, atendiendo a la variedad de intereses jurídicos a ponderar: de un lado, los de la víctima o el perjudicado, a quien pudiera convenir mejor la solución sustitutiva; de otro, los de la sociedad, a la que interesa particularmente la resocialización de la persona transgresora de la ley penal, más realizable por la vía del trabajo; y, también, los del tercero, que no tendría por qué estar conteste con asumir la deuda de otro, si este puede, por sí mismo, contribuir a su satisfacción, aunque no sea del modo originalmente dispuesto.

## IV. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

Una de las mayores deficiencias señaladas a la derogada LPP, en lo que respecta a la responsabilidad civil derivada del delito, era la de no brindar tratamiento, como sujeto procesal independiente, al TCR (Matos, 2018, p. 1207), a lo que da respuesta el Artículo 143 de la nueva normativa procesal penal. Según dicho precepto, el TCR es «la persona natural o jurídica a la que, sin haber intervenido en el delito, le corresponda satisfacer la responsabilidad civil» [GOR-O (140), 2021, p. 4123].

### 4.1. SU CONSTITUCIÓN COMO PARTE

En algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, para que se incorpore a determinada persona como TCR, es necesario que la fiscalía haga una solicitud, en representación de la víctima o el perjudicado, o que esta(e) se constituya como actor civil independiente. Tales son los casos

del Código procesal penal de Perú —Artículo 111.1 (El Peruano, 2004, p. 24)— y el Código procesal penal de la nación argentina —Artículo 97 (*Boletín Oficial*, 2019, s.p.).

El contenido de la solicitud se regula en las propias normativas procesales penales; como elementos comunes en algunas de ellas aparecen el nombre de la persona que debe considerarse en calidad de TCR, su número de identificación y domicilio. En otros casos, se exige la descripción del vínculo entre el tercero y el sujeto comisor de la actividad delictiva, al igual que las razones de la pretensión del resarcimiento del daño, los fundamentos de derecho y las pruebas en las que se basa la solicitud. La autoridad que dicta la resolución fundada es el tribunal. Esto se debe a que, en varios de los países consultados, se reconoce al juez de instrucción o de fase preparatoria, quien se encarga de velar por el cumplimiento de los principios y las garantías, resuelve peticiones de las partes, otorga autorizaciones y practica pruebas anticipadas. Como ejemplo de lo anterior, sobresale el Código procesal penal de Nicaragua —Artículo 81 (Leyes nicaragüenses, 2021, s.p.).

De acuerdo con el Artículo 143 de la ley adjetiva [GOR-O (140), 2021, p. 4123], el TCR se incorpora al proceso «mediante resolución fundada de la autoridad actuante», sin precisar cuál, toda vez que ello dependerá del estado en que se encuentre el proceso. En la normativa procesal cubana, se encarga a la policía la identificación del TCR para citarlo y recibir su declaración —Artículo 126 e) [GOR-O (140), 2021, p. 4118]—, actuación que estará enmarcada en los casos en que se intenta comprobar la existencia de un delito cuyo marco sancionador no excede de tres años de privación de libertad, es decir, en el atestado.

El Artículo 128 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4119] regula que la instrucción penal tendrá las mismas facultades concedidas a la policía, entre ellas, la de demostrar los vínculos existentes entre el imputado y el tercero. En ambos casos, se atiende al principio fijado en el precepto 13.3 de la ley (p. 4097), conforme al cual la autoridad actuante tiene el deber, en el marco de sus atribuciones, de «esclarecer de forma multilateral y objetiva los hechos y circunstancias, tanto adversas como favorables» que atañen a quienes intervienen en el conflicto, incluido el TCR.

Una vez cumplidas dichas previsiones, se le dará traslado al fiscal, por medio del expediente de fase preparatoria y será la fiscalía quien, valorando los elementos de prueba aportados y las circunstancias del delito, dictará resolución fundada en la que considere al tercero como

parte del proceso. La no indagación sobre la existencia del TCR y la falta de pruebas de su relación con el acusado pueden constituir un motivo de devolución del expediente por parte del fiscal al instructor. Sobre este último particular, se pronuncia la Resolución No. 7 de 2022, de la fiscal general de la República, «Procedimiento para el trabajo del fiscal en los procesos penales», cuando en su Artículo 36.8 expresa que «durante el control de la instrucción, si el fiscal considera que es necesario ampliar la declaración del tercero, señala los aspectos que contiene esta y hace énfasis en que se compruebe el dicho con otros medios probatorios» (Fiscalía General de la República, 2022, s.p.).

Actualmente, en el formulario de resoluciones de la fiscalía, se puede encontrar una proforma del auto que dictará el fiscal para considerar a determinado sujeto como TCR. Es aquí donde se debe fundamentar bien el nexo que existe entre el incumplimiento del deber de vigilancia, de cuidado, etc., del tercero, y la actuación delictiva del imputado, lo cual se debe sustentar en los medios de pruebas obtenidos por la instrucción.

La legislación cubana es omisa acerca del momento en que se debe dictar la resolución para incorporar a este sujeto al proceso penal. Sin embargo, le otorga varias garantías, entre ellas, la de participar en las diligencias de investigación, aportar pruebas y otras, de lo que se deduce que debe estar nombrada, por resolución, como TCR, antes de que esas acciones se practiquen. El tercero se constituye como parte, entonces, en la fase preparatoria o durante la investigación (atestado). No obstante, pudieran existir quienes consideren que puede incorporarse en una etapa posterior a la preparatoria, sin que ello implique una violación de los derechos y las garantías de este ni suponga una causa de nulidad. En tal caso, si el tercero desea participar en alguna diligencia de investigación realizada antes de su incorporación al proceso, deberá procederse a repetirla con su presencia. El argumento utilizado por los defensores de esta tesis es que resulta mucho más fácil identificar a la presunta víctima, el presunto comisario de la actividad delictiva y los testigos que a la persona que deberá actuar como TCR, además de que, para lograr tal identificación, se requieren conocimientos jurídicos relacionados con la producción de daños y perjuicios.

En opinión de la autora, no debiera llegarse a etapas posteriores del proceso sin haber instruido a la persona que corresponde como TCR. La repetición de algunas de las diligencias de instrucción pudiese llevar a la

revictimización. Piénsese, por ejemplo, en una víctima o un perjudicado que ya asistió a un careo y debe someterse nuevamente a él para que participe el tercero. Por otra parte, se debiera valorar que la incorporación tardía al proceso de esta figura pudiera provocar la lesión de derechos y garantías reconocidas en la Carta Magna, como el debido proceso penal, que comprende el derecho a la defensa técnica. Esto pudiese provocar que el TCR desconozca el alcance de su responsabilidad en el proceso y los recursos con que cuenta para ejercer su derecho a contradecir. Asimismo, el tiempo de que dispondría para conocer y analizar los cargos, recabar los medios de prueba que argumenten su pretensión y diseñar una estrategia de defensa apropiada sería mucho más reducido (Guerrero, 2022, pp. 96-98), todo lo que pudiera conllevar a una nulidad absoluta, con la consecuencia de que el resultado de la diligencia así practicada quedaría sin efecto e imposibilitada de repetición.

En conclusión, siguiendo las palabras de Padilla (Sánchez, 2018):

A pesar de que la persona natural o jurídica calificada como tercero civil responsable debe tener la posibilidad de oponerse a ser considerado como tal, muchas veces se le incorpora indebidamente al proceso penal, esto es, cuando concluye la investigación preparatoria, la etapa de juzgamiento o, incluso, durante la ejecución de sentencia, porque se malentiende que lo principal en el referido proceso es pronunciarse sobre la pretensión penal. Esta forma de incorporar al tercero civil responsable al proceso, evidencia la manifiesta vulneración de garantías procesales que se producen en contra del referido sujeto procesal, puesto que se le priva de la posibilidad de contradecir la promoción del ejercicio de la acción penal. (p. 22)

El auto de la fiscalía al que anteriormente se hizo referencia es trasladado al instructor penal, quien debe notificar a la persona que se pretende reconocer como TCR, lo cual constituye un requisito indispensable para considerarlo parte en el proceso penal —Artículo 144.1 [GOR-O (140), 2021, p. 4124].

Nada dice la ley, expresamente, sobre si, una vez notificado, el tercero pudiera aportar las pruebas que estime pertinentes para sustentar por qué no se debiera considerar como tal. Tampoco se pronuncia con relación a esta cuestión en el momento del juicio oral. No obstante, el Artículo 144.2 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4124] reconoce el derecho de este sujeto a interponer los recursos contra las actuaciones de

la autoridad actuante, de lo que se deduce la posibilidad de impugnar su nombramiento como TCR y, en esa oportunidad, proponer pruebas.

## 4.2. PARTICIPACIÓN EN LAS FASES PREPARATORIA E INTERMEDIA

La nueva normativa procesal constituye un paso de avance con respecto a la anterior, dado que regula, expresamente, las facultades y garantías que tendrán quienes intervengan como TCR; a pesar de ello, aún existen algunas inconsistencias en ella. Como consecuencia de la declaración del TCR como sujeto independiente, la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251] intenta dotarlo de los mismos derechos y garantías que al acusado, con la particularidad de que gozará de estos solo en lo referente a la responsabilidad civil derivada del delito.

Este sujeto procesal tiene la posibilidad de: nombrar, desde su incorporación al proceso, un defensor técnico diferente al del acusado (Artículo 144.1, p. 4124), pero con idénticas facultades; acceder a las actuaciones e intervenir en las diligencias o acciones de instrucción que incorporen elementos probatorios, así como formular peticiones y observaciones al instructor penal, al fiscal y al tribunal (artículos 144.2 y 183, pp. 4124 y 4131, respectivamente); aportar pruebas y firmar las diligencias en las que participe (artículos 144.2, 181 y 183, pp. 4124, 4130 y 4131, en ese orden); acceder a la causa y formular conclusiones provisionales en correspondencia con las de la acusación (artículos del 461 al 464, p. 4180).

Ahora bien, si para un mismo comisor existieran varios TCR y estos fueran entidades diferentes, por ejemplo, que se tratase de una persona jurídica estatal y una empresa aseguradora, ¿sería posible nombrar a más de un abogado defensor o el mismo tendría que asumir la defensa de ambas? Debido a la poca utilización de la figura en el ordenamiento jurídico cubano, no existen criterios empíricos para sustentar alguna de estas tesis.

En la consideración de la autora, la pluralidad de representantes técnicos estaría avalada por la multiplicidad de sujetos y el derecho que les asiste para escoger un defensor. Si se tiene en cuenta que la nueva normativa procesal intenta equiparar los derechos del TCR a los del acusado y que este puede nombrar a más de un defensor —derecho que también asiste a la víctima o el perjudicado—, no parece que exista problema para admitir que aquel tenga igual opción. Es decir que, en

el proceso, tienen la posibilidad de participar un defensor o varios, en representación de cada TCR, en la forma que permite el Artículo 131 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4121].

Lo anterior no impide la utilización de una misma defensa técnica para todos los TCR, siempre que no existan intereses contrapuestos entre ellos y así lo acuerden o se decida por el tribunal, en la forma que permiten los artículos 462 y 496.2.3 de la ley rituaría [GOR-O (140), 2021, pp. 4180, 4186].

Al TCR también le asiste, por ley, el derecho de recusar a los actuantes (magistrado, juez, fiscal, instructor, policía, perito) por la concurrencia de motivos justificados (artículos 20, 21 b) y, en general, 22-35, pp. 4099-4101); además, la figura se incorpora entre las excusas absolutorias, al ser una de las personas que no están obligadas a denunciar (Artículo 152, p. 4125).

En el Artículo 18 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4098], se hace referencia a la satisfacción del resarcimiento, como uno de los presupuestos a tener en cuenta por el fiscal para prescindir de la presentación de las actuaciones al tribunal y abstenerse de ejercer la acción penal.

En el apartado tres de ese precepto, se mencionan los sujetos que participarán en la eventual conciliación de la responsabilidad civil: el imputado, la víctima o el perjudicado y sus defensores. Se deja fuera al TCR y su defensor. Si entre los objetivos que se persiguen con este método está el de lograr el resarcimiento de la víctima, es decir, el cumplimiento de la obligación resarcitoria, carece de sentido que se excluya al tercero, lo que, a juicio de la autora, dificulta aquel propósito y afecta la garantía de defensa de este sujeto procesal. Por consiguiente, se estima que siempre que él sea parte del proceso, deberá —*mutatis mutandi*— participar en la conciliación. Su incorporación en tal acto, sin embargo, presupone que deba mostrar conformidad con su propia responsabilidad y la cantidad exigida, pues, de lo contrario, tales particulares deberán ser sometidos a prueba y contradicción. Ello pudiera impedir la aplicación del principio de oportunidad.

La figura objeto de estudio también podrá intervenir en los acuerdos reparatorios, regulados en los artículos del 439 al 441 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4175-4176]. Si bien este sujeto no se menciona expresamente en el primero de esos preceptos, en él se refiere que los acuerdos tendrán lugar «[...] directamente o mediante la intervención de mediadores elegidos por los intervinientes, entre la víctima o el perjudicado y los

presuntamente responsables [...]» (p. 4175); este último sintagma incluye tanto a los comisores del delito como a los TCR. El Artículo 440 (p. 4175), por su parte, establece que la aprobación de los acuerdos requiere del consentimiento libre y con pleno conocimiento de sus derechos por parte de los intervinientes. El cumplimiento del acuerdo reparatorio extingue la responsabilidad civil derivada del delito.

En otra línea, el TCR podrá participar en las acciones o diligencias de instrucción. Entre ellas se pueden mencionar algunas reguladas en la LPRP, como la reconstrucción de los hechos (Artículo 201.2, p. 4133), el experimento de instrucción (Artículo 203.2, p. 4134) y el careo (Artículo 283, p. 4148). La presencia de aquel sujeto en ellas tiene como objetivo garantizar la transparencia de las investigaciones en el proceso penal, puesto que podrá observar que los procedimientos se realicen de conformidad con lo reglamentado.

Asimismo, en los artículos del 493 al 496 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, pp. 4185-4186], se regula la declaración del TCR. Especial mención merece la posibilidad de abstenerse de declarar o de hacerlo cuando desee y en más de una ocasión, siempre que tenga nuevos elementos que aportar, así como la de nombrar defensor, en el caso de que aún no lo posea. Cuando se trate de personas jurídicas, se seguirán las propias regulaciones.

Entre las implicaciones de que el TCR sea considerado como parte del proceso se encuentra la de que sus bienes y derechos puedan ser objeto de medidas cautelares, con el objetivo de «garantizar el cumplimiento de las obligaciones de carácter civil provenientes del delito», como se reconoce en el Artículo 372 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4163]. Esto es susceptible de ocurrir en cualquier fase del proceso y el tercero o su defensor puede solicitar la modificación de la medida aplicada.

Son varias las cautelas que pudieran resultar de aplicación, incluidas la fianza, el embargo y el depósito. Con respecto a las dos últimas, el ordenamiento jurídico cubano establece limitaciones relativas a los bienes objeto de ellas —Artículo 373 [GOR-O (140), 2021, pp. 4163-4164]. El tercero podrá ser designado como encargado de conservar determinado bien en concepto de depósito preventivo.

Si el TCR es una persona jurídica, se le pueden aplicar las medidas cautelares dispuestas para ella en la legislación procesal, entre las que cabe citar la prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados

bienes, incluida su enajenación; la fianza, el embargo y el depósito preventivo de bienes, entre otras.

Según el Artículo 190 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4132], el TCR puede ser objeto de acciones investigativas que recaigan sobre la integridad física del individuo, para lo cual se necesita de la autorización del fiscal por medio de una resolución motivada; estas son las llamadas intervenciones corporales. A juicio de la autora, tales acciones no debieran comprender a este sujeto procesal, ya que su objetivo es obtener información relacionada con el hecho delictivo para conocer la verdad material. Sin embargo, el TCR no tiene responsabilidad penal, no responde por haber intervenido en la comisión del hecho delictivo, sino, subsidiariamente, por los daños o perjuicios derivados de él. La utilización de las técnicas en el tercero pudiera lesionar de forma injustificada derechos y garantías consagrados en la Carta Magna. En conclusión, si bien resulta difícil de imaginar una situación en la que se deba realizar una intervención corporal a un TCR, ello no debiera estar permitido.

### 4.3. PARTICIPACIÓN EN EL JUICIO ORAL

En el supuesto de que haya conformidad con la acusación, pero exista responsabilidad civil derivada del delito y la presencia en el proceso de un TCR, se necesita el consentimiento de este último, junto con el del acusado y el de la víctima o el perjudicado, para prescindir de la celebración del juicio oral. De ello se deduce que, si el tercero no está de acuerdo, el proceso deberá continuar hasta su última etapa.

Para la celebración del juicio oral, será necesaria la citación previa del sujeto en cuestión, no así su presencia; si él se ausenta, injustificadamente, a una de las sesiones, el tribunal queda dispensado de tener que citarlo para las restantes —Artículo 496.1 [GOR-O (140), 2021, p. 4185]. En cambio, la presencia del defensor de aquel es obligatoria; en el caso de que no lo tuviera, el juzgador designará uno de oficio entre los presentes —Artículo 496.3 [GOR-O (140), 2021, p. 4186]. Lo anterior no excluye la posibilidad de que acudan al juicio tanto el tercero como su defensor. La defensa técnica solo podrá referirse a la responsabilidad civil derivada del delito, es decir, las alegaciones y los argumentos de esta parte estarán relacionados, únicamente, con la existencia o inexistencia del daño o perjuicio, su magnitud y, en correspondencia con ello, el monto de la responsabilidad solicitada.

Con respecto a la declaración, al TCR le asisten los mismos derechos que al acusado, de modo que puede decir si declara o no; en este último caso, el silencio no ha de interpretarse en su contra. También, le está permitido contestar preguntas del tribunal, el fiscal o acusador particular, el abogado de la víctima o el perjudicado, el acusado o su defensor, en lo referido a la responsabilidad civil derivada del delito; además, su defensor podrá realizarles preguntas a todos ellos —Artículo 496.1 [GOR-O (140), 2021, p. 4185].

En los casos en que el tribunal emplee la *fórmula* en cuanto a la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito o se pronuncie a favor de variar la cuantía, en perjuicio del obligado a satisfacerla, el Artículo 548 de la LPRP [GOR-O (140), 2021, p. 4195] prevé el derecho del acusado, su defensor y el fiscal para expresar sus criterios al respecto. Se omiten, en cambio, al tercero (y/o su abogado), lo cual parece ilógico en el supuesto contemplado en el Artículo 546.1 e) (p. 4194), ya que si fuera él quien tuviera que abonar la cantidad fijada, debiese dotársele del derecho a expresar su parecer al respecto, en el acto o en la oportunidad que se disponga, de no estar suficientemente preparado para el debate, como permite el Artículo 548 de la citada ley procesal (p. 4195), garantías que el tribunal debiera conceder aun cuando no estén expresamente previstas, por ser inherentes al derecho a la defensa.

La figura del TCR es mencionada, también, en la LPRP [GOR-O (140), 2021] en los apartados referentes a las causas por las que se suspende el juicio oral, de oficio o a instancia de parte. Específicamente, en el Artículo 538.4 (p. 4192), se regula que, si este sujeto enferma, se suspende el juicio oral y se señala para una nueva fecha, que no puede exceder de 10 días. Cuando quien enferma es el defensor, se procura evitar la suspensión mediante la designación de otro en condiciones de asumir eficazmente la defensa en el acto; solo si ello no es posible, se procede a suspender el juicio y se nombra, de oficio, otro defensor, a quien se instruye para que defienda al tercero, si la enfermedad del designado se prolonga más allá de ese término.

## V. CONCLUSIONES

La figura del TCR no es del todo novedosa para el ordenamiento jurídico cubano; sin embargo, con la aprobación de la Ley No. 143, Del proceso penal, se regula como un sujeto procesal independiente, que

cuenta con una serie de garantías, derechos y obligaciones en el proceso penal, todos ellos dirigidos a aumentar las posibilidades de resarcimiento a la víctima o el perjudicado.

Para que alguien sea considerado como TCR en un proceso penal, debe existir una relación de subordinación, cuidado, vigilancia..., en el momento de los hechos, entre él y quien comete la actividad delictiva. La responsabilidad del tercero será subsidiaria con respecto a la del sujeto comisor, pues solo abonará lo fijado por daños o perjuicios, en el caso de que este sea insolvente o su patrimonio no sea suficiente para cubrir la cuantía total, sin perjuicio de poder exigir, posteriormente, el reembolso de lo pagado.

La mayor dificultad con respecto a la participación del TCR en el proceso penal cubano es su identificación y nombramiento. Esto se debiera realizar en la fase preparatoria, ya que, de lo contrario, se vulnerarían derechos y garantías, lo que podría ser causa de nulidad absoluta.

El TCR, una vez notificado de su nombramiento, es parte del proceso y puede ejercer los derechos que le correspondan en ese concepto, entre ellos, el de nombrar un defensor, impugnar las decisiones que lo afecten y proponer los medios de prueba que estime pertinentes para demostrar su no vinculación en el hecho investigado o aminorar el *quantum* de la responsabilidad.

En las fases intermedia y de juicio oral, al TCR le asisten los mismos derechos que al acusado, aunque su intervención está limitada, lógicamente, a la responsabilidad civil. A pesar de este principio general, previsto en la legislación procesal, algunos preceptos contienen omisiones que habrán de ser suplidas por los tribunales, en aras de dar cumplimiento a las garantías del debido proceso penal; tal es el caso de su participación en la conciliación y en el trámite de aplicación de la *fórmula*. Asimismo, se debiera evitar la realización de intervenciones corporales en este sujeto.

## VI. REFERENCIAS

Barchi Velaochaga, L. (2009). Apuntes sobre la fianza en el Código civil peruano. *Ius et Veritas*, 19(39), 34-64. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12168>

- Código procesal penal de la nación argentina. (2019). *Boletín Oficial*. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/1999597/20190107>
- Código procesal penal de la República de Nicaragua. (Octubre 31, 2021). *Leyes nicaragüenses*. <https://www.leyesnic.com/codigo-procesal-penal-de-nicaragua>
- Código procesal penal de Perú. (Julio 29, 2004). *El Peruano*. <https://diariooficial.elperuano.pe>
- Guerrero Paredes, E. (2022). *El debido proceso del tercero civil responsable en el proceso penal peruano* [tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
- Ley No. 6, Ley procesal penal militar. (Agosto 18, 1977). GOR-O (33), 369-469.
- Ley No. 21, Código penal. (Marzo 1.º, 1979). GOR-O (3), 47-105.
- Ley No. 59, Código civil. En Carrasco Perera, Á. (Ed.). (2000). *Código civil y leyes civiles cubanas*, 15-116. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ley No. 62, Código penal. En Rivero García, D., y Bertot Yero, M. C. (2017). *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del CG-TSP)* (3.ª ed.). Ediciones ONBC.
- Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- Marchán Samaniego, P. K. (2020). *Obligaciones del tercero civilmente responsable en el proceso penal y la afectación al derecho a la tutela efectiva de la víctima en el Distrito Judicial de Tumbes, 2017-2018* [tesis en opción del título profesional de abogado, Universidad Nacional de Tumbes, repositorio Untumbes]. <http://repositorio.untumbes.edu.pe/handle/UNITUMBES/2170>
- Matos Hidalgo, L. (Septiembre-diciembre, 2018). Realidades normativas de la persona jurídica como tercero civilmente responsable en los procesos penales cubanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(3), 1177-1215. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2315025>

- Real Alcalá, J. A. del. (2020). El derecho a la tutela judicial efectiva. Teoría general. En Lledó Yagüe, F., Benítez Ortúzar, I. y Mendoza Díaz, J. (Dtores.). *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, 21-38. Dykinson-ONBC.
- Resolución No. 7 de 2022, Procedimiento para el trabajo del fiscal en los procesos penales. (Enero 1.º, 2022). Fiscalía General de la República de Cuba. Documento inédito.
- Rivero García, D. (2008). *Ley de procedimiento penal y Disposiciones del CG-TSP (Comentarios)*. Ediciones ONBC.
- Sánchez Veramendi, J. B. (2018). *Tercero civilmente responsable en los delitos por accidente de tránsito* [tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad San Pedro]. <http://revista.pucp.pe.edu.pe/index.php/themis/article>

---

## PREVENCIÓN PERICIAL CRIMINALÍSTICA

### CRIMINALISTIC EXPERT PREVENTION

#### ■ M.Sc. ELIZABETH GONZÁLEZ ALCOBER

Primer perito criminalista, profesora e investigadora auxiliar,  
Laboratorio Central de Criminalística, Cuba

<https://orcid.org/0009-0000-1128-203X>

[leoliliam@gmail.com](mailto:leoliliam@gmail.com)

#### ■ DRA. ZAREZKA MARTÍNEZ REMIGIO

Profesora titular y consultante, Facultad de Derecho,  
Universidad de La Habana, Cuba

<https://orcid.org/0000-0001-7305-4470>

[zarezka@rect.uh.cu](mailto:zarezka@rect.uh.cu), [Zarezka2016@gmail.com](mailto:Zarezka2016@gmail.com)

#### ■ DR. JOSÉ ÁNGEL POSADA JEANJACQUES

Profesor e investigador titular, jefe de la Unidad de Preparación y Ciencias,  
Dirección de Criminalística, Cuba

<https://orcid.org/0009-0007-8402-8324>

[japosada123@gmail.com](mailto:japosada123@gmail.com)

---

## Resumen

La prevención pericial criminalística constituye una actividad priorizada en Cuba. Realizada desde los primeros años del triunfo de la Revolución por peritos criminalistas, ha reportado múltiples beneficios sociales, económicos y políticos, dada su esencia proactiva, en tanto garantiza la seguridad y tranquilidad nacionales. A pesar de su importancia y reconocimiento, es una actividad poco abordada y conocida desde el punto de vista teórico, carente de conceptos claros, atemperados a características sociales, circunstancias históricas actuales y situación operativa imperante. Este trabajo persigue el objetivo general de valorar la prevención que realizan los peritos criminalistas en Cuba. En él quedan definidos conceptos como «prevención pericial criminalística», «suceso extraordinario» y «sistema de

prevención pericial criminalístico», al igual que los objetivos que este persigue, su clasificación y tipos. Tal construcción teórica contribuye a una mejor organización de la actividad y su impacto socio-jurídico.

**Palabras clave:** Prevención; pericia; técnica criminalística.

## **Abstract**

*Crime prevention is a priority activity in Cuba. Carried out since the first years of the triumph of the Revolution by criminal experts, it has brought multiple social, economic and political benefits, given its proactive essence, as it guarantees national security and tranquillity. Despite its importance and recognition, it is an activity that is little approached and known from a theoretical point of view, lacking clear concepts, adapted to social characteristics, current historical circumstances and the prevailing operational situation. This work pursues the general objective of assessing the prevention carried out by criminal experts in Cuba. It defines concepts such as «criminalistic expert prevention», «extraordinary event» and «criminalistic expert prevention system», as well as their objectives, classification and types. This theoretical construction contributes to a better organisation of the activity and its socio-legal impact.*

**Keywords:** Prevention; expertise; criminalistic technique.

## **Sumario**

I. Introducción; II. Desarrollo; III. Conclusiones; IV. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En Cuba, la prevención del delito constituye una prioridad, refrendada en la política económica y social del Estado, a partir de la repercusión social y las afectaciones que provocan las conductas delictivas a la economía individual y estatal. El impacto que tuvo el triunfo revolucionario en todas las esferas de la sociedad sentó las pautas de la práctica preventiva comunitaria cubana, paradigma expresado en la instrumentación del programa trazado en *La Historia me absolverá*, como es conocido el alegato de Fidel Castro Ruz, en el juicio contra los asaltantes al cuartel Moncada, en 1953.

Parte de las múltiples transformaciones del Gobierno Revolucionario en los órdenes político, social y económico del país, fue el emprendimiento de programas para modificar el contexto social desfavorable predominante, fundamentalmente en el área rural, durante los primeros años de la década del 60 del siglo xx. Se destacan las profundas transformaciones en el campo de la educación, con la gloriosa Campaña de Alfabetización (1961), antesala de lo que sería, hasta la actualidad, el logro del establecimiento de una enseñanza universal y gratuita, a la que se sumaron campañas de vacunación y de higienización, con el establecimiento de un sistema de salud también gratuito. Entre los fines del proyecto social, sobresalen la eliminación gradual de condiciones sociales desfavorables, como la marginalidad, el desempleo, la falta de educación e instrucción, entre otros, los que han constituido el camino hacia la disminución gradual del delito y su impunidad.

Hoy en día, la prevención del delito continúa siendo una tarea de todo el pueblo, bajo la dirección del Partido Comunista de Cuba (PCC) que, como fuerza dirigente superior de la sociedad y el Estado cubanos, traza la política de prevención, en correspondencia con los Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución, actualizados en el VIII Congreso del PCC (2021). El modelo cubano está en correspondencia con las tendencias internacionales actuales y lo que promueve, en esta esfera, la Organización de las Naciones Unidas, lo cual ha contribuido al perfeccionamiento y la modernización del sistema de justicia penal, ajustado a las tradiciones y características de la sociedad cubana.

En el complejo y diverso trabajo social de prevención del delito en Cuba, se involucran los órganos del Ministerio del Interior (MININT), como sujetos especializados en la prevención. Al respecto, Castro Ruz (1971) planteó:

La Revolución tiene que prevenir, reprimir, reeducar y esas tres tareas son tareas del pueblo, en que los funcionarios del orden interior son su cuerpo más preparado, más especializado, su brazo ejecutivo, es decir, el instrumento del pueblo, que es el que debe librar esa lucha. (s.p.)

La prevención que desempeña el MININT no resulta una actividad aislada. Forma parte de una política social, estatal, que aúna a especialistas de distintas áreas del saber correspondientes a diferentes ministerios, en un equipo multidisciplinario de investigación del delito o

de un suceso extraordinario. Entre aquellos, se cuentan los de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), Salud Pública (MINSAP) —con su Dirección de Higiene y Epidemiología—, y la Agricultura (MINAG), con sus distintas dependencias, y otros que se consideren necesarios a los efectos investigativos. Con un funcionamiento armonioso y sistemático, tal modelo se aviene a la estrategia social preventiva que desarrolla el país, en pos de la seguridad y el bienestar social nacionales. Esto lo ratifica Fontes (2018, p. 45) al plantear que la integración sistémica no es rígida, sino que se puede convocar a cuantos órganos se precisen, ya sean del MININT o de los Organismos de la Administración Central del Estado Cubano.

En el sistema, participan, como sujetos especializados, las distintas direcciones del MININT, con funciones bien definidas, en correspondencia con sus misiones particulares. La integración garantiza que la investigación sea más profunda, focalizada y mejor dirigida, capaz de abarcar cuanto factor de riesgo propiciatorio de ilícitos o sucesos extraordinarios exista, lo cual constituye una fortaleza. Como apunta Zamora (2012, p. 20), actuar de forma integrada constituye un arma eficaz para prevenir el delito. Ningún eslabón de la cadena que forma el enfrentamiento por sí solo es capaz de resolver tan compleja tarea.

La Criminalística es la ciencia que establece los métodos para el descubrimiento, la recolección y el análisis de los indicios y las pruebas, con el fin de esclarecer individualmente los hechos delictivos ocurridos, determinar su autoría y establecer su prevención; con una evolución histórica, métodos y objeto de estudio propios; aplicativa, resolutive y en permanente desarrollo dialéctico. En otras palabras, estudia las leyes particulares de la investigación, la valoración y el empleo de las pruebas, así como los métodos de su investigación durante el esclarecimiento y la prevención de los delitos y sucesos extraordinarios (Posada, 2019, p. 435).

La técnica criminalística, como parte de la ciencia criminalística, prioriza el enfrentamiento y esclarecimiento del delito, mediante la peritación de huellas, indicios y vestigios, relacionados con un hecho delictivo, a la vez que cuenta con una función no menos significativa: la preventiva. Para el logro de ambas funciones destina recursos tecnológicos, logísticos y de todo tipo, medios e insumos y un valioso personal especializado. La labor preventiva tiene un fin social, responde a los intereses del Estado y a su legislación, en el contexto de la formación económico-social

y del momento histórico-concreto, a la vez que ha sido poco valorada y estudiada; en tal sentido, se constata escaso tratamiento teórico e insuficientes escritos sobre el tema y su relevancia. Destacan Herrer (1990), Fernández Pereira (1998), Dustet (2008), Zamora (2012), Núñez (2002), Martínez Remigio (2015), Hernández de la Torre (2017), Fontes (2018) y Posada (2019).

El objetivo del presente trabajo es el de valorar la prevención pericial desde la actividad que realizan los peritos criminalistas en Cuba.

## II. DESARROLLO

En el enfrentamiento al delito a nivel mundial se reconocen dos vías principales: la prevención y la represión. Aunque, en esencia, resultan opuestas, en las sociedades contemporáneas, la elección de una u otra no es absoluta, sino que se suelen conjugar en la identificación de soluciones frente a la escalada delictiva, en la que se abre espacio, cada vez más, la prevención. Según el *Diccionario de la lengua española* (2023), tal vocablo proviene del latín *praeventio*, sustantivo femenino que «indica la acción y efecto de prevenir/preparación, disposición que se toma para evitar algún peligro» (Real Academia Española, s.p.).

La prevención, como alternativa frente al delito, constituye una realidad palpable, no exenta de discusión, desde el punto de vista teórico, en los ámbitos criminológico, criminalístico, penal y jurídico. Para reflexionar sobre la evolución y el desarrollo de la prevención del delito que realizan los peritos criminalistas, como proceso a nivel mundial, y considerar su complejidad y desafíos, es preciso enmarcarla y conceptualizarla, no sin antes comprender que se trata de una tarea difícil y polémica, debido a que parte de la información sobre las políticas e intervenciones en materia de prevención no es siempre fácilmente accesible o disponible públicamente, tal como confirma el V Informe internacional sobre prevención de la criminalidad y seguridad cotidiana: Las ciudades y la nueva agenda urbana (2016).

La prevención pericial criminalística se considera una característica de la escuela cubana de criminalística, aunque no un elemento distintivo. Según Posada (2019, p. 489), las primeras noticias acerca del empleo de esta técnica, con fines preventivos, datan de la década del 60 del siglo xx; primero, como aplicaciones aisladas de conocimientos o como pro-

cedimientos concretos de la pericia criminalística y, después, a partir de algunos intentos de sistematización.

El análisis y la revisión de dictámenes de acciones preventivas y la experiencia en la actividad de los autores conllevan a plantear, como objetivos de la prevención pericial criminalística, los siguientes:

- Detectar situaciones o identificar factores de riesgo/peligro, en centros de interés antes de que se produzca un delito, suceso extraordinario o acción negligente, con afectación a la seguridad y salud de las personas o a la propiedad, al comprometer sus procesos (producción, servicio, distribución, comercialización u otro).
- Identificar los métodos y medios empleados para la comisión de hechos delictivos que conlleven la sustracción indebida de recursos materiales y de otra índole.
- Identificar vulnerabilidades, riesgos o problemáticas, no previstas en el diseño o en los procesos de análisis en el trabajo, que propicien la comisión de delitos en objetivos de interés económico, político o social.
- Identificar y valorar el impacto de violaciones, incumplimientos o inadecuado cumplimiento de la legislación o normas técnicas, sanitarias, de higiene, seguridad física, biológica, química o ambiental en procesos productivos o de servicio.
- Prevenir la ocurrencia o repetición de daños, por deterioro de equipos e instalaciones.
- Detectar anomalías que pueden suponer un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, o de la organización de un evento social de connotación nacional e internacional.
- Proponer medidas para la mejora continua, o la atenuación de riesgos de una determinada actividad.
- Garantizar la seguridad y salud de personalidades del Estado, el Partido y el Gobierno nacionales y extranjeros.

El objeto social del perito criminalista es la investigación de la huella, por lo que la actividad preventiva parte del análisis de aquella que puede propiciar la ocurrencia de un hecho delictivo o contribuir al pronóstico de un suceso extraordinario, con una consecuente especialización en sus métodos, técnicas, concepciones y funcionamiento en general, que garantiza una mejor efectividad ante los retos que impone la

complejidad de la situación operativa. El proceso de búsqueda y ocupación de huellas, indicios, vestigios y otros elementos propiciatorios de un ilícito o un suceso extraordinario resultan pasos claves en la labor del perito criminalista. Contar con métodos y medios tecnológicos acordes y seguir un orden lógico son cuestiones determinantes en tal sentido, sin obviar lo necesario de planificar la estrategia de búsqueda, en donde se debe conocer cuáles son los recursos con que se cuenta, el tiempo de que se dispone, las características del lugar, entre otros aspectos esenciales, sin descuidar la debida celeridad, racionalidad y objetividad que demanda un proceso investigativo.

El perito realiza una labor de prevención del delito mediante el pronóstico criminalístico. Al revelar, analizar, describir las características generales y particulares de una huella, se encuentra en condiciones de diagnosticar o identificar su origen, lo cual realiza mediante la ejecución de peritajes (diagnósticos o identificativos), a partir de los cuales podrá pronosticar qué sucederá con ella a corto, mediano o largo plazos y su impacto en la consecución de un delito o suceso extraordinario. A partir de estos resultados y de la emisión de medidas, se sugieren acciones preventivas que contribuyen a reducir o evitar las causas y condiciones que favorecen el hecho.

La objetividad y confiabilidad que se logren en el pronóstico tienen su reflejo en la prevención y la incidencia del delito y deben impactar en la percepción del infractor sobre la seguridad y la justicia. El pronóstico criminalístico no debe respaldarse solo en la intuición del perito, sino en una sólida cultura científica y la experiencia de trabajo, para que resulte lo más preciso y correcto posible.

La respuesta brindada por la técnica criminalística, sustentada en el conocimiento científico, está en correspondencia con el nivel de preparación técnico-profesional alcanzado por el personal, la moderna tecnología de que este dispone y la experiencia acumulada durante años, como lo constata el trabajo preventivo tras los hechos de terrorismo, agresiones biológicas, robos y otros, de los que Cuba ha sido víctima. La pericia que caracteriza a estos especialistas les permite emitir y realizar evaluaciones acerca de posibles peligros o riesgos en el transcurso de una investigación preventiva determinada.

A pesar de las condiciones socio-económicas existentes y los enormes esfuerzos del país, así como los avances logrados al respecto, el modelo cubano criminalístico de actuación, dedicado a la prevención del delito,

requiere de perfeccionamiento, dadas las funciones asignadas, los escenarios actuales de enfrentamiento y las fisuras en la preparación del personal. Al respecto, la técnica criminalística cubana cuenta con un sistema propio, al que se le nombra Sistema de Prevención Técnico-Criminalístico Cubano (SPTCC), para interactuar con el resto de los órganos u otros factores en la prevención del delito, definido como el conjunto de las disciplinas de la técnica criminalística que, desde los conocimientos particulares de su disciplina, aunados a los del resto de los órganos de enfrentamiento y protección, intervienen en una misma investigación criminalística técnico-profiláctica y aportan elementos, basados en fundamentos científicos, que revelen las causas y condiciones que hayan contribuido o puedan contribuir a la ocurrencia de hechos delictivos o sucesos extraordinarios y, en consecuencia, dicten las medidas necesarias para evitarlos o erradicarlos (Núñez, 2002, p. 30).

A juicio de los autores, sería más prudente nombrarlo Sistema de Prevención Pericial Criminalístico, al considerarse que, de acuerdo con el modelo referencial del perito, la actividad que este realiza es, eminentemente, pericial, lo que no solo implica el empleo de técnicas, como aquella denominación sugiere.

El análisis del concepto enunciado por Núñez (2002, p. 30), concebido en la década del 90 del siglo xx, a la luz de la Ley del proceso penal (LPRP) [GOR-O (140), 2021, pp. 4095-4251], y de la misión y funciones de los peritos criminalistas cubanos, se considera desactualizado, en tanto no se ajusta a la realidad social, científica y legal actuales. Se enuncia un sistema; sin embargo, no aparecen sus elementos o componentes y su interrelación, y debe hacer referencia al potencial humano, el acervo cultural y de conocimientos, la infraestructura, el compendio metodológico, incluidos los procedimientos, y atemperado a las disposiciones legales vigentes.

Los autores proponen definir el Sistema de Prevención Pericial Criminalístico como el conjunto dinámico de acciones que se llevan a cabo entre las unidades organizativas de la técnica criminalística, en la peritación de las huellas, indicios, vestigios u otros objetos de investigación que constituyen fuentes de pruebas; asentado en políticas, normativas y metodologías, atemperado a la información y situación operativa imperantes, con capacidad para contribuir a que no se produzcan los efectos del delito o a minimizarlos, cuando no sea posible prevenirlos; para lo cual dispone de potencial humano capacitado, acervo cultural,

procedimientos, medios e infraestructura tecnológicas y otros recursos, a la vez que puede interactuar con factores externos.

En la literatura consultada sobre prevención criminalística, se percibe el empleo indistinto de los términos evento adverso (Núñez, 2002), evento relevante o excepcional (Alarcón *et al.*, 2021) y evento extraordinario (Fontes, 2018), asumidos, en no pocos casos, como similares, en la exposición de ejemplos de hechos trabajados en esta categoría, sin llegar a una definición precisa y un consenso en su denominación.

Resulta imprescindible, entonces, definir los conceptos de *suceso extraordinario* y *prevención pericial criminalística*. El primero se considera un evento no usual, imprevisto, de connotación y riesgos, con impacto en el orden social, económico o político; por ejemplo, un desastre tecnológico (explosión, incendio, escape de sustancias químicas o gases), natural (huracán, terremoto, inundación, sequías, deslizamientos de tierra) o sanitario (epidemia, plaga, contaminación hídrica, del aire, el suelo o los alimentos, fuga de sustancias infecciosas), así como otros eventos de causas ambientales o derivados de la acción del hombre, como el bioterrorismo, a enfrentar por el Sistema de la Técnica Criminalística.

En tanto, como *prevención pericial criminalística*, se concibe aquella función de la criminalística, esencialmente proactiva, investigativa y especializada, realizada por peritos criminalistas, encaminada a la búsqueda y peritación de huellas, indicios, vestigios u otros elementos que constituyan reflejos de vulnerabilidades, causas o condiciones propiciatorias de delitos o sucesos extraordinarios, así como de sus participantes; concerniente a procesos, instituciones o personalidades. Comprende la elaboración de un conjunto de medidas recomendadas para obstaculizarlos, erradicarlos o impedir su reiteración, con la finalidad de garantizar la seguridad, defensa y estabilidad nacionales.

Los estudios realizados por Fontes (2018, p. 223) y Posada (2019, pp. 494-495) recogen que la escuela cubana de criminalística reconoce tres formas de expresión de la prevención criminalística, a saber:

- La profilaxis eventual: Se lleva a cabo durante la peritación del lugar del hecho, a partir de que el perito, durante el análisis de las huellas, los indicios y/o vestigios presentes, logra inferir la existencia de un conjunto de causas y condiciones que propician la ocurrencia de delitos con carácter continuado, o pueden dar lugar a la ocurrencia de otros semejantes al que se investiga e, incluso, de mayor entidad (por ejemplo:

durante la peritación de un delito de robo con fuerza en las cosas en un almacén de vestuario, se identifican deficiencias en la instalación eléctrica, que pueden provocar un incendio, a partir de una falla eléctrica).

- La peritación profiláctica de objetos con fines específicos: Es la investigación pericial que se realiza sobre un objeto específico, a fin de determinar si sus cualidades sirven de impedimento para la comisión de delitos y/o la ocurrencia de sucesos extraordinarios (por ejemplo: un billete de banco, para determinar si las medidas de seguridad implementadas son suficientes como para hacer más compleja una falsificación; una cerradura, para ver cuán difícil sería su apertura con una llave ajena o con una ganzúa, antes de instalarla en un local en el que se guardarán bienes de considerable valor).
- La investigación criminalística técnico-profiláctica: Es la inspección planificada que se lleva a cabo en objetivos de relevancia, por equipos multidisciplinarios de peritos criminalistas, para, específicamente, revelar, a partir de huellas, indicios y/o vestigios, las causas y condiciones que pueden influir en la comisión de delitos y/o en la ocurrencia de sucesos extraordinarios en una instalación.

Los peritos criminalistas realizan dos tipos de prevención pericial criminalística (Núñez, 2002, p. 23; Posada, 2019, p. 491):

- Prevención directa: Mediante la contribución exitosa al esclarecimiento multilateral de hechos delictivos o sucesos y la identificación plena de sus partícipes. La pericia criminalística demuestra a los comisores latentes que el Estado cuenta con la herramienta idónea para, en caso de necesidad, esclarecer su papel en el ilícito y ponerlos a disposición de los órganos de administración de justicia.
- Prevención indirecta o inversa: Mediante la aplicación de los conocimientos periciales atesorados por el sistema de la técnica criminalística, este es capaz, por ingeniería inversa, de revelar las causas y condiciones propiciatorias de hechos delictivos en un lugar determinado y, al evaluarlas, pronosticar lo que puede ocurrir, con un determinado valor de certidumbre; pero además, es capaz de elaborar recomendaciones científicamente fundamentadas, para erradicar o minimizar el riesgo pronosticado, en dependencia de la cantidad y calidad de las causas y condiciones detectadas.

Núñez (2002, p. 40) recoge en su estudio que estas investigaciones pueden ser ejecutadas por una disciplina, varias o un grupo multidisciplinario,

compuesto por varios órganos del MININT. Al respecto, se clasifican en tres grupos fundamentales: *simple*, *conjunto* o *multidisciplinario*. En estos casos, se debe valorar no solo el número de disciplinas que concurren a realizar la prevención criminalística, sino también la prontitud con que se acude y la forma, además de otras variables, como la planificación y el objeto de la prevención, por lo que se propone incluir otras dos clasificaciones de la actividad criminalística:

De acuerdo con la planificación, aquella podría clasificarse en:

- **Eventual:** Tipo de actividad preventiva que no tiene carácter sistemático. Centra su objetivo en la identificación de aquellas huellas, indicios o vestigios más llamativos, que posibiliten la ocurrencia de un delito o suceso extraordinario o comprometan un proceso, servicio o producto. Conlleva la sugerencia de medidas para disminuir los riesgos o mitigar su impacto.
- **Formal:** Actividad preventiva con carácter sistemático, planificada, de conocimiento previo por la institución o los implicados. Centra su objetivo en la identificación de todas las huellas, indicios o vestigios que posibiliten la ocurrencia de un delito o suceso extraordinario o comprometan un proceso, servicio o producto. Conlleva, al igual que las informales, la sugerencia de medidas para atenuar los riesgos o mitigar su impacto o consecuencias.

De acuerdo con el objeto de prevención, las actividades criminalísticas se pueden clasificar de la siguiente forma:

- **Generales:** Aquellas que involucran toda la instalación. Se constata mediante una inspección ocular general, si existen vulnerabilidades, posibles factores de riesgo, causas o condiciones para la ocurrencia de delitos en las actividades, equipos, procesos o métodos de trabajo; incluso, se valora la incidencia de factores ambientales.
- **De áreas y partes críticas:** Cuando tiene en cuenta solo determinadas áreas de una institución o partes críticas de un equipamiento, material, estructura o proceso de trabajo, que resulta vulnerable o crítico, por encontrarse en él lo que resulta de interés operativo y criminalístico, con la probabilidad de ocasionar pérdidas económicas, animales o humanas al país, al deteriorarse, fallar o emplearse de forma inadecuada, con previa identificación y evaluación de los riesgos antes de accionar.
- **Especiales:** Se realizan ante situaciones que revisten especial importancia o riesgo. Requiere de una inspección más técnica, detallada y

minuciosa, así como cuando ha sucedido un accidente de magnitud, incendios, explosiones, escape de sustancias dañinas, un desastre colosal, en el que se pierden vidas humanas o cuando se implementan nuevos métodos o equipos de trabajo, se producen cambios de procesos o se da otra situación excepcional.

De acuerdo con Núñez (2002, p. 31) y Posada (2019, p. 487), estas investigaciones pueden realizarse en dos momentos, lo que conlleva a su clasificación en *prevención temprana*, cuando se ejecuta antes de que ocurra cualquier manifestación delictiva o riesgosa, y se dictan las medidas correspondientes; y *prevención inmediata*, la que se origina durante el enfrentamiento a un hecho determinado o ante la creciente ocurrencia de cualquier manifestación delictiva o riesgosa, con el fin de evitar su reiteración y dictar las medidas correspondientes que garanticen su corte y eliminación.

La prevención pericial criminalística en Cuba muestra un carácter heterogéneo. Resultan objeto de prevención centros como los sanitarios, hoteleros, investigativos, de seguridad, educativos, recreativos, de producción o servicios, además de almacenes de medicamentos y alimentos, centrales eléctricas, farmacias, policlínicos, teatros, granjas agropecuarias; además de objetos o cosas, como billetes, sistemas de seguridad, sistemas informáticos, entre otros.

La prevención pericial criminalística se realiza en un contexto siempre complejo, dado que las instituciones y objeto de investigación, por lo general, están relacionados con actividades priorizadas y de cuyo funcionamiento depende el correcto desempeño de un evento social, la salud de un número determinado de personas, la seguridad del país, por lo que demanda de un trabajo minucioso, integrado, coherente, preciso, dirigido a la búsqueda e identificación de aquellos elementos que puedan comprometerlo, no solo en ese momento puntual, sino en un futuro, partiendo de la apreciación de las condiciones de las áreas y de los medios de que se dispone. Su complejidad se acrecienta cuando se realizan con posterioridad a un suceso extraordinario, como un derrame, una explosión, una muerte masiva de animales sin causa aparente, donde el pronunciamiento del perito y su propuesta de medidas son determinantes para evitar una reincidencia, y, de no realizarse adecuadamente, pudiera dar lugar a consecuencias superiores.

Como actividad investigativa, aquella se inicia con una exploración, como parte de la inspección ocular de los escenarios, lugares u objetos de

interés criminalístico u operativo, acción que puede realizarse en varios momentos. Tiene su origen en el acto de reconocimiento del lugar del hecho, con la exigencia de prácticas de operaciones técnicas especializadas y conlleva una observación directa y exhaustiva, con lógica, racionalidad y objetividad.

La etapa de inspección obedece a la metodología general de trabajo criminalístico cubano. El documento final que se elabora por escrito, de manera completa, clara y exacta, puede apoyarse con planos y croquis, para dejar constancia, de forma fehaciente, del resultado; también, puede acompañarse de fotografía técnica y videos, si el hecho lo amerita. Con ello, se garantiza formular las medidas necesarias, en evitación de la ocurrencia de delitos o sucesos extraordinarios que puedan menoscabar la estabilidad de los objetivos en cuestión.

Los estudios sobre la actividad preventiva criminalística cubana que se han desarrollado hasta el momento han ido conformando, a su vez, la propia historia de la criminalística cubana. Las distintas formas a las que se ha acudido para construir esta historia han sido diversas, desde aproximarse al origen y describir los avances, hasta presentar la historia de hechos laborados, con sus aciertos y desaciertos, lo que ha impuesto un reto y una insinuación para el futuro.

### III. CONCLUSIONES

El perito criminalista no solo desarrolla una ardua labor de enfrentamiento al delito, sino también de prevención.

La prevención pericial criminalística resulta una labor científica y organizada, con más de 60 años de resultados y con un invaluable impacto socio-jurídico, en consonancia con la situación socio-operativa imperante.

Tal tarea presenta gran significación social, en la medida en que se anticipa a la ocurrencia de un delito o suceso extraordinario o, tras su constatación, lo investiga y emite un dictamen pericial con medidas para evitar su reincidencia.

Al propio tiempo, ella responde a los intereses del Estado y su legislación, para lo cual las fuerzas especializadas están dotadas de los recursos tecnológicos y logísticos, medios e insumos requeridos.

## IV. REFERENCIAS

- Alarcón, R., Pedreira, Y., García, R., Mesa, J., Rivera, G. y Velázquez, Y. (Diciembre 10, 2021). Dinámica de los hechos delictivos durante la pandemia Covid-19 en el municipio Santiago de Cuba. *Universidad y Sociedad*, 13(6), 651-660. <https://scielo.sld.cu>
- Castro Ruz, F. (Junio 6, 1971). Discurso pronunciado en el Acto conmemorativo por el X aniversario de la creación del MININT. Fidel, soldado de las ideas. <https://www-fidelcastro.cu/es/discursos/discurso-pronunciado-en-el-acto-conmemorativo-del-x-aniversario-de-la-creacion-del-minint> <http://buscon.rae.es/drael/>
- Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la lengua española* (edición del tricentenario, actualizada). <https://dle.rae.es/prevenccion>
- Dustet, C. (2008). La prevención criminalística. En Martínez Remigio, Z. *Temas de criminalística*, 86. Félix Varela.
- Fernández Pereira, J. (1998). *Teoría general, técnica, táctica y metodología criminalísticas* (1.ª parte). Universidad de La Habana.
- Fontes Capote, H. (2018). La investigación criminal de los delitos. *Centinela*, 1-313.
- Hernández de la Torre, R. (Enero-junio, 2017). Criminalística cubana. *Cultura, Comunicación y Desarrollo*, 2(1), 23-31. <https://rccd.ucf.edu.cu/index.php/aes/article/view/124>
- Herrer, E. (1990). Propedéutica, deontología y ética en la técnica criminalística [conferencia]. Laboratorio Central de Criminalística.
- Ley No. 143, Del proceso penal. (Diciembre 7, 2021). GOR-O (140), 4095-4251.
- Lineamientos de la Política económica y social del Partido y la Revolución. (2021). <https://siteal.iiep.unesco.org/bdnp/3710/lineamientos-politica-economica-social-partido-revolucion-periodo-2021-2026-resolucion-8vo>

- Martínez Remigio, Z. (2015). Prevención criminalística. En Fernández Romo, R. M., Rodríguez García, M. R., Sánchez Martín, O., Calderón Arias, M. y Martínez Remigio, Z. *Criminalística*. Félix Varela.
- Núñez, A. (2002). *La prevención desde el punto de vista técnico-criminalístico* [tesina de diplomado presentada en el II Diplomado de mando integral para jefes y reservas de primer nivel. Centro de Superación de Jefes del MININT].
- Posada, J. A. (2019). La doctrina pericial criminalística cubana. *Centinela*, 11-663.
- V Informe internacional sobre prevención de la criminalidad y seguridad cotidiana: Las ciudades y la nueva agenda urbana. (2016). <https://cipc-icpc.org/es/informe/5o-informe-internacional-sobre-la-prevencion-de-de-la-criminalidad-y-la-seguridad-cotidiana-las-ciudades-y-la-nueva-agenda-urbana/amp/>
- Zamora, E. (2012). Actualización de la Metodología para las investigaciones criminalísticas técnico-profilácticas, 1-40. Laboratorio Central de Criminalística.



# JUSTICIA Y DERECHO

✉ [revistajd.tsp.gob.cu](mailto:revistajd.tsp.gob.cu)

🌐 [revistajd@tsp.gob.cu](mailto:revistajd@tsp.gob.cu)