
SUMARIO

- 3** • *Transparencia judicial: participación ciudadana y acceso a la información*
Dra. Maricela Sosa Ravelo, M.Sc. Yamir Rodríguez Tamayo,
M.Sc. María Belén Hernández Martínez
- 29** • *La prisión provisional y el hábeas corpus: un binomio necesitado de análisis*
Esp. Otto E. Molina Rodríguez, Esp. Ileana J. Gómez Guerra,
Esp. Silvia M. Jerez Marimón
- 54** • *Apuesta por un acceso efectivo a la justicia del trabajo*
M.Sc. Aymee Fernández Toledo
- 74** • *Tres condicionantes para el rediseño de una nueva justicia administrativa cubana*
M.Sc. Yomays Olivarez Gainza
- 89** • *Ley Helms-Burton: análisis jurídico de un texto injusto con efectos perversos*
Dr. Dominique Héctor, Dr. Pierre Héctor
- 102** • *Una propuesta para perfeccionar el tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad*
Dr. Armando García Fernández, Dra. Yamila Reyna López
- 119** • *Los contratos de prestación de servicios personales en Cuba: un giro del administrativo al civil*
M.Sc. Lisbeth Infante Ruiz, Esp. María de los Ángeles Escalona Fernández de la Vega, Dra. Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez
- 143** • *El principio de seguridad jurídica en el ámbito de la valoración de la prueba*
Lic. Belsaida Pérez Rodríguez
- 156** • *Las familias cubanas en el contexto legislativo y judicial actual*
Esp. Irma Rodríguez Moreno
- 172** • *La familia ensamblada cubana*
Lic. Dayan Macias Vega

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

Directora
Dra. Maricela Sosa Ravelo

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

Compilación y clasificación
Lic. Celaida Rivero Mederos

Edición
Lic. Juan Ramón Rodríguez Gómez

Corrección
Lic. Cecilia Meredith Jiménez

Diseño y composición
Roberto Armando Moróño Vena

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

RNPS 0504
ISSN 1810-0171

Publicación semestral
Año 19, no. 35, junio de 2021

TRANSPARENCIA JUDICIAL: PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Dra. Maricela Sosa Ravelo
Vicepresidenta, TSP

M.Sc. Yamir Rodríguez Tamayo
Vicepresidente, TSP

M.Sc. María Belén Hernández Martínez
Jueza suplente permanente, TPP de Cienfuegos

Resumen: En la actualidad, la gestión pública se enfoca en el reconocimiento al derecho de la participación ciudadana, en el control y fiscalización de los servidores públicos, así como a la rendición de cuenta y la transparencia ante el pueblo, lo que no es diferente en Cuba, en que la soberanía reside en este, del que dimana todo el poder del Estado, como establece el Artículo 3 de la Constitución de la República de Cuba (CRC), de 2019. La transparencia procura que la función judicial sea abierta, diáfana, accesible, comprensible y verificable para quienes participen en los procesos y para la población en general. Los tribunales tienen el deber de suministrar información y orientación sobre su labor a los interesados y a la ciudadanía, y garantizar la publicidad de los actos judiciales, salvo las excepciones previstas en la ley. En este trabajo, se analiza la transparencia en el sistema judicial cubano, a través de la participación ciudadana directa en la impartición de justicia y, de manera indirecta, a través de la publicidad de los actos judiciales, la motivación de las sentencias, el proceso de rendición de cuenta, el derecho a emitir quejas y peticiones y el acceso a los medios de comunicación.

Abstract: At present, public management focuses on recognition of the right of citizen participation, in the control and control of public servants, as well as accountability and transparency before the people, which is not different In Cuba, in which sovereignty resides in this, from which it rises all the power of the State, as established in Article 3 of the Constitution of the Republic of Cuba, of 2019. Transparency seeks that the judicial function is open, diaphanous, accessible, understandable and verifiable for those who participate in the processes and for the population in general. The courts have the duty to provide information and guidance on their work to stakeholders and citizens, and guarantee the publicity of judicial acts, except for the exceptions

provided for in the law. In this work, transparency is analyzed in the Cuban judicial system, through direct citizen parking in the delivery of justice and, indirectly, through the publicity of judicial acts, the motivation of sentences, the accountability process, the right to issue complaints and requests and access to the media.

Palabras clave: transparencia judicial, principio de participación ciudadana, acceso a la información, principio de publicidad, impartición de justicia, sistema judicial.

Keywords: judicial transparency, principle of citizen participation, access to information, principle of advertising, impartition of justice, judicial system.

El Sistema de Tribunales (ST) juega un papel importante en la sociedad, pues protege los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los que se encuentran el derecho a la justicia, a la defensa, el acceso a los órganos judiciales, cumplimiento del debido proceso, asegura que los que concurren a sede judicial puedan ser oídos, y que quienes diriman los conflictos sean personas preparadas profesionalmente y con sentido de lo justo, racionalidad y proporcionalidad en la toma de decisiones.

Desde mediados de los años 80 y primera mitad de la década de los 90, a nivel mundial se trabaja en la mejora continua de la administración pública, con el propósito de elevar la calidad de los servicios, como uno de los resultados propios de la modernización, y bajo el concepto de que su destinatario es la mejor fuente de información sobre la satisfacción que por esta se le proporciona.

En septiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible como un instrumento orientador en favor de las personas, el planeta y la prosperidad, y su Objetivo 16 está dirigido a promover sociedades pacíficas e inclusivas a todos los niveles, el acceso a la justicia, a la información y que las instituciones sean eficaces, transparentes y rindan cuentas.

El 23 de julio de 2019, el Consejo Económico y Social, como recomendación de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal adoptó la Resolución E/2019/30, 2019/22, relacionada con la «mejora de la transparencia en el proceso judicial» y, al respecto, se aprobaron la Declaración de Estambul y las medidas para la implementación efectiva, que tienen como objetivo perfeccionar y fortalecer la confianza pública en el derecho del individuo a un proceso justo, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley.

En esta, se convoca a los Estados a cumplir con los principios, compromisos y obligaciones internacionales para la transparencia en el proceso judicial, incluidos aquellos contenidos en la Declaración universal de derechos humanos (DUDH) y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP).

La CRC, en el primer artículo, define al país como un Estado socialista de Derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, y estipula, entre otros aspectos, que se funda en la dignidad, el humanismo, y la ética de los ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad y la prosperidad.

En el Artículo 147, establece que la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular (TSP) y los demás Tribunales que la ley instituye, reconociendo el carácter esencialmente popular que tiene la función jurisdiccional, que propende a la protección de los derechos y garantías reconocidos en la CRC y las leyes, para los ciudadanos, con independencia de la naturaleza del proceso que se ventile ante los tribunales.

El ejercicio de su función jurisdiccional tiene como esencia la prestación de un relevante servicio público a las personas naturales y jurídicas, en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de los que acuden a los órganos judiciales; y es por ello que deben existir los mecanismos necesarios que le permitan a los ciudadanos monitorear su gestión como vía para promover la mejora continua.

La transparencia judicial es un atributo necesario para el buen funcionamiento del aparato de justicia como organización y, por la importancia del tema, en el presente trabajo se propone analizar, desde la perspectiva cubana, algunos de sus principios: la participación ciudadana y el acceso a la información. Esta temática se relaciona con uno de los ejes estratégicos del país, dirigido a fortalecer el sistema de justicia, la salvaguarda de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos y el derecho de igualdad,¹ y con el lineamiento 274 aprobado en el VII Congreso del Partido Comunista de Cuba.

Se planteó como *problema científico*: ¿Cómo se manifiesta la transparencia, vista a través de la participación ciudadana y el acceso a la información, en el sistema judicial cubano?; con la *hipótesis* de que la transparencia en el sistema judicial cubano, vista a través de la participación ciudadana y el acceso a la información, se puede medir a partir de la presencia directa de los ciudadanos en la administración de justicia y, de manera indirecta, con la publicidad de los actos judiciales, la motivación y argumentación de las sentencias, en el proceso de rendición de cuenta, el derecho a emitir

¹ «Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista», p. 6.

quejas y peticiones y el acceso a la información de los procesos judiciales y de los medios de comunicación a esta.

Para su comprobación, se trabajó con el siguiente *objetivo general*: Fundamentar en el contexto judicial institucional de los tribunales en Cuba la participación ciudadana y el acceso a la información, como principios de la transparencia judicial. Para materializar este, se trazó como *objetivo específico*: Valorar la transparencia en el contexto judicial institucional de los tribunales en Cuba, a través de las vías de participación ciudadana directa en la administración de justicia, e indirecta, a través de la publicidad de los actos judiciales, la motivación y argumentación de las sentencias, el proceso de rendición de cuenta, el derecho a emitir quejas y peticiones y el acceso a los medios de comunicación.

Para desarrollar la investigación, se emplearon varios *métodos científicos*: jurídico-doctrinal, comparación jurídica, análisis exegético, el hermenéutico en su variable axiológica, análisis de documentos y los estadísticos matemáticos.

El análisis exegético propició el estudio de las normas jurídicas contenidas en los instrumentos jurídicos internacionales, la CRC, la legislación procesal penal cubana, y la orgánica del ST, que nos permite evaluar el reflejo de los principios de la transparencia judicial, que serán objeto de estudio.

El análisis jurídico-doctrinal posibilitó establecer criterios doctrinales de la temática en estudio en el ámbito internacional y en el contexto nacional, perspectivas y enfoques que se han sostenido, a fin de conformar la fundamentación teórica del tema. El análisis de documentos se realizó esencialmente a partir del contenido de redes sociales y las estadísticas de atención a la población.

Se emplearon las *técnicas* siguientes: fichaje de documentos y revisión documental con sus respectivos instrumentos.

COMPORTAMIENTO DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA JUDICIAL EN CUBA

Transparencia judicial

Uno de los rasgos de buen sistema de justicia es la transparencia, que determina, entre otros factores, el carácter democrático del Estado, al posibilitar el conocimiento y medición de la gestión de los servidores públicos.

La DUDH reconoce que todas las personas tienen derecho, en plena igualdad, a una audiencia justa y pública por un tribunal independiente e imparcial; en igual sentido se pronuncia el PIDCP.

En la Declaración de Doha sobre la integración de la prevención del delito y la justicia penal, en su declaración quinta, inciso d), se establece la

obligación de hacer cuanto esté al alcance de los tribunales para prevenir y combatir la corrupción y aplicar las medidas encaminadas a aumentar la transparencia en la administración pública, promover la integridad y la rendición de cuenta del sistema de justicia, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

En la Declaración de Estambul sobre la transparencia se recogen los principios básicos con los que el poder judicial debe garantizar la justicia y su transparencia, entre los que se encuentran: procedimientos judiciales que como regla general sean públicos; fácil acceso a los locales del tribunal y a la información; procurar el acceso de los usuarios potenciales y la asistencia adecuada a los medios de comunicación, para permitirle su función legítima de informar al público sobre los procedimientos judiciales, incluidas las decisiones; evaluar la satisfacción del público en la asignación de los casos; poderes en la supervisión sobre la detención; que las decisiones judiciales de los tribunales superiores de apelación se publiquen regularmente; promover programas para orientar a los estudiantes sobre el proceso judicial; proporcionarles a los intervinientes el servicio de traducción e interpretación, sin cargo; iniciar y apoyar programas de divulgación diseñados para educar al público sobre el papel del sistema de justicia; en el proceso de nombramiento de los jueces, en el disciplinario de estos y en las respuestas a las quejas de conducta poco ética de los jueces.²

La transparencia, en Cuba, se recoge dentro de los valores institucionales del Código de Ética del ST, y está concebida como la actuación abierta, diáfana, accesible, comprensible y verificable para quienes participen en los procesos y para la población en general. Los tribunales tienen el deber de suministrar información y orientación sobre su labor a los interesados y a la ciudadanía; y garantizar la publicidad de los actos judiciales, salvo las excepciones previstas en la ley. Las decisiones judiciales se dictan con la debida argumentación y fundamentación.

La transparencia de la administración de justicia tiene como objetivos principales instituir nuevos y modernos criterios de gestión del servicio; mejorar el acceso a la información sobre la actividad judicial, y contribuir a la planificación, desarrollo y evaluación de políticas legislativas adecuadas.

Participación de los ciudadanos en el sistema judicial cubano

El acceso a la justicia es el derecho constitucional de las personas a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas y judiciales.³

² Consejo Económico y Social de la ONU: «Declaración de Estambul» (Resolución E/2019/30, de 23 de julio de 2019).

³ Constitución de la República de Cuba, Artículo 92. El Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una

La Política de participación ciudadana es un eje y componente fundamental del Gobierno abierto: en lo referente al sistema judicial, la estrategia se debe caracterizar por los siguientes elementos:

1. La innovación, a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).

2. La creatividad, pues resulta necesaria la implementación de las condiciones internas, necesarias para la participación de la población, introduciendo procesos participativos e inclusivos.

3. Reconocimiento del derecho a la fiscalización o control ciudadano de la gestión del sistema de justicia mediante las rendiciones de cuenta.

4. Participación directa de los ciudadanos en la administración pública.

La interacción con la población es un proceso de doble vía, en la que se logrará su cometido en la medida en que los funcionarios de los órganos judiciales sean receptivos a las opiniones y propuestas de la sociedad y en el propio conocimiento que alcanza la población a medida que conozca, dialogue, delibere e incida en la mejora continua del sistema de justicia, y tenga confianza en sus jueces.

La participación ciudadana se entiende como un derecho activo exigible al poder público, una responsabilidad cívica de las personas usuarias individuales, y de la ciudadanía, mediante organizaciones representativas.

Esta combinación entre derecho y deber, y su participación en el sistema judicial cubano, desde la CRC, no se concibe como un simple derecho subjetivo político, sino como parte de la organización de los tribunales,⁴ al prever su integración con jueces legos y profesionales; los primeros, carecen de titularidad jurídica y son electos para el desempeño de esas funciones por determinado período, con iguales derechos y deberes que los segundos, reconociendo la propia Carta Magna que, por la importancia del desempeño judicial, esta tiene prioridad con respecto a su ocupación habitual.

La elección de los jueces legos es participativa, pues las propuestas de los precandidatos se realizan en asambleas de base en centros laborales, barrios, zonas rurales y centros de estudios universitarios, según corresponda, convocadas y dirigidas por las organizaciones que forman parte de la sociedad civil cubana, y son elegidos en las asambleas del Poder Popular.

tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumple. Vid. DUDH (artículos 7 y 8), Convención americana de derechos humanos o Pacto de San José (Artículo 8).

⁴ *Ibid.* Artículo 152. Vid. Artículo 8 d) y 49, de la Ley No. 82, «De los tribunales populares», y Pérez Hernández: «Consideraciones en torno a la democracia», en Pérez Hernández y Prieto Valdés (compils.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, p. 111.

Con el cambio introducido en la nueva CRC, sobre la forma de gobierno a nivel provincial, se considera que los jueces legos que se desempeñan en los tribunales populares, municipales y provinciales, deben ser elegidos por las asambleas municipales del Poder Popular, a las que se les reconoce como el órgano superior del Estado en su demarcación, y como la más alta autoridad en su territorio⁵ y, en el caso de los profesionales, por el Consejo de Gobierno (CG) del TSP, cuyos miembros son representantes del pueblo por derivación, al ser elegidos por la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP).

La participación de los jueces legos en la composición de los tribunales evita que prevalezcan en las decisiones enfoques meramente tecnicistas y le incorpora el sentido de justicia del pueblo. Asimismo, propicia que la sociedad tenga acceso al desarrollo y control de la actividad judicial desde adentro, lo que le permite cumplir su fin político.

Sobre este papel de los jueces ciudadanos o legos, José Martí,⁶ en el proceso judicial de Guiteau, en 1881, en los Estados Unidos, afirmó que

[...] son doce hombres de trabajo, doce seres humanos, tomados al acaso entre la masa viva, con tal de ser honrados y poseer dosis común de juicio [...] que pueden juzgar de la pasión porque son capaces de sentirla, que estiman el hecho desnudo, descarnado y brutal, ni torturado, ni exagerado, ni empequeñecido por imaginaciones legales, argucias, escarceos técnicos, preocupaciones tradicionales [...].

Los jueces legos en Cuba han sido una fortaleza, son personas humildes, trabajadoras, con un gran sentido de la justicia, que les permite evaluar la preparación de los jueces profesionales para enfrentar el caso, la calidad de la deliberación y que, a la vez que cumplen su función judicial, coadyuvan a que se garantice el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad.

Aunque, expresamente, la ley no regula como impedimento, para ser elegidos jueces legos, a los trabajadores del ST, especialmente los secretarios judiciales y el personal auxiliar, los auxiliares de la Fiscalía o de los bufetes colectivos y la Policía Nacional Revolucionaria, en observancia al principio de transparencia, los autores consideran que estos no deben ostentar tal condición, porque puede ponerse en peligro la confianza de los ciudadanos en la justicia.

En Cuba, la posibilidad que tienen los profesores de las facultades de Derecho de las universidades del país de ser elegidos como jueces profesionales, para desempeñar sus funciones por determinados períodos en

⁵ CRC, Artículo 185.

⁶ Martí: *Obras completas*, t. 9, p. 141.

los respectivos tribunales provinciales populares (TPP),⁷ es otra forma de acceso a la función judicial, en tanto les permite conocer desde adentro el funcionamiento de los tribunales y ser parte activa y dinámica en sus cambios y mejoramiento.

Igualmente, en la actividad de control, influencia y atención a los sancionados que cumplen en libertad, participan junto al tribunal las organizaciones que agrupan a las mujeres (Federación de Mujeres Cubanas), los ciudadanos en las comunidades en que residen (Comité de Defensa de la Revolución), los campesinos (Asociación Nacional de Agricultores Pequeños), los trabajadores (Central de Trabajadores de Cuba), la Policía Nacional Revolucionaria, y los órganos locales del Poder Popular, guiados por el principio de que no les es ajeno nada de lo que pueda afectar a la comunidad y al pueblo en general.

Otra forma de permitirle el acceso a los ciudadanos y el control de los tribunales es mediante la publicidad de los actos judiciales, una conquista del pensamiento liberal sobre el sistema inquisitivo y puede fundamentarse en dos vertientes: la derivada del derecho fundamental a un proceso público, como garantía subjetiva del afectado; y vista desde la necesidad institucional de asegurar la transparencia del sistema de justicia.

Derecho a un proceso público o el principio de publicidad

La publicidad se considera como una garantía de control sobre el funcionamiento de los tribunales, que a su vez contribuye a la formación cívica, al desarrollo de una opinión pública sobre la actuación de los jueces, y que el pueblo tenga confianza en la justicia.

Para Desantes,⁸ la publicidad es el alma de la justicia, la más eficaz salvaguardia del testimonio, que asegura la veracidad gracias al control público, que favorece la probidad de los jueces al actuar como freno de un poder del que tan fácil es abusar.

La publicidad está recogida en los instrumentos internacionales,⁹ en los que se establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y tienen derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente.

En la Declaración de Estambul, este principio se concibe como un requisito fundamental en una sociedad democrática, que implica que a los ciudadanos y profesionales de los medios de comunicación se les permita el acceso a las salas de los tribunales, informándoseles sobre el tiempo y

⁷ Ley No. 82, Artículo 8.

⁸ Desantes Guanter: *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, p. 125.

⁹ DUDH, Artículo 10; PIDCP, Artículo 14; y Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Artículo 6.1.

el lugar de las audiencias y que las instalaciones sean adecuadas para su asistencia, dentro de límites razonables.

El Artículo 153 de la CRC establece que, en todos los tribunales, las audiencias son públicas, a menos que razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o el respeto a la persona agraviada por el delito o a sus familiares aconsejen celebrarlas a puertas cerradas, pronunciamiento que tiene respaldo en las leyes de procedimientos vigentes.¹⁰

No obstante, cuando por estar presentes estas excepciones a la publicidad, se celebre el acto judicial a puertas cerradas, es una obligación informar las razones a los asistentes, y el tribunal autoriza que, además de las partes, sus representantes, defensores, personal auxiliar, asistan los familiares más allegados del acusado y la víctima.

En materia penal, el juicio oral se rige por los principios de oralidad, inmediación, concentración, identidad física del juez, y se considera el momento cumbre del proceso penal, en el que los jueces actuantes, con el protagonismo de las partes o sus representantes legales, reciben directamente testimonios, declaraciones y alegaciones en relación con el asunto que se debate en el proceso que, posteriormente, repercutirá en sus decisiones, los que constituyen intensas acciones de comunicación, transparencia y control social.

La presencia de la población en los actos judiciales le permite fiscalizar la conducta ética de los integrantes del tribunal, la destreza con que se conducen en su desarrollo y el grado de profesionalidad que demuestran en su desempeño, por lo que pueden formarse un criterio negativo o positivo, en relación con la imparcialidad y la capacidad que tendrán los jueces, para arribar a un fallo justo y legalmente fundado.

En los tribunales cubanos, a través del sistema automatizado *Praeco*, se pueden visualizar el horario y estado de los actos judiciales, sin embargo, aunque se les asignó los medios para su implementación en las sedes provinciales, no todos los presidentes han entendido su importancia y no se han instalado, siendo necesario continuar adquiriendo medios informáticos para extender esta experiencia a los tribunales municipales populares (TMP).

Asimismo, en la página web del TSP, se publican las vistas señaladas por todas las salas de justicia de este máximo órgano.

La motivación y la argumentación de las sentencias

Para Arranz,¹¹ «motivar es fundamentar, razonar, criticar, justificar y hasta convencer. Por eso la motivación fáctica implica la exteriorización del análisis

¹⁰ Ley de procedimiento penal (LPP), Artículo 305; Ley procesal penal militar (LPPM), Artículo 294; y Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE), Artículo 115.

¹¹ Arranz Castillero: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, p. 37.

sis crítico de la eficacia o fuerza persuasiva de las pruebas, llevado a cabo por el juzgador para alcanzar la convicción».

La argumentación jurídica, en el ámbito judicial,

se ocupa esencialmente de la interpretación y la aplicación del Derecho, y en su desarrollo se vale de las categorías de la ciencia, relativa al contexto de descubrimiento (procedimiento para llegar a las premisas o conclusión: razón explicativa) y de justificación (procedimiento justificativo de esa premisa o justificativa).

Ambas razones se complementan en el fundamento de la decisión judicial, porque si bien el juez debe adoptar una de entre varias soluciones posibles, no puede hacerlo de manera arbitraria e incontrolada.¹²

Para ejercer el control de una sentencia por el justiciable, la ciudadanía y el tribunal que conocerá el asunto, en virtud de un recurso, los jueces de instancia deben fundamentar cada una de sus conclusiones, tanto fácticas como jurídicas, y a tales efectos realizar un conjunto de consideraciones de hecho y Derecho que demuestren que se respetó el ámbito de la acusación, que las pruebas valoradas y acogidas son el resultado del juicio oral y que obedeció a un proceso lógico y racional que se atempera a la experiencia y al sentido común.

Las funciones de la motivación fáctica favorecen evitar la arbitrariedad e irracionalidad en los fallos, tributa a la transparencia y control del proceso penal de cara a la población, posibilita el control por el tribunal del recurso de la estructura racional de la prueba y de la correspondencia entre los hechos declarados probados y el resultado de las pruebas practicadas.

La motivación también tiene una función exoprocesal¹³ porque, mediante la publicidad del debate y de la sentencia, los ciudadanos pueden fiscalizarla, aunque la inconformidad con su contenido solo podría tener efectos en relación con el caso juzgado, si mediante el fiscal pueden retornar al interior del proceso por vía recursiva.

En resumen, la motivación demuestra a las partes que han sido escuchadas sus tesis, y les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen frente a otros jueces, facilita cuestionar las conclusiones a que arriban los tribunales y contradecir sus fundamentos, siendo indispensable que estos exterioricen su convicción, en tanto es la manera

¹² Carrasco Espinach: «Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia» (tesis doctoral), pp. 64-65. Señala que la teoría de la argumentación estudia los argumentos que se producen en el ámbito jurídico: legislativo, dogmático y judicial, por lo que su análisis integral excede el objeto de la presente investigación. Entre sus máximos exponentes: Robert Alexy, Ronald Dworkin y Manuel Atienza.

¹³ *Ibid.* p. 19. Carrasco Espinach, desde una proyección social, la conecta con el sentido educativo que posee exponer al público las razones que fundamentan la decisión judicial, pues una sentencia argumentada de forma racional, congruente y razonable va más allá del mero ejercicio del poder coercitivo del Estado.

de conocerlos y criticarlos: no solo tributa a la publicidad de la decisión, sino al derecho de defensa, a la garantía de la doble conformidad y a la transparencia del sistema judicial.¹⁴

El principio número 8 recogido en la Declaración de Estambul establece que el poder judicial debe garantizar que las decisiones judiciales de los tribunales superiores en virtud de recursos se publiquen regularmente.

Publicación de las decisiones judiciales

El acceso confiable a las leyes, dictámenes, sentencias de los tribunales de apelación y casación, es esencial para que los jueces, abogados, fiscales, incluidos los ciudadanos, cuenten con una guía clara sobre cómo debe operar la ley.

La publicación de sentencias permite a los juristas y al público en general analizar las acciones de los jueces. De acuerdo con la Declaración de Estambul, la presentación de sentencias al escrutinio público a través de su divulgación regulariza la aplicación de la ley y hace que las decisiones judiciales sean más predecibles y consistentes, mejorando así la calidad de la justicia; en los países en los que las decisiones de los tribunales superiores son precedentes vinculantes, su publicación la consideran crucial para garantizar que los jueces de los tribunales inferiores cumplan con la ley.

En el caso de los países donde las decisiones de los tribunales superiores no constituyen precedentes, como es el caso de Cuba, su importancia se la atribuye el hecho de que los jueces puedan interpretar los preceptos aplicables de manera coherente

En este sentido, se pronuncia sobre la necesidad de crear bases de datos disponibles al público que almacenen los textos de las decisiones y estatutos de la corte, así como artículos académicos de revisiones de leyes, revistas jurídicas, datos estadísticos sobre la actividad judicial y administrativa.¹⁵

El TSP cuenta con el *Boletín*, en el que se publican sentencias de las salas de justicia de este órgano, los dictámenes e instrucciones aprobados por su CG y, en los nuevos cambios introducidos recientemente, comprende, además, la información sobre la resolución de los procesos, la ejecución de las resoluciones, cantidad de personas sujetas al control del juez de ejecución, personas atendidas por el sistema de atención a la población

¹⁴ Cfr. Cafferata Nores: *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, p. 160; y Maljar: *El proceso penal y las garantías constitucionales*, pp. 309-310.

¹⁵ En el caso de la información administrativa, se refieren al presupuesto asignado, su ejecución, resultados de auditorías, como vía de evitar la corrupción y el control social; asimismo, consideran que los ciudadanos deben conocer las acciones de formación y preparación profesional de los jueces, y el nivel del desempeño de esos jueces que eligieron para que actuara en nombre del pueblo.

y las publicaciones seriadas. Por su parte, la revista *Justicia y Derecho* es contentiva de artículos de jueces y de otros juristas.

En el Centro de Documentación e Información Judicial, se cuenta con el Repositorio Institucional (REPXOS), aplicación informática desplegada en todo el ST y en correcto funcionamiento, el que permite a todos los jueces, desde su puesto de trabajo, revisar la documentación que contiene, relacionada con sentencias, doctrina, legislaciones, Código de ética judicial, disposiciones del CG-TSP... y, a través del sitio web institucional, se pretende brindar la posibilidad a los ciudadanos de solicitar estos materiales.

También, se cuenta con una biblioteca virtual (ABCD) en correcto funcionamiento, pero a la que solo tienen acceso directo los jueces, de igual manera, se pretende abrir al público externo, para que pueda consultar la bibliografía que en esta se halla.

Estos cambios, que serán introducidos en favor del acceso del público externo a la información contenida en estos sistemas informáticos, son un requerimiento en la materialización plena del principio de acceso al sistema judicial, que constituye un elemento esencial para su fortalecimiento y contribuye a una mayor eficiencia en sus interacciones con la sociedad como instrumento para garantizar una mejor administración de justicia, en su carácter de servicio público.

Acceso a la información sobre el proceso judicial

El derecho a la información se refrendó por primera vez en la DUDH, de 1948, al recoger el Artículo 19 que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión.

En la Declaración de Estambul, se estipula dentro de los principios de la transparencia que el poder judicial debe facilitar el acceso al sistema judicial, a través de formularios e instrucciones estándar y fáciles de usar, y proporcionar información clara y precisa sobre los procedimientos judiciales.

El sistema judicial cubano tiene implementados mecanismos para proporcionar la información sobre los procesos que se encuentran en sede judicial, a partir de los actos de comunicación que están establecidos en las normas de procedimiento y el sistema de atención a la población directa en la sede de los tribunales, entre otros; sin embargo, no cuenta con formularios o folletos que puedan ser facilitados a la población sobre el procedimiento a seguir ante determinados conflictos, lo que además contribuiría a la preparación jurídica de estos.

Por otra parte, el derecho a la libertad de información comprende dos aristas: la del ciudadano a solicitarla y la obligación del Estado a publicarla, integrando las nuevas tecnologías, las redes sociales e internet.

El Artículo 53 de la CRC regula el derecho que toda persona tiene a solicitar y recibir del Estado información veraz, objetiva y oportuna, y a ac-

ceder a la que generen los órganos del Estado y entidades, conforme a las regulaciones establecidas.

El proceso de informatización en los tribunales cubanos tiene como objetivo fundamental contribuir a que la impartición de justicia y sus procesos de apoyo sean más ágiles, seguros, efectivos, transparentes y accesibles para todos los intervinientes, enfocado en brindar un mejor servicio a los ciudadanos.

Actualmente, se trabaja en el ST en una herramienta que pretende informatizar su proceso fundamental: el Expediente judicial electrónico.

Esta aplicación, cuando se encuentre extendida a todos los tribunales del país, y en correcto funcionamiento, brindará la posibilidad de que los intervinientes consulten el estado en que se encuentran los asuntos en cada momento, a través de un servicio que se brindará en el sitio web institucional.

Atención a la población en sede judicial

El Artículo 61 de la CRC estipula el derecho de las personas a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, las que están obligadas a tramitarlas y dar respuestas oportunas, pertinentes y fundamentadas, en el plazo y según el procedimiento establecido en la ley.

En el ST se le presta particular interés a las inconformidades, quejas y denuncias que los ciudadanos formulan, en relación con la actuación o comportamiento de sus jueces y trabajadores, pues existe plena conciencia de que la función jurisdiccional se ejerce en nombre del pueblo, por mandato constitucional, y es este el que legitima con su aceptación el actuar de los órganos judiciales.

El 11 de julio de 2000, mediante el Acuerdo No. 152, del CG, se crea la Dirección de Supervisión y Atención a la Población del TSP. Entre sus funciones y atribuciones principales se encuentran: atender los planteamientos de la población relacionados con el actuar de los tribunales, ofreciendo la respuesta debida en cada caso; organizar y comprobar el sistema de atención a la población en todos los tribunales y realizar estudios integrales de las deficiencias detectadas, buscando las causas y condiciones que las facilitan.

Para ello, se crearon las condiciones que permitan recibir, escuchar, atender y contestar las inquietudes que por diversas vías expresan personas naturales y jurídicas. En el empeño de perfeccionar estos mecanismos y de propiciar un acercamiento mayor al pueblo, se han establecido accesos expeditos, que incluyen el Sistema informatizado de gestión de atención a la población (www.tsp.gob.cu) y el e-mail poblacion@tsp.gob.cu, que facilita la proximidad de los ciudadanos al sistema judicial.

Desde que entró en vigor la aplicación para dispositivos móviles (APK), el 8 de junio de 2020, hasta diciembre de ese año, se recibieron por esta

vía 1127 planteamientos, en el ST, y el tiempo promedio de respuesta fue de 12,5 días en el TSP y 11,07 en los TPP.

Asimismo, a través del portal web institucional se logra la interacción con los intervinientes, específicamente con la población, lo que permite dar seguimiento en línea, por parte de la ciudadanía, del estado en que se encuentran los trámites de las quejas y planteamientos que se reciben en nuestra institución a todos los niveles y recibir la respuesta. Esta prestación también se puso en marcha el 8 de junio de 2020 y, hasta diciembre del propio año, se recibieron por esta vía 484 planteamientos en el ST, y el tiempo promedio de respuesta: 10,3 días en el TSP y 10,7 días en los TPP.

Las quejas y planteamientos formulados por la población contribuyen de manera eficaz a identificar debilidades e insuficiencias, por lo que se convierten en un mecanismo para controlar y gestionar la calidad en el desempeño de los órganos judiciales y sus integrantes, conscientes de que, en la mayoría de los casos, cada queja o denuncia con razón constituye una señal fidedigna de que algo no se hizo bien y que se debe rectificar o enmendar.

En Cuba, además, se atiende a las personas de manera directa y presencial en los tribunales, a través del sistema de atención a la población y, a diferencia de lo recogido en la Declaración de Estambul, no solo está concebido para denunciar violaciones éticas, sino que también pueden mostrar sus preocupaciones sobre demoras o irregularidades en la tramitación de los asuntos e incumplimiento de ejecutorias.

Sin embargo, en los últimos tiempos, se percibe que esta interacción de la población con el sistema judicial se utiliza por algunos ciudadanos o abogados para tratar de influir en la decisión de los procesos, al no tratarse de quejas contra la actuación violatoria de la ética de los jueces, sino que son peticiones sobre asuntos que se encuentran en casación o pendientes de resolver la revisión por las salas de justicia del TSP.

Rendición de cuenta

Toda persona que ejerce un cargo público, delegado por el pueblo, sujeto al cumplimiento de deberes establecidos, tiene la responsabilidad personal de responder por sus actos y cumplir con una evaluación de resultados y rendición de cuenta en el ejercicio de la gestión pública.

Además, deberá ser transparente en el cumplimiento de sus deberes y en el uso de los recursos y fondos que el Estado pone a su disposición, evitando actos de corrupción. Remigio Ferro¹⁶ plantea que los esfuerzos encaminados a reforzar la independencia judicial no siempre están acompañados por medidas destinadas a fortalecer la rendición de cuenta (*accountability*) del poder judicial. A veces, el esfuerzo para robustecer la

¹⁶ Remigio Ferro: «Gestión de la calidad de la actividad judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización» (tesis de maestría), p. 25.

independencia judicial, y preservar el poder judicial de la injerencia de los otros poderes políticos del Estado, ha servido para crear una judicatura demasiado autónoma, que no percibe la necesidad de transparencia ni de rendir cuenta a nadie.

La exigencia de responsabilidad a los magistrados y jueces no entra en contradicción con el principio de independencia porque, desde la perspectiva del estado constitucional, no puede existir poder público sin control, ni funcionarios sin responsabilidad, incluyendo a los primeros.

Para Terry,¹⁷ existen tres tipos de control: preliminar, concurrente y de retroalimentación. En el primer caso, el control tiene lugar antes de que comiencen las operaciones e incluye la creación de políticas, procedimientos y reglas diseñadas para asegurar que las actividades planeadas sean correctamente ejecutadas.

El concurrente lo constituyen acciones directas de supervisión durante la ejecución de los planes e incluye la dirección, vigilancia y sincronización de las actividades, bajo las condiciones requeridas, que permite corregir los problemas que puedan presentarse.

El de retroalimentación se enfoca en el uso de la información de los resultados anteriores, para corregir posibles desviaciones futuras de estándar aceptable, que implica que de los datos que se han analizado regresen sus resultados al evaluado, de manera que este pueda hacer las correcciones que correspondan.

La CRC, en el Artículo 80, establece que los ciudadanos cubanos tienen el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder del Estado; de acuerdo con su inciso i), estar informados de la gestión de los órganos y autoridades del Estado.

En Cuba, por mandato constitucional, la función de impartir justicia dimana del pueblo y, a partir de ese carácter democrático esencialmente popular, el Artículo 154 de la Carta Magna establece que los tribunales rinden cuenta de los resultados de su trabajo en la forma y periodicidad que establece la ley. De ahí que se considere coherente que estos lo ejerzan a través del TSP a la ANPP, en virtud del carácter popular de la soberanía en Cuba.¹⁸

El Código de ética judicial dentro de los valores recoge la responsabilidad de los jueces, secretarios y demás trabajadores judiciales, los que deben actuar conscientes de la relevancia y trascendencia del servicio que prestan a la sociedad; dispuestos a responder y rendir cuenta por la calidad de su desempeño en el momento, lugar y modo que resulte más apropiado, sin menoscabo de sus derechos, facultades y atribuciones funcionales.

¹⁷ Terry y Flanklin: *Principios de administración*.

¹⁸ Este pronunciamiento se recoge, igualmente, en La Ley No. 82, artículos 40 y 41.

El 21 de diciembre de 2017, el TSP rindió cuenta al parlamento cubano en el décimo período de sesiones de la octava legislatura, sometiendo al criterio y valoración de los diputados, representantes del pueblo, los resultados de la labor desplegada en el transcurso de los cinco años precedentes, y el estado de su gestión, en la que fueron escuchadas las apreciaciones y evaluaciones sobre el desempeño de los jueces y trabajadores y se hicieron recomendaciones para elevar el cumplimiento de la misión establecida.

La rendición de cuenta es precedida por la visita de los diputados a los diferentes tribunales del país, así como de los integrantes de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la ANPP y directivos de los propios tribunales, en las que se le facilita la información que solicitan y además intercambian de manera directa con los magistrados, jueces, trabajadores, y ciudadanos en general.

Los aspectos que se abordaron en el informe están relacionados con los elementos de la calidad, identificados en el ST: desempeño ágil y diligente en la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento; cumplimiento de los procedimientos establecidos; respeto a los derechos y garantías de las partes; adopción de decisiones fundamentadas y argumentadas con un lenguaje claro y sencillo; y cumplimiento efectivo y oportuno de lo dispuesto por el tribunal.

Información a los medios de comunicación sobre el proceso judicial

La información de los medios de comunicación está relacionada con la libertad de expresión,¹⁹ entendida como aquella primera manifestación de libertad que ejercitó el ser humano cuando intentó comunicarse con los demás y como instrumento fundamental en la lucha por frenar los excesos en el poder.²⁰

Los medios de comunicación pueden ser auténticos agentes de control social; contribuir a la educación jurídica y a la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial; sin embargo, cuando la información se da a conocer antes de que se resuelva el asunto, y se crean estados de opinión permanentes en las redes sociales sobre un mismo asunto, se convierten en un factor atentatorio contra la imparcialidad y la independencia judiciales, en el entendido de que los jueces se vean conminados a decidir de manera

¹⁹ La Carta democrática interamericana, en su Artículo 4, señala: «Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia».

²⁰ Vid. Solozábal Echavarría: «Opinión pública y Estado constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, no. 10, 1996, p. 399.

alejada de los principios de racionalidad y proporcionalidad que debe caracterizar toda decisión judicial.

En Cuba, la Ley No. 82, «De los tribunales populares», y su Reglamento no prohíben la presencia de los medios de prensa en los actos judiciales, solo recoge la previsión en el Artículo 62 de este último, en el sentido de que no es permisible la utilización en los locales de los tribunales, y durante la celebración de los actos de justicia, de medios técnicos de cine, televisión, fotográficos o de grabación visual o auditiva, excepto en los casos que autorice, de forma expresa, el presidente del TSP.

Aunque es responsabilidad de los medios de comunicación lo que publiquen sobre un asunto judicial, es necesario que los tribunales se involucren en la preparación de los periodistas, a fin de que estos conozcan que, cuando se extralimitan en la información o le dan un matiz sensacionalista, pueden afectar garantías constitucionales.

La intervención de los medios no puede vulnerar el respeto a la presunción de inocencia²¹ de los acusados, recogido en los instrumentos internacionales²² y en la CRC, en su Artículo 95 c);²³ igualmente, no puede afectarse la imagen y el honor del acusado, que cuenta con respaldo constitucional en el Artículo 48, cuando después del acto de juicio oral se declare su inocencia, y se haya publicado con anticipación su posible responsabilidad.

En opinión de Barrera,²⁴ los medios de comunicación y las redes sociales contribuyen a la formación de una opinión pública, que influye, directa o indirectamente, en el desarrollo y las decisiones de un proceso penal, y crea expectativas concretas sobre en qué sentido se deben tomar las decisiones.

Los autores de este artículo consideran que la libertad de expresión de los medios de comunicación encuentra su principal límite en la no injerencia en las labores de la función jurisdiccional y los derechos fundamentales reconocidos también constitucionalmente para los ciudadanos. En este

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: «Caso Acosta Calderón vs. Ecuador», p. 4. «[...] El Control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad [...]; y, procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia». Vid. Ovejero Puente: *Presunción de inocencia y los juicios paralelos en Derecho comparado*, p. 433.

²² Convención europea por la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, 1950, Artículo 6.2. «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada». En igual sentido, se pronuncian la DUDH, Artículo 11; y el PIDCP, Artículo 14.

²³ CRC, Artículo 95 c). En el proceso penal las personas tienen, además, la garantía de que se le presuma inocente hasta tanto se dicte sentencia firme en su contra.

²⁴ Barrera: *Claves de investigación en redes sociales*, p. 117. Vid. Montalvo Abiol: «Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿Anomalía democrática o mal necesario?», en *Universitas*, no. 16, 2012, p. 112.

sentido, Gimeno Sendra²⁵ plantea que las libertades de información y de expresión han de quedar limitadas por la necesidad de garantizar, entre otros, la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

El derecho a la información no se puede confundir con el principio de publicidad, en atención a sus consecuencias jurídicas; el primero alude al derecho de los ciudadanos a conocer los actos y gestiones de las autoridades, cultivando así la buena gobernanza; y el segundo se refiere a los procesos judiciales que, salvo contadas excepciones, no son públicos como mecanismo de transparencia.²⁶

Los procesos penales, generalmente, generan sensacionalismo o morbosidad en los medios de comunicación, al punto de que la propia sociedad espera y exige la condena del presunto infractor, cuando la responsabilidad solo puede ser declarada por un tribunal, sobre la base de pruebas practicadas en el acto de juicio oral, y para la adopción de la sanción no se pueden desconocer la individualidad, las características personales del comisor, atenuantes y agravantes, y esta apreciación es exclusiva de los jueces.

Sobre el rol de los medios, el papa Francisco²⁷ afirmó que, en su legítimo ejercicio de la libertad de prensa, juegan un papel muy importante y tienen una gran responsabilidad:

De ellos depende informar rectamente y no contribuir a crear alarma o pánico social cuando se dan noticias de hechos delictivos. Están en juego la vida y la dignidad de las personas, que no pueden convertirse en casos publicitarios, a menudo incluso morbosos, condenando a los presuntos culpables al descrédito social antes de ser juzgados o forzando a las víctimas, con fines sensacionalistas, a revivir públicamente el dolor sufrido.

Se coincide con el criterio de Quintero Olivares acerca de que la difusión de la prensa ha de ser en forma ecuaníme y juiciosa para contribuir a que la jurisdicción se sienta observada y vigilada por la ciudadanía; de ese modo ejerce una presión orientada. Ese es el punto central y necesario para que los jueces satisfagan las expectativas que en ellos se deposita por voluntad de la Constitución, del ordenamiento jurídico general y como depositarios últimos de la tutela de los derechos e intereses personales y generales.²⁸

²⁵ Gimeno Sendra: «El control de los jueces por la sociedad», en *Revista Jurídica de Poder Judicial*, no. 48, 1997, p. 38.

²⁶ Mendel: *El derecho a la información en América Latina*, p. 22.

²⁷ Bergoglio: «El papa Francisco y el Derecho penal».

²⁸ Quintero Olivares: «Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial», en *Revista Jurídica de Poder Judicial*, no. esp., 1999, p. 342. Vid. Robles: «¿El poder mediático influye en el poder judicial de Ecuador?», p. 7.

En Cuba, en sentido general, no se evidencia interferencia de los medios de comunicación en la actividad jurisdiccional, pues tienen como premisa el deber de informar al pueblo y no desdeñar la labor que desempeñan los jueces; sin embargo, en periódicos locales, en ocasiones, surgen casos aislados, en los que se difunden noticias que pueden exacerbar los sentimientos de los ciudadanos, divulgados en redes sociales, por lo que los jueces tienen que estar suficientemente bien preparados para no dejarse influir por esos criterios y actuar con la debida racionalidad.

Un ejemplo lo constituyó un caso publicado en el periódico *5 de Septiembre*, de Cienfuegos, sobre un hecho de asesinato, en el que se publicaron tres trabajos sobre el mismo asunto.

En el primero, de 19 de octubre de 2017, bajo el título «Nunca gasté tanto aire de los pulmones llamando a mi niña», se utilizan frases y palabras que resaltan los sentimientos del padre de la víctima, como son: aún su papá la llama *la niña de sus ojos*, al contar la triste historia que acabó con la felicidad de la familia; el dolor que siente el papá se puede palpar tan solo observarlo; la gente dice que la vida continúa, pero, cuando a uno se le va un hijo, no es igual que cuando se le va un padre; el dolor es una máquina que te va labrando y te destruye; el drama que vivió esta joven y su familia conmovió a toda la comunidad de Cienfuegos.²⁹

Ese texto termina de la siguiente manera: «Aunque ya nada podrá devolverle la vida, todo el pueblo de Cienfuegos confía en que caerá todo el peso de la ley sobre los autores de tan brutal asesinato», y suscitó 159 comentarios en las redes sociales, en su inmensa mayoría abogando por la imposición de la pena de muerte a los autores.

Los días 7 y 8 de agosto de 2018, se publicaron los restantes dos trabajos, que correspondían a la celebración de las sesiones del juicio oral, en los que se resaltaron las numerosas pruebas documentales y testificales que fueron practicadas, y el cumplimiento por el tribunal de las garantías de las partes y la transparencia; este culmina diciendo que el pueblo está tranquilo porque confía en que se hará justicia.

Estos trabajos produjeron 134 comentarios en las redes sociales, en los que también predominó la idea de que se les debía aplicar la pena de muerte; que si los jueces no actúan a título personal, sino por mandato de la sociedad, entonces no se puede imponer otro tipo de sanción porque esta es la que reclama el pueblo.³⁰

El 23 de agosto de 2018, en la misma publicación, se dieron a conocer las decisiones adoptadas por el TPP de Cienfuegos, cuando la sentencia aún no había adquirido firmeza; entre los comentarios de los ciudadanos,

²⁹ Vid. www.5septiembre.cu/wp.content/uploads/2017/10/Cienfuegos-asesinato-periodico.pdf, 19 de octubre de 2017.

³⁰ *Ibid.*, 7 y 8 de agosto de 2018.

estuvo el criterio de que era decepcionante la sanción adoptada porque no sirvió de nada, que todo un país pedía la pena de muerte, que no se tuvo en cuenta el reclamo del pueblo, ni el daño y el sufrimiento de la familia.³¹

Si los criterios hubiesen tenido efectos en los jueces que formaron parte del tribunal de instancia o del TSP, estos no habrían cumplido con su mandato constitucional de solo ser obedientes a la ley.³²

Cuando los medios de comunicación hacen un juicio paralelo,³³ respecto a procesos judiciales que se encuentran en tramitación o que no ha adquirido firmeza la sentencia, se pueden afectar gravemente los derechos de las personas reconocidos en la CRC y formarse una opinión pública anómala, que podría influir en la voluntad y decisión de los jueces.

A esto hay que incorporar que la información se presenta de manera fragmentada, fuera del contexto, sin ofrecer todos los detalles que permitan realizar un análisis integral del caso, lo que estimula un debate extrajudicial sin las garantías idóneas y las personas afectadas aparecen ante la opinión pública, como inocentes o culpables.³⁴

Jiménez de Parga,³⁵ sobre los juicios paralelos, argumenta que,

además de no tener cabida en el Estado de Derecho, son irreparables los daños que se cometen porque culminan con un veredicto popular. No existiría tal cuando la investigación periodística descubre asuntos y situaciones ilegales que acaban con posterioridad en los tribunales, pues en tal caso los medios cumplen su función constitucional.

García Alcalde,³⁶ respecto a los juicios paralelos, argumenta que en estos se realiza una atribución de culpas y responsabilidades, al margen de la técnica jurídica, y a veces del propio fallo del juicio, y de los órganos a cuya responsabilidad está encomendada constitucionalmente esta función.

³¹ *Ibid.*, 23 de agosto de 2018.

³² CRC, Artículo 150: «Los magistrados y jueces en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley».

³³ Ovejero Puente: «La presunción de inocencia y los juicios paralelos», p. 48. Define los juicios paralelos como el conjunto de informaciones sobre un asunto *sub índice* sobre el que los medios de comunicación pretenden examinar y valorar el proceso, las pruebas practicadas y a las personas implicadas en los hechos sometidos a investigación. *Vid.* Harbottle Quiroz: «Independencia judicial y juicios penales paralelos», en *Revista de Investigación de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 4, no. 1, 2017, p. 71.

³⁴ Espín Templado: *En torno a los llamados juicios paralelos la filtración de noticias judiciales*, p. 123.

³⁵ Maciá-Barber y Galván-Arias: «Presunción de inocencia y deontología periodística: El caso Aitana», en *Revista Latina de la Comunicación*, 2012, pp. 370 ss.

³⁶ García Alcalde: «El valor social de la información, un concepto a objetivar», en *Poder Judicial*, no. esp. XIII, 1990. pp. 117-122.

Bátiz señala que, en casos judiciales notorios, son algunos medios los que, en procedimiento sumarísimo y sin formalidad alguna, toman la justicia por propia mano y dictan sentencias.³⁷ El perverso efecto del llamado juicio paralelo se presenta cuando la actividad del comunicador social pasa de su labor informativa a un ejercicio ilegítimo del periodismo, sustituyendo o alterando la sensibilidad o percepción social, manipulando datos y creando una verdadera «ingeniería del consenso», en la cual el receptor solo está en condiciones de aceptar lo ya decidido por el medio.³⁸

Fernández-Viagas³⁹ ha manifestado que le preocupa

hasta qué punto un juez concreto, sobre todo en los casos de mayor trascendencia para la opinión pública, puede formar libremente su «fallo». El problema es que, a la hora de decidir, puede estar convencido de la ausencia absoluta de presiones. Nadie ha hablado con él, para «aconsejarle», no se le ha marcado ninguna directriz [...] y, sin embargo, inconscientemente, es posible que dicho magistrado a la hora de elaborar los silogismos intelectuales con los que debe operar acepte los datos que le hayan sido transmitidos [por] vía informativa.

En este mismo sentido, Zavala Egas⁴⁰ ha expresado que

resulta muy peligroso que el ejercicio comunicacional de los medios sobre noticias judiciales derive en una suerte de valoraciones y opiniones subjetivas, mostradas directa, indirecta o subliminalmente, que inevitablemente, forman un «clima de opinión» que lesiona los derechos y garantías de los encausados. Los jueces corren el riesgo de perder su imparcialidad y racional objetividad sobre el caso concreto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que

si se cometen con antelación los puntos de litigio de una forma tal que el público se forme sus propias opiniones, se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza de los tribunales; si el público, se habitúa al espectáculo de un seudoproceso en los medios, puede [sic] darse a largo plazo consecuencias nefastas para el prestigio de los tribunales como órganos cualificados para conocer de asuntos jurídicos.⁴¹

El Artículo 434.16 del Código penal francés regula como delito

la publicación de comentarios, con anterioridad a la resolución jurisdiccional firme, con el fin de ejercer presiones para influir en las de-

³⁷ Bátiz: «Jueces y medios de comunicación», en *La Jornada*, lunes 14 de marzo, 2011, p. 23.

³⁸ Latorre Latorre: *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, p. 23.

³⁹ Fernández-Viagas: *El juez imparcial*, p. 11.

⁴⁰ Zavala Egas: «Libre información judicial», en *El Telégrafo*, viernes 16 de junio, 2017.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de octubre de 1978.

claraciones de los testigos o en la resolución del órgano jurisdiccional instructor o sentenciador será castigada con seis meses de prisión y multa de 7.500 euros. Cuando la infracción sea cometida a través de la prensa escrita o audiovisual, serán aplicables en lo referente a la determinación de las personas responsables las disposiciones especiales de las leyes que regulan estas materias.⁴²

En resumen, en los juicios paralelos, se combina el contenido de los hechos con las opiniones personales del periodista, que pueden llegar a confundir a los ciudadanos sobre los sucesos. La presunción de inocencia exige que la información que se difunde, así como las opiniones que se vierten en relación con procesos penales en curso, no consideren a nadie autor de un delito, mientras los tribunales no se pronuncien mediante sentencia firme, porque tal como refiere Fluja,⁴³ «el periodista cuenta una historia, no dicta sentencias».

CONCLUSIONES

1. En Cuba, la participación directa de los ciudadanos en el sistema judicial se pone de manifiesto en la propia composición de los tribunales para los actos judiciales, jueces profesionales y legos, la posibilidad de los profesores de ser elegidos jueces, la participación de las organizaciones sociales y de masas en la actividad del juez de ejecución.
2. El acceso a la información proporciona mejores relaciones entre la sociedad y el Estado, credibilidad y confianza, fortalecimiento de la democracia, legitimidad a los tribunales a través del servicio público y facilita la transparencia judicial.
3. La implementación de aplicaciones informáticas en el ST posibilita que la población pueda recibir un servicio ágil y, sobre todo, poder interactuar de manera directa con los procesos que se tramitan, para conocer la situación del asunto en el que se encuentre involucrada con los niveles de seguridad requeridos, lo que tributa a la transparencia del sistema judicial cubano.

⁴² «Código penal francés», en www.legifrance.gouv.fr/content/location. En Austria, Portugal y Alemania se protege el secreto de instrucción, y se penalizan ciertas informaciones que se filtran antes de que sean elevados a vista pública. En el Reino Unido, el *contempt of court*, permite prohibir la difusión de noticias y comentarios sobre los hechos de un proceso judicial para preservar la independencia e imparcialidad del juzgador, cuando el juez, después de las pruebas, concluye que hay un riesgo sustancial y que puede perjudicar la celebración de un juicio con todas las garantías.

⁴³ Fluja: «Algunos aspectos de la relación justicia-medios de comunicación social», en *Justicia*, no. 3, 1991, pp. 602-603.

4. La publicidad de los actos judiciales les permite a los ciudadanos fiscalizar la conducta ética de los integrantes del tribunal, la destreza con que se conducen en su desarrollo y el grado de profesionalidad que demuestran que su desempeño, por lo que los asistentes pueden formarse un criterio en relación con la imparcialidad y la capacidad que tendrán los jueces para arribar a un fallo justo y legalmente fundado.
5. Los medios de comunicación pueden contribuir a la educación jurídica y a la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial; sin embargo, cuando se publican artículos sensacionalistas sobre un proceso judicial en trámite, y se crean estados de opinión en las redes sociales, se pueden vulnerar las garantías constitucionales reconocidas a las personas, como la presunción de inocencia, y convertirse en un factor atentatorio contra la imparcialidad y la independencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Actualización de los lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021, aprobados en el VII Congreso del Partido, en abril de 2016; y por la ANPP, en julio de 2016.
- Arranz Castillero, Vicente Julio: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.
- Barrera, Silvia: *Claves de investigación en redes sociales*, Almería (España), Editorial Círculo Rojo, 2016.
- Bátiz, Bernardo: «Jueces y medios de comunicación», en *La Jornada*, lunes 14 de marzo, 2011, México D. F.
- Bergoglio, Mario José: «El papa Francisco y el Derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Penal*, no. 12, julio-diciembre, 2014, Bogotá, pp. 100-101, en revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_dederecho_penal/issue/download/40/37 [consulta: 2/8/19].
- Cafferata Nores, José I.: *Garantías constitucionales y nulidades procesales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- Carrasco Espinach, Lourdes M.: «Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia» (tesis doctoral), La Habana, octubre, 2009.
- «Carta democrática interamericana», en <https://es.wikipedia.org/carta-democratica-interamericana>. www.oas.org/charter/docs/resolucion_1-es.htm.
- Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista, aprobado en el VII Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 2016.
- Consejo Económico Social de la ONU: «Declaración de Estambul (Resolución E/2019/ 30, de 23 de julio de 2019)».
- «Convención americana de derechos humanos, de 22 de diciembre de 1969», en R. de Prada Solaesa y G. Pérez-Cadalso Arias, *El nuevo Código procesal penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José. Proyecto de*

- fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras*, Tegucigalpa, Agencia Española de Cooperación Internacional, 2001.
- «Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades, Roma, 4 de noviembre de 1950», en O. Casanova La Rosa, *Casos y textos de Derecho internacional público*, 4.^a ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1986.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: «Caso Acosta Calderón vs. Ecuador» (sentencia de 24 de junio de 2005, serie C, no. 129, párr. 76, p. 4), en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf [consulta: 2/7/19, 22:37].
- «Declaración americana de los derechos y los deberes del hombre, Bogotá, 1948», en De Prada Solaesa y Pérez-Cadalso Arias, *op. cit.* [s. m. d.].
- «Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948», en Ángel Fernández-Rubio Legrá (compil.), *Instrumentos jurídicos internacionales*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1991.
- Desantes Guanter, J. M.: *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Madrid, Editorial Eudema, 1987.
- Dirección de Supervisión y Atención a la Población: *Estadística de atención a la población*, enero-octubre, La Habana, Tribunal Supremo Popular, 2019.
- Espín Templado, E.: *En torno a los llamados juicios paralelos, la filtración de noticias judiciales*, Madrid, Editorial Aranzadi S. A., 1986.
- Fernández-Viagas, Plácido: *El juez imparcial*, Granada (España), Editorial Comares, 1997.
- García Alcalde, G.: «El valor social de la información, un concepto a objetivar», en *Poder Judicial*, no. esp. XIII, julio-septiembre, 1990, Madrid, pp. 117-122.
- Gimeno Sendra, Vicente: «El control de los jueces por la sociedad», en *Revista Jurídica de Poder Judicial*, no. 48, octubre-diciembre, 1997, Madrid, pp. 37-56.
- Guzmán Fluja, Vicente C.: «Algunos aspectos de la relación justicia-medios de comunicación social», en *Justicia*, no. 3, 1991, La Rioja (Argentina), pp. 593-610.
- Harbottle Quiroz, Frank: «Independencia judicial y juicios penales paralelos», en *Revista de Investigación de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 4, no. 1, julio, 2017, Asunción, pp. 135-158.
- Latorre Latorre, Virgilio: *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Editorial Civitas, 2002.
- Maljar, Daniel E.: *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Madrid, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- Maciá-Barber, Carlos y María de los A. Galván-Arias Jiménez de P.: «Presunción de inocencia y deontología periodística: el caso Aitana», en *Revista Latina de la Comunicación*, no. 67, diciembre, 2012, Madrid, pp. 362-393.
- Martí, José: *Obras completas*, t. 9, Editorial Nacional de Cuba, La Habana, 1963.
- Mendel, Toby: *El derecho a la información en América Latina*, UNESCO, Quito, 2009.
- Montalvo Abiol, Juan Carlos: «Los juicios paralelos en el proceso penal: ¿anomalía democrática o mal necesario?», en *Universitas*, no. 16, enero-junio, 2012, Madrid, p. 173.
- «Nunca gasté tanto aire de los pulmones llamando a mi niña», en www.5septiembre.cu/wp-content/uploads/2017/10/Cienfuegos-asesinato-periodico.pdf, 19 de octubre de 2017 [consulta: 2/11/19].

- Ovejero Puente, Ana María: La presunción de inocencia y los juicios paralelos, 3.ª ed., Madrid, Fundación Fernando Pombo, 2012.
- _____: *La presunción de inocencia y los juicios paralelos en Derecho comparado*, Madrid, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.
- «Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de noviembre de 1966», en Ángel Fernández-Rubio Legrá (compil.), *Instrumentos jurídicos internacionales*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1991.
- Pérez Hernández, Lisset: «Consideraciones en torno a la democracia», en L. Pérez Hernández y M. Prieto Valdés (compils.), *Temas de Derecho constitucional cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000.
- Quintero Olivares, Gonzalo: «Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial», en *Revista Jurídica de Poder Judicial*, no. 17, 1999, Madrid, pp. 335-360.
- Remigio Ferro, Rubén: «Gestión de la calidad de la actividad judicial en Cuba e independencia judicial. Presupuestos para su armonización» (tesis de maestría), Universidad de La Habana, 2014.
- Solozábal Echavarría, Juan José: «Opinión pública y Estado constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, no. 10, septiembre-diciembre, 1996, Madrid, pp. 399-414.
- Terry, George y Stephen Franklin: *Principios de administración*, México D. F., Editorial Continental, 1999.
- Tribunal Supremo Popular: *Código de ética judicial*, La Habana, 2017.
- www.5septiembre.cu/wp-content/uploads/2017/10/Cienfuegos-asesinato-periodico.pdf, 7 y 8 de agosto, 2018 [consulta: 3/11/19].
- Robles, Robinson: «¿El poder mediático influye en el Poder Judicial de Ecuador?», Quito, HispanTV, 2019, p. 7, en www.hispanTV.com/noticias/ecuador/433973/poder-medios-influencia-jueces-fiscales [consulta: 1/8/19].
- «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de octubre de 1978», en dialnet.unirioja.es/ar.pdf [consulta: 12/10/19].
- Toledo Santander, José Luis: «Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos», en *Justicia y Derecho*, año 10, no. 18, junio, 2012, La Habana, pp. 14-19.
- _____: «Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la ANPP», en *Justicia y Derecho*, año 16, no. 30, junio, 2018, La Habana, pp. 12-15.
- Zavala Egas, Xavier: «Libre información judicial», en *El Telégrafo*, viernes 16 de junio, 2017, Guayaquil, en www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/libre-informacion-judicial [consulta: 11/8/19, 22:11].

Legislación

- Constitución de la República de Cuba*, La Habana, Editora Política, 2019.
- Código penal francés, en www.legifrance.gouv.fr/content/location [consulta: 6/11/19].
- Ley No. 5, de 5 de agosto de 1977, «Ley de procedimiento penal (versión actualizada)»*, Ciudad de La Habana, Ediciones ONBC, 2008.

«Ley No. 6, de 8 de agosto de 1977, “Ley procesal penal militar”», en *Publicación de Legislaciones*, vol. IX, La Habana, Ministerio de Justicia, 1979.

Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico, Ciudad de La Habana, Ediciones ONBC, 2008.

«Ley No. 82, “De los tribunales populares”, de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. esp. extraord., no. 14, Ciudad de La Habana, 24 de julio de 1997.

«Reglamento de la Ley No. 82, “De los tribunales populares”, de 11 de julio de 1997», en *Gaceta Oficial de la República*, ed. esp. extraord., no. 14, 24 de julio, 1997, Ciudad de La Habana.

LA PRISIÓN PROVISIONAL Y EL HÁBEAS CORPUS: UN BINOMIO NECESITADO DE ANÁLISIS

Esp. Otto E. Molina Rodríguez
Presidente, Sala de lo Penal, TSP

Esp. Ileana J. Gómez Guerra
Magistrada, Sala de lo Penal, TSP

Esp. Silvia M. Jerez Marimón
Magistrada, Sala de lo Penal, TSP

Resumen: El trabajo ofrece los elementos objetivos necesarios a tener en cuenta para la imposición y/o ratificación de la medida cautelar de prisión provisional y su vínculo directo con la promoción del procedimiento de hábeas corpus, a la luz de la actual Constitución de la República de Cuba (CRC), la que lo reconoce como garantía del derecho a la libertad. Debido a la relevancia y sensibilidad del tema, se profundiza en su regulación en diversos instrumentos jurídicos internacionales, de los que Cuba es signataria, donde se definen los principios que rigen la excepcionalidad en la aplicación de esta medida cautelar y se enarbola la protección del derecho a la libertad personal, a través del hábeas corpus como garantía constitucional. Durante la investigación se emitieron criterios prácticos acerca de los requisitos legales a tener en cuenta para su aplicación, el seguimiento a la vitalidad de estos requerimientos, y lo relativo a la autoridad que debe acordarla, potenciándose la necesidad de que nunca se aplique unipersonalmente, sino por órgano colegiado; a estos fines se realizaron las propuestas correspondientes. La entrada en vigor de la nueva CRC dio un matiz diferente en cuanto al procedimiento de habeas corpus, generando nuestras consideraciones, a tono con la realidad actual.

Abstract: The work offers the necessary objective elements to take into account for the imposition and ratification of the precautionary measure of provisional prison and its direct link with the promotion of the habeas corpus procedure, in light of the current Constitution of the Republic of Cuba, the that recognizes it as a guarantee of right to freedom. Due to the relevance and sensitivity of the topic, it is deepened in its regulation in various international instruments, of which Cuba is signatory, where the principles governing exceptionality in the application of this precautionary measure are defined and the protection

of the right be based personal freedom, through habeas corpus as a constitutional guarantee. During the investigation, practical criteria were issued about the legal requirements to be taken into account for its application, follow-up to the vitality of these requirements, and what is related to the authority that must be agreed by, boosting the need to be applied unipersonally, but by a collegiate organ; for these purposes, the corresponding proposals were made. The entry into force of the new Constitution of the Republic gave a different nuance in terms of the Habeas Corpus procedure, generating our considerations, in tune with the current reality.

Palabras clave: prisión provisional, hábeas corpus, proceso penal, principios procesales penales, garantías constitucionales, derecho de los ciudadanos a la libertad personal, protección de la libertad física, servicio judicial cubano.

Keywords: provisional prison, habeas corpus, criminal process, criminal procedural principles, constitutional guarantees, citizens' right to personal freedom, protection of female freedom, cuban judicial service.

Las cuestiones referidas a la determinación de si un individuo debe permanecer, o no, en libertad durante el proceso penal incoado en su contra, además qué autoridad es la facultada para imponer la medida cautelar de prisión provisional, ratificarla o modificarla, y en qué momento lo hace son cuestiones que siempre han generado polémicas entre los estudiosos del Derecho, y que deberá remediar la modificación de la Ley de procedimiento penal (LPP), en la que viene trabajándose, dando cumplimiento a las disposiciones transitorias de la CRC, aprobada por el parlamento cubano y refrendada por la mayoría del pueblo.

La nueva Carta Magna, contextualizada con las corrientes más avanzadas del constitucionalismo, recoge entre sus preceptos la libertad de los ciudadanos como un derecho, y lo eleva a garantía constitucional, al re-frendar explícitamente, como una de las maneras de hacer viable su existencia, el procedimiento de hábeas corpus. Ante esta nueva realidad, se impone armonizar los postulados de la ley procesal con lo regulado en la ley de leyes.

La importancia del tema, lo sensible que resulta, las opiniones desfavorables que se vierten en relación con los criterios usados para la imposición y/o ratificación de la medida cautelar de prisión provisional en Cuba y la necesidad de dejar definida la autoridad facultada para decretarla, finalmente, motivaron la realización del presente trabajo, pues resulta evidente que el erróneo empleo de esta medida cautelar, por no ser necesario el asegu-

miento en esa dimensión, la deficiente argumentación al momento de su imposición y la carencia de seguimiento y evaluación en el tiempo generan el uso del procedimiento especial de hábeas corpus por los acusados, que se erige en garantía constitucional destinada a la protección de la libertad física de las personas en todas las etapas de sus vidas.

Dado lo anterior, se definió el *problema científico*: ¿La imposición de la medida cautelar de prisión provisional contraviene los derechos que refrenda la CRC? ¿Es siempre necesario, para restablecer los derechos quebrantados, la promoción de un procedimiento de hábeas corpus?

El *objetivo general* de la investigación fue dotar a los juristas de conocimientos elementales de cómo regular, de manera más efectiva y garantista, la prisión provisional en Cuba, brindar un acercamiento al Derecho comparado y ofrecer una mirada al nuevo significado que adquiere la institución del hábeas corpus, todo ello en aras de contribuir a perfeccionar el servicio judicial.

Se concibió que la investigación diera respuesta a los siguientes interrogantes (los que, a su vez, constituyeron los *objetivos específicos* concebidos):

- ¿Qué órgano será facultado para imponer la medida cautelar de prisión provisional?
- ¿Cuál sería el procedimiento a utilizar y el momento procesal oportuno?
- ¿Se razonan debidamente en la práctica judicial las resoluciones donde se impone la medida cautelar de prisión provisional?
- ¿Habrá necesidad de un proceso de hábeas corpus cuando lo que se pretende es la modificación de la medida cautelar? ¿Debe ser esta una premisa necesaria o una práctica excepcional?

Este quehacer se asumió partiendo de la hipótesis de que la adecuada utilización de la medida cautelar de prisión provisional, por fiscales y jueces, contribuye a perfeccionar el servicio judicial en Cuba y a evitar el empleo de la institución del hábeas corpus, reconocida como garantía constitucional.

Con diferentes grados de incidencia, se emplearon varios *métodos*:

Analítico-sintético. Proporcionó la determinación de los fundamentos epistemológicos y praxiológicos de la prisión provisional y el hábeas corpus para regular, de manera más efectiva y garantista, el servicio judicial en Cuba.

Inductivo-deductivo. Permitió transitar, de lo general hacia lo particular, en la determinación de las categorías que surgen en el proceso investigativo, el establecimiento de objetivos y tareas científicas y la elaboración de las conclusiones.

Histórico-lógico. Favoreció el estudio de las tendencias acerca de la prisión provisional y el hábeas corpus en su devenir histórico en Cuba y comprender la esencia de su empleo, en correspondencia con el marco histórico concreto en que se ha desarrollado, así como sus condicionamientos e implicaciones sociales.

Jurídico-comparado. Facilitó el estudio de normas jurídicas del ámbito nacional y extranjero, así como los convenios internacionales, para detectar sus afinidades y divergencias, para la imposición y/o ratificación de la prisión provisional y su vínculo directo con la promoción del hábeas corpus, a la luz de la actual CRC.

Examen teórico. Aplicado con el objetivo de identificar las necesidades de aprendizaje del jurista, respecto al nivel de conocimientos de los fundamentos teóricos que aportan las regulaciones jurídicas vigentes.

REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO PENAL CUBANO

El antecedente más antiguo conocido sobre el tema de la prisión provisional en el país se remonta a 1889, con la aplicación de la Ley de enjuiciamiento criminal española (LECrim), que regulaba la existencia en la fase investigativa del juez de instrucción, el que, con la obligación de escuchar al procesado, ratificaba el auto de prisión que previamente se había adoptado, recurrible ante audiencia con celebración de vista. El estado de privación de libertad, además, podía examinarse mediante el procedimiento de hábeas corpus,¹ proceder que se mantuvo vigente en Cuba, con ciertas modificaciones, hasta 1958.

La entrada en vigor de la Constitución de 1940, la cual estaba matizada por un evidente carácter progresista y garantista, significó un paso de avance sustancial en la regulación de esta medida cautelar, al introducir elementos como la presunción de inocencia, los tiempos de detención, el requerimiento de acordarse por resolución fundada, así como definir su cumplimiento en lugar distinto al de los sancionados, y la posibilidad del acusado de impugnar la imposición de dicha medida, lo que implicó la instrucción de reformas en la LECrim, para atemperarlo a esa nueva realidad.

En ese sentido, la referida ley determinó los motivos por los que se podía detener a una persona, la obligación de su presentación al juez de instrucción en caso de que su detención rebasara el término de 24 horas, y los presupuestos que debían cumplirse para poder decretar prisión provisional.

Entre estos últimos se enunciaban los siguientes:

- Que constara en la causa la existencia de un hecho con caracteres de delitos.
- Que por este delito considere el juez necesario la medida de prisión, atendiendo a las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado.

¹ Institución jurídica que refiere que las personas que hayan sufrido una detención ilegal, arbitraria, donde no se hayan cumplido las formalidades legales para privarlas de libertad, cuando permanezcan retenidas por un plazo mayor del establecido por la ley, sin respetarles los derechos establecidos por la Constitución y el ordenamiento procesal, serán puestas a disposición de la autoridad judicial competente.

- Que aparezcan en la causa motivos suficientes para creer responsable del delito a la persona contra la que se decreta la medida.

También esta disposición legal indicaba la necesidad de dar prioridad en la tramitación a las causas con acusados sujetos a estas medidas y establecía que, cuando el implicado asegurado arribara al límite inferior de la sanción señalada por el delito por el que se procesaba, la autoridad actuante estaba obligada a dejarla sin efecto.

En 1952, fue promulgada la Ley-Decreto No. 136, mediante la cual se indicaba, a jueces y tribunales en funciones durante la dictadura batistiana, que no podían imponer fianza a los miembros de las fuerzas armadas, cuando fueran procesados por delitos que tuvieran señalados penas de prisión.

Al triunfo de la Revolución, se dictó la Ley No. 134, de 1959, que dejó sin efecto la medida anterior, al resultar incompatible con las nuevas bases políticas y económicas del Gobierno que asumía el poder. En julio de ese año, se dictó la Ley No. 425, disponiendo que los acusados por cometer delitos contrarrevolucionarios, que afectaran la integridad y estabilidad del Estado, no podían permanecer en libertad. También, en 1959, fue promulgada la Ley No. 546, que estableció la pertinencia de la prisión provisional cuando el responsable no compareciera sin motivo legítimo.

En no pocos casos, los inculpadados sufrían detención por un tiempo mayor que el de la sanción que en definitiva se les imponía, por lo que se dictó el Decreto Ley No. 925, de 1961, estableciendo que la prisión provisional solo duraría mientras persistieran los motivos que la habían generado, manteniendo la modificación al alcanzar el límite inferior del delito que se le imputaba.

En 1974, entró en vigor la Ley No. 1251 (LPP), que introdujo una novedosa institución para aquellos tiempos, como lo fue la audiencia verbal, en la que serían escuchados tanto el fiscal como el detenido, asistido por su defensor.

Al ser proclamada la CRC de 1976, refrendando derechos, deberes y garantías fundamentales de los ciudadanos, se evidenció la necesidad de modificar el procedimiento penal cubano, por lo que, consecuentemente, fue dictada la Ley No. 5 (LPP, de 1977), en la cual se suprimió la audiencia verbal y facultó al fiscal para adoptar esta medida, con la limitante de que debía trasladarla al tribunal para su ratificación o modificación, sin que procediera recurso alguno contra la decisión.

Los autores consideran que esta decisión significó un retroceso en materia de garantía, dado que facultó a una parte procesal para que decidiera sobre la situación procesal de la otra, y aunque dio facultades al tribunal para su aprobación, en la práctica, devino una actuación formal, pues carecía de los elementos que pudiera aportar el inculpado en su defensa, limitando su resolución al contenido de los documentos obrantes en las actuaciones.

No obstante esta involución procesal, se mantuvo el cumplimiento de la prisión provisional en centros penitenciarios diferentes a los de los sancionados, y se introdujo el recurso de queja ante las decisiones del fiscal, y la posibilidad

de solicitar, tanto al acusador como al tribunal, la modificación de la medida cautelar impuesta.

A raíz de la promulgación, en 1994, del Decreto Ley No. 151, la fiscalía quedó con la facultad exclusiva de decretar la medida cautelar de prisión provisional, lo que permanece hasta la actualidad, aunque también facultó a la Policía Nacional Revolucionaria y al instructor para solicitar al fiscal la imposición de esta. Lo más novedoso que introdujo este decreto ley fue lo relativo a los límites en los tiempos de detención establecidos para cada autoridad actuante: 24 horas, en el caso de los agentes del orden; y 72, para la instrucción y el fiscal.

En Cuba, la actual LPP, en su Artículo 255, regula las medidas cautelares aplicables: prisión provisional, fianza en efectivo, fianza moral por la empresa o entidad donde trabaje el acusado o el sindicato u otra organización social o de masas a que pertenezca, reclusión domiciliaria, y obligación (contraída en acta) de presentarse periódicamente ante la autoridad que se señale.

En algunos casos, tal como ha demostrado la práctica judicial, la medida cautelar de prisión provisional ha sido empleada con fines investigativos, ante la creciente actividad delictiva, distorsionando su esencia, que es la de garantizar que el implicado no evada la acción de la justicia devenida del proceso penal incoado en su contra.

Los presupuestos necesarios para que dicha medida pueda ser aplicada están regulados en el Artículo 252 de la LPP y se asemejan a los que definía la LECrim, en este caso: que conste de las actuaciones la existencia de un hecho que revista caracteres de delito; y en los que aparezcan motivos suficientes para suponer responsable penalmente del delito al acusado. Sin embargo, retrocedió la LPP, al no fijar el tiempo de duración máximo de la prisión provisional, lo que fue salvado por la Instrucción No. 53, de 1975, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), al disponer, nuevamente, la obligatoriedad de dejar sin efecto la medida cautelar de prisión provisional cuando se alcanzara el límite mínimo del marco dispuesto para el delito imputado.

También se reguló, por disposición normativa del CGTSP, a través de la Instrucción No. 193 (2009) y el Acuerdo No. 112 (2013), la necesidad de la celeridad con la que se deben tramitar los asuntos con acusados sujetos a la medida cautelar de prisión provisional, por cuanto esta implica consecuencias perjudiciales para el asegurado y su familia, en virtud del aislamiento social que ello significa; por tanto, su uso deberá quedar reservado para los hechos de mayor gravedad o connotación social y donde resulte indudable que el procesado tratará de evadir la acción de la justicia.

La prisión provisional en el ámbito internacional

El origen de la prisión se remonta a la antigua Roma, donde la custodia de los encarcelados era considerada como una medida de seguridad antes del

juicio, a modo de detención preventiva o en espera de ejecución, aunque no en muchas ocasiones se erigió en sanción criminal, debido a las circunstancias inhumanas en la que los implicados se encontraban.

El texto de Ulpiano, contenido en el Título III, del Libro XLVIII, del *Digesto*, referenciaba que la gravedad del delito, la honorabilidad del sujeto, la inocencia y dignidad de la persona eran los elementos a tener en cuenta para establecer la reclusión, la custodia militar o la entrega a los fiadores. Estos constituyen los antecedentes históricos de los requisitos de aplicación de la medida cautelar de prisión provisional, que aluden a su excepcionalidad, pues no todos los casos eran meritorios de dicho encarcelamiento previo.

Durante la Edad Media, como cuerpo legal que regulaba el tratamiento a las personas privadas de libertad, se destacó *Las siete partidas*, por Alfonso X. En esta aún se decía que la cárcel era para la custodia. Esta cárcel custodia era administrada por los príncipes y con plena arbitrariedad, ordenándola en función de la procedencia social de los destinatarios. En la Ley No. XV, se prohibió la construcción de cárceles privadas en las casas y quien las tuviese no podía hacer uso de ellas para encerrar a los hombres, pues constituía una facultad absoluta del rey.

Esta medida cautelar en el Derecho canónico era un encierro con carácter preventivo que, al igual que para los romanos, se usaba para asegurar la presencia del imputado dentro del proceso penal, aunque en las leyes de las partidas se disponía la obligatoriedad de la prisión preventiva, siempre que el delito imputado llevara aparejada la pena de muerte, pérdida de algún miembro o cualquier otra pena corporal.

No fue hasta finales del siglo xvii que la prisión fue considerada como un centro de custodia de detenidos, cuya finalidad principal era garantizar la comparecencia del imputado hasta que llegara la hora del juicio oral, retomando la función que tuvo en sus inicios, convirtiendo a la institución de la prisión provisional en una medida de carácter excepcional, aplicándose únicamente a los delitos más graves.

Por su parte, durante el siglo xviii, la prisión provisional retoma el cometido que tuvo en sus inicios, de constituir una medida de carácter excepcional, que se empleaba para asegurar a los comisores de los delitos más graves.

Este andar histórico verifica que el empleo de esta medida cautelar está vinculado con el principio de presunción de inocencia, que defienden los sistemas jurídicos occidentales, que es en definitiva por lo que se ha venido abogando durante el decurso de los siglos xx y xxi.

La prisión preventiva o provisional ha sido abordada en el programa de Naciones Unidas desde su creación, y en este sentido se han promulgado instrumentos jurídicos que regulan la conducta a seguir por los operadores de los sistemas legales, así como los derechos de los detenidos:

Entre tales normativas, destacan la Declaración universal de los derechos humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, que proscribe las

detenciones arbitrarias, la tortura y preceptúa el derecho a un juicio imparcial partiendo de la presunción de inocencia del acusado; y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, que también refrenda el procedimiento a seguir para someter a una persona a detención o prisión y el recurso contra la condena.

Otro de los instrumentos lo constituyen las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las cuales, a través de una serie de políticas, establece prácticas idóneas en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria, entre las que sobresale la definición de los objetivos de las penas de encierro con el fin resocializador de estas, la necesaria individualización de los internos que están en espera de juicio (sistema penitenciario modelo), la creación de condiciones higiénicas adecuadas para la reclusión, la garantía de atención médica o la prohibición de toda forma de discriminación o maltrato, entre otros aspectos.

Las Reglas mínimas de la ONU para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing) es otro de los instrumentos jurídicos internacionales, orientado a promover el bienestar del menor en la mayor medida posible permitiendo reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, con ello, los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.

Principios que informan la medida cautelar

En el conjunto de principios que informan la medida cautelar de prisión provisional, destacan los de:

- **Legalidad.** Se refiere, en lo esencial, a definir los presupuestos, forma y límites que, para su adopción, deben estar explicados de forma exacta en la ley.
- **Proporcionalidad.** Este se adopta cuando el resto de las medidas no garanticen la presencia del acusado al ser requerido ante la autoridad competente, o cuando la gravedad del hecho acontecido y sus características personales lo aconsejen.
- **Inocencia.** La prisión provisional no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida; por tanto, proscribire la utilización de esta medida con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, pues de hacerse la privación de libertad excede los límites constitucionales.
- **Excepcionalidad.** Vinculado directamente con la presunción de inocencia, presupone su uso excepcional, partiendo de que es la más severa, con consecuencias reales de aislamiento del interno con su familia.
- **Razonabilidad de la prisión preventiva.** Basado en la idea de la justicia, impone la conjugación entre el derecho de la sociedad a defenderse y el individuo que es sometido a proceso, pues hasta que se dicte sentencia

en su contra, debe presumirse inocente; por tanto, la detención no debe prolongarse por un período más allá del necesario (de lo contrario, la privación de libertad se torna arbitraria).

- *Revisión periódica de la detención.* Se fundamenta en asegurar que el tiempo de detención preventiva no exceda de un plazo razonable, en atención al derecho a la presunción de inocencia y al carácter excepcional de la prisión preventiva, haciendo necesario la revisión sistemática de las circunstancias que motivaron su aplicación. Este ejercicio evitaría la reclamación de los derechos del agraviado.

- *Derecho de audiencia.* Su contenido establece la posibilidad del acusado de estar presente cuando se decida en su contra la prisión preventiva, sustentando así el principio de inmediación, y que por ello conozca de primera mano los elementos por los que se adopta tal decisión.

Ojeada a esta medida cautelar en el Derecho comparado

Importante resulta verificar que la medida cautelar de prisión provisional o detención preventiva, como también se le conoce en la doctrina, es regulada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos procesales, los que, de acuerdo con sus intereses, establecen su función, forma de imposición, durabilidad y modificación.

Las diferencias sustanciales radican en el órgano impositor, el término máximo de duración y el desarrollo de audiencias previas para juzgar su imposición.

En España, el principal objetivo que persigue la imposición de prisión provisional está en garantizar la presencia del posible autor del delito durante el proceso penal que se sigue en su contra, y que, una vez impuesta la pena, se cumpla de manera exitosa (LECrim, artículos 503 y ss.). No obstante, la Constitución española, impone un tiempo máximo de duración de la prisión provisional, según lo establecido en ley, el que no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda una pena de arresto mayor, ni más de un año cuando la pena sea de prisión menor o de dos años cuando la pena sea superior.

Por su parte, en Italia, se prevén, entre otras, la prisión provisional (Artículo 285, Código Procesal Penal —CPP), como una medida cautelar que posee carácter personal y coercitivo. Esta acción le corresponde al juez para las instrucciones preliminares y es solicitada por la fiscalía (CPP, Artículo 310). Al primero de estos sujetos procesales se le prohíbe promover la aplicación de una medida cautelar, así como imponer una medida más gravosa de la que se le ha solicitado. Igualmente, el juez tiene la potestad de acoger la solicitud de la fiscalía o rechazarla.

El CPP de Perú, de 2004, regula la prisión preventiva, impuesta por el juez de la investigación preparatoria, con un término variable en dependen-

cia del tipo de proceso, nunca superior a nueve meses, de forma general (18 para procesos complejos y 36 en los casos de criminalidad organizada). Otro elemento novedoso resulta la realización de una audiencia para decretar, o no, la medida cautelar, lo que se resuelve mediante un auto de prisión preventiva.

La Corte Suprema de Chile regula que solo será impuesta la prisión provisional cuando sea absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento y solo durará mientras subsista la necesidad de su aplicación. Esta medida será siempre decretada por medio de resolución judicial fundada. Sin embargo, ello no obsta a que la libertad quede subordinada al aseguramiento de la comparecencia del acusado al juicio (o incluso, a cualquier otro acto de diligenciamiento procesal) y de la eventual ejecución del fallo condenatorio.

En Argentina, aunque la prisión preventiva se encuentra autónomamente regulada en una pluralidad de ordenamientos procesales diversos, la cuestión de la justificación de la premisa normativa se resuelve en todas las jurisdicciones de manera similar.

El Código procesal penal modelo para Iberoamérica establece que la prisión preventiva podrá ordenarse cuando medien los siguientes requisitos:

1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él (procesamiento).

2. La existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Además, dispone que no se decretará prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera que la pena deba ejecutarse. Asimismo, esta medida cautelar se impone mediante un auto fundado, dictado por el juez de instrucción, en el que se consigna expresamente cada uno de los presupuestos que la motivan, vinculados a los peligros de fuga y de obstaculización.

Consideraciones en torno a la autoridad facultada para imponer la prisión provisional

Tal como se ha evaluado en la práctica judicial, no siempre las medidas cautelares de prisión provisional impuestas por los operadores del sistema de justicia verifican los requisitos de la existencia de elementos concretos de responsabilidad y de suficientes indicios para suponer la comisión de un delito o de que el asegurado pueda evadir la acción de la justicia, como exige la LPP; por tanto, los autores consideran que esto debe retomarse en la nueva ley procesal, en

aras del respeto a las garantías del inculpado, la aprobación por el tribunal y, en caso necesario y previa solicitud de las partes, efectuar la audiencia verbal ante el tribunal, para que sea este quien finalmente decida ratificar o modificar dicha medida en la fase sumarial; este proceder, sin lugar a duda, contribuiría, además de a evaluar la documentación existente hasta esos momentos y escuchar las alegaciones de la partes, a alcanzar una evaluación integral para tomar una decisión más pertinente sobre la procedencia de la medida.

Se estima, asimismo, que el procedimiento actual y los órganos facultados son correctos, siempre que se lleve a cabo el referido proceder, a lo que se añade que esta medida puede ser modificada en cualquier momento del proceso, siempre y cuando hayan variado los elementos que originaron su imposición. Por último, debe incorporarse a la ley procesal lo que ha sido dispuesto en una normativa del CGTSP, referente a que dicha medida cautelar no debe sobrepasar el límite mínimo del marco penal previsto para el delito imputado al implicado.

REFERENCIAS GENERALES DEL HÁBEAS CORPUS

Mediante esta institución jurídica, se hace efectivo el derecho a la libertad de los ciudadanos, cuando se ha producido una detención ilegal o cuando se ha decretado una medida cautelar de prisión provisional infundada, por obviarse los requisitos legales que la amparan para decretarla o que la restricción de su derecho a la libertad sea por un término superior al establecido legalmente.

Para su estudio, es preciso partir de lo que significa la libertad en el sentido humano y ciudadano:

La libertad constituye un derecho inherente al ser humano; porque solo mediante él, el más básico y esencial, se pueden hacer efectivo el goce y disfrute del resto de los derechos fundamentales de las personas y de otros tipos de libertades que en su conjunto pueden significar esa libertad entendida como valor supremo.²

Este derecho esencial, por su significado para las personas, ha conllevado a la necesidad de su protección. Aquí, los autores abordan el hábeas corpus desde dos aristas fundamentales (garantía jurisdiccional y constitucional), quedando entendido este como el procedimiento que puede ser promovido a favor de personas sobre las que ha recaído una detención o prisión provisional sin sustento legal o donde se han vulnerado los procedimientos a tener en cuenta para ser sustentada.

² «Las facetas espirituales de la libertad, o se contemplan en otros derechos (libertad para crear, expresar, informar, profesar un credo...) o se reflejan con carácter genérico en el valor superior Libertad» (Belda Pérez-Pedrero: «El derecho a libertad y a la seguridad personal», en *Parlamento y Constitución*, no. 3, 1999, p. 225).

Los orígenes de esta institución jurídica se han situado en el Derecho romano, específicamente en su interdicto *Homo libero exhibendo*;³ no obstante, se ha visto una evolución de su análisis a través de la historia, en principio dentro del Derecho de tipo consuetudinario de la Inglaterra medieval, con la Carta Magna inglesa de 1215, en la que se disponía: «Ningún hombre libre podrá ser arrestado o detenido o preso, o desposeído de su propiedad o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca, ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra».

Posteriormente, a través de la Ley inglesa de hábeas corpus, de 1679, se exigía que las detenciones se efectuaran mediante orden judicial, significando esto una protección a los derechos de las personas sujetas a cualquier tipo de restricción en este sentido.

Esta prescripción del derecho inglés, en cuanto al hábeas corpus, irradió a la legislación de la época en otros países, en la misma medida en que se materializó la colonización inglesa en diferentes partes de América y del mundo en general.

La proliferación del hábeas corpus está vinculada con la protección que ofrece tanto a los derechos humanos, como a las aspiraciones de los hombres (la libertad y la seguridad personal), circunstancias que han favorecido su aceptación en las constituciones de diferentes países a lo largo del tiempo. Este esplendor en América Latina se apreció desde los procesos de independencia de la metrópoli, y en Cuba específicamente aparece como antecedente con el llamado «recurso de manifestación de personas», originario del Derecho aragonés; y, posteriormente, con la vigencia del Derecho ibérico, en las colonias americanas, también se garantizaba la protección del derecho a la libertad y seguridad personal, mediante las propuestas a la Corona para su aplicación en el Nuevo Mundo.

Con el paso de los años, esta institución se ha desarrollado, expandiéndose su alcance, en ocasiones, a derechos que van más allá de la libertad,⁴ como la vida y la integridad física, especialmente como derechos conexos al de la libertad en condiciones de reclusión.⁵

³ Entonces, el jurisconsulto Ulpiano ya decía que «este remedio [refiriéndose a lo que hoy conocemos como hábeas corpus] se ha instituido para proteger la libertad personal a fin de que ninguna persona libre natural fuere detenida» (https://www.ecured.cu/Habeas_Corpus).

⁴ La agresión histórica al bien jurídico en estudio se ha materializado mediante los procedimientos de detenciones arbitrarias; así se deduce de las circunstancias sociales escritas por Beccaria en su clásica obra *Dei delitti e de le pene*, donde la consecuencia natural y automática de la denuncia era la detención.

⁵ «Los derechos tutelados por la garantía de hábeas corpus son la libertad personal, ya que en última instancia se define si la persona permanece o no detenida, pero además busca proteger la vida y la integridad personal dado que de la experiencia hemisférica se desprende que en los períodos de incomunicación o de incertidumbre del paradero de la persona es cuando la tortura, la ejecución extrajudicial o la desaparición forzada de per-

El hábeas corpus ha tomado diferentes denominaciones a lo largo de la historia en las legislaciones de diferentes países, como son: *exhibición personal* y *amparo*, esta última vinculada con el derecho a la libertad y extendida a bienes u objetos; sin embargo, el hábeas corpus está relacionado solo con la libertad personal, es decir que, aunque con distinta denominación, se protege indistintamente el derecho a la libertad de las personas, resultando ser el amparo más amplio porque prevé la protección de otros derechos.

Los estudiosos del tema no han coincidido, en principio, en la determinación de la naturaleza jurídica del hábeas corpus; indistintamente, lo consideran garantía, recurso, acción, derecho, institución, juicio, procedimiento.⁶ Para los autores de este artículo, es una garantía constitucional que respalda el derecho de los ciudadanos a la libertad personal; no obstante, con independencia de las distinciones que en este sentido se manifiestan, lo cierto es que, desde todas las aristas, su función principal es la protección a la libertad y seguridad personal de los ciudadanos. «En definitiva, la finalidad del hábeas corpus es la de controlar la legalidad de la detención practicada y hacer cesar de inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad».⁷

En este sentido, García Morelos refiere que «[...] la mixtura lo convierte —al hábeas corpus— en una verdadera garantía, evitando posturas restringidas para su papel tutelador».⁸ En fin, el hábeas corpus es la manera efectiva de hacer valer el derecho a la libertad de los ciudadanos, cuando estos consideran que ha sido vulnerada.

El contenido del hábeas corpus, como garantía de un derecho constitucional, debe tener su reflejo en las constituciones de cada país; y a este fin, Durán Ribera indica que «no cabe duda de que el reconocimiento de los derechos fundamentales en los textos constitucionales es un logro importante»;⁹ no obstante, para que este amparo constitucional no sea letra muerta y tenga virtualidad jurídica, es preciso garantizar su aplicación mediante el procedimiento judicial; en este ámbito, el propio tratadista refiere que «el efectivo ejercicio de los derechos de libertad y participación, solo

sonas tiene una mayor posibilidad de ocurrir» (Cordero Heredia y Yépez Pulles: *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales constitucionales*, p. 110).

⁶ «El objeto del procedimiento es una pretensión de naturaleza constitucional, puesto que el mismo se configura como una garantía procesal específica prevista en la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal» (STC 154/1995, de 24 de octubre, jurisprudencia española).

⁷ STC 194/1989, de 16 de noviembre (jurisprudencia española).

⁸ García Morelos: «El proceso de hábeas corpus en el Derecho comparado», en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/20.pdf>.

⁹ Durán Ribera: «Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano/2003*, p. 285.

cobra sentido si se dan unas condiciones materiales previas [...] unos medios básicos que garanticen un mínimo vital en condiciones de dignidad».¹⁰ Por ello, los autores de este trabajo reiteran la idea de que los derechos, sin garantías, son una mera fórmula legal.

El hábeas corpus, como locución latina, significa «traedme el cuerpo», que se interpreta como la presentación del detenido ante el juez, con vistas a que este analice la decisión adoptada, en cuanto a su privación de la libertad o de la detención de que ha sido objeto; disponiendo finalmente mantener la medida de aprensión o su inmediata libertad, según resulte de la valoración del caso. Por esa razón, se enarbola, también, como garantía jurisdiccional porque, solo en presencia de los tribunales, se determina la procedencia, o no, de este proceso; restableciéndose, si así se determina, el derecho constitucional a la libertad ilegalmente perturbada.

Con independencia de la legislación que lo ampara y la esfera del Derecho que lo protege, el hábeas corpus resulta ser un proceso flexible (sin formalidades), sumarísimo y de preferencia en la tramitación (celeridad y prioridad en los trámites) y gratuidad del procedimiento (no se exige su proceder por representación letrada, teniendo en cuenta que está asociado a derechos constitucionales, en consonancia con el principio de la tutela judicial efectiva). Las características enunciadas son válidas para demostrar la virtualidad de esta institución jurídica, a pesar de ser considerada una de las figuras jurídicas más antiguas.

De suma importancia resulta tener presente los instrumentos jurídicos internacionales que enarbolan la protección del derecho a la libertad personal, a través del hábeas corpus, como garantía institucional:

- DUDH. Artículo 8: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley».

- PIDCP. Artículo 9.4: «Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal».

- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Artículo XXV.3: «Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad».

- Convención americana sobre derechos humanos o Pacto de San José. Artículo 7.6: «Toda persona privada de libertad tiene derecho a re-

¹⁰ *Idem*.

currir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona». El Artículo 25.1 de esta convención regula que «toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales».

- Convención interamericana para prevenir la violencia contra la mujer. Artículo 4 g): «Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: El derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos».

En América Latina

He aquí, someramente, cómo se refrenda jurídicamente el hábeas corpus en diferentes países de América y el rango constitucional que, en cada caso, se le da a esta figura jurídica:

Ecuador. El hábeas corpus tiene amparo constitucional y, por tanto, deviene garantía al derecho de libertad de las personas; posee respaldo jurisdiccional en la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Del estudio de estas normas jurídicas, se puede advertir que es competente, para conocer del proceso de hábeas corpus, el juez que radica donde ocurre la detención ilegal. La legislación ecuatoriana tiene una peculiaridad, respecto a esta institución jurídica, en cuanto a su ámbito de ejecución: no solo se limita a la recuperación de la libertad, sino también a la protección de la vida y la integridad corporal de las personas privadas de la libertad, por lo que su alcance es más amplio que el sentido mismo que ha tenido esta institución desde tiempos remotos. Característica común con otros Estados es la celeridad con la que se tramitan los asuntos de este tipo (24 horas para la celebración de la vista, luego de la presentación de la demanda, e igual término respecto a hacer público el veredicto del caso). En la audiencia que se efectúa para dar respuesta a la promoción del proceso de hábeas corpus debe comparecer el agraviado, y el juez actuante debe tener, a la vista, la orden de reclusión del detenido, en la que se refleja

la autoridad que la dispuso y los argumentos de hecho y de Derecho que amparan la decisión. Cuando la detención se haya decretado por autoridades que intervengan en un proceso penal, el recurso de hábeas corpus se establece ante la Corte Provincial de Justicia.

México. La legislación contempla una denominación¹¹ más abarcadora que el hábeas corpus, a la que se le reconoce como «juicio de amparo», en el que se da protección al derecho de libertad personal. A pesar de este nombre, su esencia contiene la protección a la libertad de las personas y se enarbola como garantía institucional y jurisdiccional de todos los derechos constitucionalmente reconocidos, a excepción de los de naturaleza política; es decir que la institución jurídica objeto de estudio, en este país, es más amplia en cuanto al ámbito de los derechos que protege. Como requisitos en su tramitación, para proceder, la protección puede ser solicitada ante un juez por cualquier persona, aunque sea menor de edad; se tramita de manera sumaria, sin obviar los principios procesales reconocidos constitucionalmente. El país cuenta, también, con una norma reglamentaria (Ley de amparo). En esta concepción mexicana acerca de la protección a la libertad prima el estilo del hábeas corpus estadounidense.

Argentina. Existe una ley general que establece la vigencia del hábeas corpus en sentido amplio; no obstante, hay leyes propias de cada provincia y, ante la diversidad normativa que ampara esta institución jurídica, se aplica indistintamente la que proteja de forma más efectiva la libertad personal a través del procedimiento de hábeas corpus. Tal diversidad encuentra su límite en la Constitución Nacional, que recoge, expresamente, el hábeas corpus, luego de la Reforma constitucional de 1994, pues no existía con anterioridad pronunciamiento con ese nivel, a pesar de que tenía vigencia desde 1853; sin embargo, existía regulación de esta institución jurídica en el ámbito jurisdiccional. Al igual que en el resto de los países analizados, el hábeas corpus argentino es un procedimiento ágil, desprovisto de formalidades, que comienza con una denuncia verbal o escrita ante el juez, sin necesidad de intervención letrada para la tramitación del asunto. La protección al derecho de libertad física se garantiza en Argentina aun en estado de sitio y el hábeas corpus se hace efectivo cuando existen detenciones ilegales o privaciones de libertad, agravadas e ilegítimas.

De manera general, en América Latina, el hábeas corpus se erige como garantía constitucional y jurisdiccional y, a pesar de las especificidades de los diferentes procedimientos, existen características comunes en su trami-

¹¹ «[...] lo que un sector de la doctrina —como Fix Zamudio— llama “amparo de la libertad”, esto es, amparo para proteger la libertad corporal o ambulatoria, con lo cual resulta que el Habeas Corpus no existe en México en cuanto tal, pero se encuentra subsumido dentro del Amparo, con lo que la protección que éste brinda es suficiente para el bien jurídico tutelado, que es la libertad» (García Belaúnde: *El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes*, p. 70).

tación, como la agilidad en el trámite, la presentación de la denuncia ante un juez y que resulta innecesaria la representación letrada en la tramitación, la cual puede ejecutar cualquier persona.

El hábeas corpus en Cuba

Los primeros avistes de hábeas corpus en la América colonial española estuvieron relacionados con la promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812, partiendo de la solicitud realizada por el diputado guatemalteco Manuel de Llano, propuesta que finalmente no fue incorporada al texto constitucional, pero que sirvió como base para el respeto a la libertad, como derecho exclusivo de toda persona.

En el caso de Cuba, a pesar de que, en varias de las constituciones coloniales, se hacía referencia a la libertad personal y a la excepcionalidad de su limitación, como derecho propio de cada ciudadano, el hábeas corpus, según referencia de varios autores (entre ellos, el peruano Domingo García Belaúnde) lo sitúan en 1898.¹² Fue en ese momento en que se hace referencia a la Constitución provisional de Santiago de Cuba, conocida como Constitución de Leonardo Wood, de 20 de octubre de ese año, la cual, en su apartado séptimo, establecía:

Cualquiera persona podrá ser puesta en libertad mediante fianza suficiente menos en aquellos delitos que tuvieren señalada pena aflictiva cuando exista prueba plena o presunción bastante de culpabilidad; no pudiendo privársele del derecho a una orden de Habeas corpus sino cuando el General en Jefe lo considere conveniente.

En 1900, entra en vigor la Orden Militar No. 427, la cual mantuvo «[...] vigencia en las constituciones de 1901 y 1940»,¹³ en las que se regulaba lo relativo al hábeas corpus, «una reproducción exacta del hábeas corpus del estado de Nueva York».¹⁴

La Constitución de 1940 (como se sabe, constituyó un avance para la época), en su Artículo 29, establecía referencias concretas acerca del procedimiento de hábeas corpus:

Artículo 29. Todo el que se encuentre detenido o preso fuera de los casos o sin las formalidades y garantías que prevean la Constitución y las Leyes, será puesto en libertad, a petición suya o de cualquier otra persona, sin necesidad de poder ni de dirección letrada mediante o sumarísimo procedimiento de hábeas corpus ante los tribunales ordinarios de justicia.

¹² García Belaúnde: «El hábeas corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas».

¹³ Carballosa Batista y Ochoa del Río: «Las garantías legales en Cuba. Bases para su perfeccionamiento».

¹⁴ Tejera: *Hábeas Corpus*, 2.ª ed., 1927, p. 26.

El Tribunal Supremo no podrá dedicar su jurisdicción ni admitir cuestiones de competencia en ningún caso ni por motivo alguno, ni aplazar su resolución que será preferente a cualquier otro asunto. Es absolutamente obligatoria la presentación ante el tribunal que haya expedido el hábeas corpus de toda persona detenida o presa, cualquiera que sea la autoridad o funcionario, persona o entidad que la retenga, sin que pueda alegarse obediencia debida.

Serán nulas, y así lo declarará de oficio la autoridad judicial, cuantas disposiciones impidan o retarden la presentación de la persona privada de libertad, así como las que produzcan cualquier dilación en el procedimiento de hábeas corpus.

Cuando el detenido o preso no fuere presentado ante el tribunal que conozca de hábeas corpus, este decretará la detención del infractor, el que será juzgado de acuerdo con lo que disponga la ley.

Los jueces o magistrados que se negasen a admitir la solicitud de mandamiento de hábeas corpus, o no cumplieren las demás disposiciones de este artículo, serán separados de sus respectivos cargos por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Estas cuestiones también fueron refrendadas en la posterior Ley fundamental de 1959.

La CRC, de 1976, por su parte, no devino un texto constitucional avanzado en este sentido y, a pesar de las reformas que se le realizaron con posterioridad, no aparecía el hábeas corpus como una de las garantías ciudadanas, omisión que constituye una limitación en materia de derechos y garantías, y una excepción en el constitucionalismo latinoamericano de su tiempo; sin embargo, en su Artículo 58,¹⁵ aparecía la protección a la libertad como un derecho ciudadano, pero adolecía de salvaguarda efectiva a este derecho, particularidad que la diferenciaba de la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos de aquel momento.

A pesar de esta omisión como garantía constitucional, el hábeas corpus no era una figura inexistente en la realidad jurídica del país; estaba regulado su proceder en la LPP (vigente en la actualidad), en sus artículos del 467 al 478, dando de esta manera una visión garantista, desde el punto de vista procesal, al derecho a la libertad personal, lo que le posibilitaba que esta institución tuviera virtualidad jurídica en la isla, a pesar de que no estaba recogido como garantía constitucional.

¹⁵ La libertad e inviolabilidad de su persona están garantizadas a todos los que residen en el territorio nacional. Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes. El detenido o preso es inviolable en su integridad personal.

Actualmente, los artículos 46, 52, 95 a) y 96 de la CRC, aprobada por referendo constitucional el 24 de febrero de 2019, vienen a salvar la situación antes descrita, pues aparece el derecho ciudadano a la libertad, con la garantía constitucional de que, si es vulnerado, puede promoverse, por el agraviado o por cualquier otra persona, un procedimiento de hábeas corpus; y, a pesar de que solo se vincula este proceso con la ilegalidad de la detención o privación de libertad, ese término debe entenderse en el sentido más amplio, enmarcándose en él cualquier arbitrariedad o ilegitimidad que se produzca en este sentido:

Artículo 46. Todas las personas tienen derecho 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 a su desarrollo integral.

Artículo 52. Las personas tienen libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas en ley.

Artículo 95. En el proceso penal las personas tienen, además, las siguientes garantías: a) no ser privado de libertad sino por autoridad competente y por el tiempo legalmente establecido.

Artículo 96. Quien estuviere privado de libertad ilegalmente, tiene derecho, por sí o a través de terceros, a establecer ante tribunal competente procedimiento de Habeas Corpus, conforme a las exigencias establecidas en la ley.

El hábeas corpus no puede verse aislado de la prisión provisional y, a este fin, es necesario conjugar tanto los preceptos constitucionales (que amparan el derecho a la libertad y la garantía a este, mediante el hábeas corpus) como la legislación procesal penal, que establece la manera de proceder en caso de interponerse proceso de hábeas corpus y refrenda las circunstancias en las que deben disponerse las medidas cautelares, especialmente la de prisión provisional, por su vinculación directa con el hábeas corpus.

La práctica judicial en la solución a procesos de hábeas corpus en Cuba se limitó —hasta la entrada en vigor de la nueva CRC— a verificar si existía amparo legal mediante auto o sentencia que legalizara la situación procesal del acusado. No basta con la existencia de este documento, sino que la prisión provisional debe estar fundada en los aspectos que regula el Artículo 252 de la propia norma procesal penal, sin que, hasta el momento, los encargados de resolver estos asuntos se detuvieran en los argumentos de hecho que daban vida a la decisión de la prisión y, en eso fundamentalmente, estriba la garantía del hábeas corpus respecto a la prisión provisional en la actual Carta Magna, cuyo Artículo 94 hace referencia expresa a que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido

proceso tanto en el ámbito judicial como administrativo y, en consecuencia, goza de derechos como el establecido en el apartado e), en el que se deja clara la idea de que ninguna persona puede ser privada de sus derechos, sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de un tribunal.

Partiendo del análisis antes enunciado, se puede apreciar el nuevo prisma con el que debe procederse al disponer la prisión provisional, desmoronando así cualquier tipo de arbitrariedad en la tramitación de esta medida cautelar; hay que tener presente, al momento de su análisis para proceder, los argumentos que permitieron al fiscal (quien la dispone en la mayoría de los casos) determinar que fuera la prisión provisional la medida cautelar a tener en cuenta y no otra. Desde el punto de vista objetivo, y basados en las premisas que establece el Artículo 252 de la norma procesal ya enunciada, obviar esos presupuestos sería el fundamento de la promoción de un proceso de hábeas corpus garantista, siguiendo el prisma de que Cuba es un Estado socialista de Derecho y de justicia social, como se establece en el Artículo 1 de la mencionada Carta Magna.

Sin embargo, sin temor a equivocación, la práctica judicial no ha sido tan amplia en este sentido, porque sin cumplir con ninguna otra de las exigencias en el trámite de este procedimiento, establecidas en la ley procesal penal, se rechazaba de plano el hábeas corpus, cuando existía resolución que amparaba la prisión provisional o la detención, sin detenerse a hurgar en los argumentos de hecho que, según la autoridad impositora de la prisión provisional, estaban presentes en el caso objeto de examen.

Otro aspecto que no se debe soslayar (porque está relacionado con uno de los objetivos específicos de este trabajo) es el seguimiento que se debe tener con las personas sujetas a prisión provisional, en aras de determinar el momento en que varíen las circunstancias que, en principio, hicieron aconsejable imponer este tipo de medida cautelar. He aquí otro de los aspectos controvertidos de este asunto, pues, en determinados casos, en los que no se ha podido demostrar, durante un período razonable de tiempo, la posible vinculación del sujeto a un hecho delictivo, se mantiene en prisión provisional y solo se alega ante las solicitudes de modificación de medida cautelar presentadas el cliché de que no han variado las circunstancias por las que inicialmente se impuso, cuestión que pone al descubierto la poca profundidad en los análisis que se efectúan en este sentido, sin tener en cuenta el prisma objetivo e integral que a este fin corresponde.

En circunstancias como estas, en las que, sin argumento convincente, se deniega una solicitud de medida cautelar, incluso en varias oportunidades en cuanto a un mismo acusado, se presentan procesos de hábeas corpus, para restablecer la arbitrariedad con la que se ha estado actuando por la autoridad que dispuso la prisión provisional, y es ahí donde hay que reflexionar y decir que el hábeas corpus no debe ser una práctica diaria, sino

un procedimiento excepcional, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la autoridad impositora debe fundamentar adecuadamente la prisión provisional y, en segundo, esta decisión solo podrá mantenerse en el tiempo cuando se le haya dado un seguimiento efectivo, con vista a determinar la real variación, o no, de las circunstancias que en principio lo aconsejaron; solo así se podría dar respuestas certeras a las solicitudes de variación de medida cautelar solicitadas, como paso que, en la mayoría de los casos antecede, a la demanda por un proceso de hábeas corpus.

De ahí que se pueda asegurar que, más que garantista, era formal la protección al derecho a la libertad, cuestión que en estos momentos debe ser un reto para los operadores del Derecho y, fundamentalmente, para quienes tienen el deber de impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba.

CONCLUSIONES

1. La medida cautelar de prisión provisional se remonta a tiempos antiquísimos del Imperio Romano y, en la actualidad, la regulan los diferentes países.
2. Es un tema de alta preocupación para las Naciones Unidas y aparece regulado en diversos instrumentos jurídicos internacionales, tratado como una medida de carácter excepcional, aplicándose únicamente a los delitos más graves y vinculada a principios que la informan, en particular: presunción de inocencia, legalidad, razonabilidad, revisión periódica y audiencia previa.
3. Las diferencias principales, al ser abordado en diversas legislaciones, radican en cuanto al órgano impositor, el término máximo de duración y el desarrollo de audiencias previas para considerar su imposición.
4. En Cuba, se verifican aspectos positivos en su regulación legal, tales como los presupuestos necesarios para que dicha medida pueda ser aplicada; el cumplimiento de la prisión provisional en centros penitenciarios diferentes a los de los sancionados; el recurso de queja, ante las decisiones del fiscal; y la posibilidad de las partes de solicitar la modificación de la medida cautelar impuesta.
5. Significó un retroceso, en materia de garantías, facultar a una parte para que decidiera sobre la situación procesal de la otra, partiendo del principio de que nadie puede ser buen garante de sus propios actos.
6. Tal como ha demostrado la práctica judicial, la medida cautelar de prisión provisional ha sido empleada en determinados asuntos con fines investigativos, ante la creciente actividad delictiva, distorsionando su esencia,

que es la de garantizar que el implicado no evada la acción de la justicia devenida del proceso penal incoado en su contra.

7. Constituyó un vacío legislativo no fijar un plazo razonable para la duración de la prisión provisional, vulnerando los principios de presunción de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva, lo que fue salvado por una disposición del CGTSP.
8. La institución del hábeas corpus, como se conoce, está íntimamente ligada a la medida cautelar de prisión provisional; de ahí que sus orígenes se remontan, también, al antiguo Derecho romano.
9. Esta institución jurídica tiene respaldo constitucional en la mayoría de los países y está amparada, además, en varios instrumentos jurídicos internacionales.
10. Se manifiesta como una garantía constitucional y jurisdiccional, encaminada a la protección a la libertad y seguridad personal de los ciudadanos.
11. En la práctica judicial, y a la luz de un reforzamiento constitucional de los derechos y garantías de las personas, lo que incluye la regulación en la ley de leyes de la institución del hábeas corpus, se verifica en determinados casos que la fórmula prevista en la LPP, en cuanto a la improcedencia del hábeas corpus, cuando la medida cautelar de prisión provisional se haya dictado mediante resolución fundada en proceso penal, ha sido aplicada bajo un prisma de interpretación incorrecto, pues, en ocasiones, la resolución no obedece al cumplimiento de los presupuestos que la propia ley rituaría prescribe para la pertinencia de la aludida medida cautelar, lo que significa que no está suficientemente motivada en unos casos y, en otros, no era conveniente conforme a ley, particularidad que, en estos momentos, tiene rango constitucional.

RECOMENDACIONES

Primera: Al CGTSP, o su presidente, para que, mediante disposición normativa, indique a los órganos jurisdiccionales el correcto y uniforme empleo de la institución del hábeas corpus en su vinculación con la medida cautelar de prisión provisional, vistas a través de la indisoluble interrelación de lo previsto en los artículos 252 y 467 de la LPP y 94 e) de la Carta Magna, relativo a que no puede considerarse resolución debidamente fundada la que impone una medida cautelar de prisión provisional relegando los presupuestos al efecto reglados en la norma procesal.

Segunda: Al grupo legislativo, para que considere la propuesta de incluir en la norma procesal los siguientes aspectos, en torno a la medida cautelar de prisión provisional:

- Los principales principios que la informan.
- La aprobación por el tribunal de la solicitud de medida cautelar y la celebración de audiencia previa por el órgano jurisdiccional, siempre que el caso lo amerite.
- Que se fije el término máximo de duración de la medida cautelar.

BIBLIOGRAFÍA

- Belda Pérez-Pedrero, E.: «El derecho a libertad y a la seguridad personal», en *Parlamento y Constitución*, no. 3, Ciudad Real (España), 1999, pp. 223-260.
- Bodes Torres, J.: *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*, 2.^a ed., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1996.
- Borges Frías, J. y D. Cutié Mustelier: «Peculiaridades del hábeas corpus en Cuba», en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/11233/FCI-2003-1-borges-cutie.pdf> [consulta: 2-10-2019, 2:00 pm].
- Carballosa Batista, D. y J. Ochoa del Río: «Las garantías legales en Cuba. Bases para su perfeccionamiento», en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2010a/633/garantias%20constitucionales%20en%20la%20historia%20constitucional%20cubana.htm> [consulta: 3-9-2019, 9:00 am].
- Cordero Heredia, D. y N. Yépez Pulles: *Manual (crítico) de garantías jurisdiccionales constitucionales*, Quito, Comunicaciones INREDH, 2015.
- Durán Ribera, W.: «Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano/2003*, México D. F., UNAM, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derechoconstitucional/article/viewFile/3589/3350> [consulta: 13-8-2019, 8:00 am].
- Espinoza Ramos, B.: *El hábeas corpus innovativo: Para evitar la vulneración de la libertad o derechos conexos en el futuro*, Lima, Tribunal Constitucional, 2014.
- García Belaúnde, D.: «El hábeas corpus en América Latina. Algunos problemas y tendencias recientes», en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/File/15448/15900> [consulta: 13-8-2019, 9:00 am].
- _____: «El hábeas corpus en América Latina: antecedentes, desarrollo y perspectivas», en https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_7/El_habeas_corpus_en_america_latina.pdf [consulta: 13-8-2019, 8:00 pm].
- García Morelos, G.: «El proceso de hábeas corpus en el Derecho comparado», México D. F., UNAM, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3065/20.pdf> [consulta: 3-9-2019, 9:00 am].
- «Hábeas corpus, manual técnico para su manejo», 1999, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22791.pdf> [consulta: 3-9-2019, 9:30 am].
- Remigio Martínez, Zarezka: «Presunción de inocencia en el proceso penal», en *Justicia y Derecho*, año 3, no. 5, diciembre, 2005, La Habana, pp. 25-30.
- Tejera, Diego V.: *Hábeas corpus*, 2.^a ed., Madrid, Editorial Reus, 1927.

Legislación

«Código penal de Cuba, Ley No. 62», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3, 30 de diciembre, 1987, La Habana.

Código procesal penal de Italia.

Código procesal penal de Perú.

«Código procesal penal modelo para Iberoamérica», en <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4215/https://www.google.com/search> [consulta: 20-9-2019, 9:00 am].

Constitución de la República de Cuba (1901).

Constitución de la República de Cuba (1940).

Constitución de la República de Cuba (1976).

Constitución de la República de Cuba (2019).

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución Política de la República del Ecuador.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Provisional de Santiago de Cuba (1898).

Convención americana sobre derechos humanos, 22 de noviembre, 1969, San José (Costa Rica).

«Convención interamericana para prevenir la violencia contra la mujer», en <https://www.igualdadgenero.gob.ec/wp-content/uploads/2018/06/convencion-inter-americana-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-la-mujer-belmdo-par.pdf> [consulta: 20-9-2019, 10:00 am].

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, abril de 1948, Bogotá.

Declaración universal de los derechos humanos, Resolución 217 A (III), 10 de diciembre, 1948.

«Decreto Ley No. 151», en *Gaceta Oficial de la República*, 10 de junio, La Habana, 1994. https://www.ecured.cu/Habeas_Corpus.

Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley fundamental (Cuba, 1959).

Ley de enjuiciamiento criminal española, 14 de septiembre de 1882.

Ley de procedimiento penal cubana, Ley No. 1251, de 1974.

«Ley de procedimiento penal cubana, Ley No. 5, de 13 de agosto de 1977», en *Gaceta Oficial de la República*, 15 de agosto, La Habana, 1977.

Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional (Ecuador).

Ley 23.098, de 1984 (Argentina).

Orden Militar No. 427, 15 de octubre de 1900 (Cuba).

Pacto internacional de derechos civiles y políticos, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre, 1966.

Proyecto de Constitución de la República de Cuba (2018), 1.º de agosto de 1992.

Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), en <https://www.bing.com/search>.

Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), en <https://www.bing.com/search> [consulta: 20-9-2019, 10:00 am].

Reglas mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), en <https://www.ohchr.org> [consulta: 20-9-2019, 10:00 am].

Jurisprudencia

STC 11/1981, 8 de abril (jurisprudencia española).

STC 194/1989, 16 de noviembre (jurisprudencia española).

STC 154/1995, 24 de octubre (jurisprudencia española).

APUESTA POR UN ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA DEL TRABAJO

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

Resumen: El presente artículo analiza críticamente la situación del acceso a la justicia en el ámbito del trabajo, a la luz de los postulados de la Constitución de la República de Cuba (CRC) de 2019 y propone alternativas de solución al objeto de que los tribunales puedan cumplir efectivamente su función de garantes de los derechos de esta naturaleza.

Abstract: This article critically analyzes the situation of access to justice in the labor matter, in light of the postulates of the Constitution of the Republic of Cuba of 2019 and proposes solutions so that the courts can effectively fulfill their function guarantors of rights of this nature.

Palabras clave: acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, garantías de los derechos, Derecho del trabajo, tribunales de justicia, Constitución, función de garante, Estado social de Derecho, servicio judicial.

Keywords: access to justice, effective judicial protection, guarantees of rights, labor law, courts of justice, Constitution, guarantor function, social state of law, judicial service.

En 2019, vio la luz la nueva CRC que, entre otras importantes garantías, materiales y jurisdiccionales, contempló el acceso a los órganos judiciales, como parte indispensable de la tutela judicial efectiva que están obligados a proveer los tribunales de justicia.

Para ese entonces, ya eran significativas las restricciones para promover acciones fundadas en las violaciones de un grupo no despreciable de derechos del trabajo, situación que continúa presente, al permanecer vigentes, en el plano jurídico-formal, diversas normas infraconstitucionales, de distinto rango, que limitan el acceso a los tribunales y, en consecuencia, suponen una antinomia con la letra, principios y valores que inspiran la Carta Magna.

A casi dos años de la promulgación de la nueva ley de leyes, el saldo de la cuestión muestra que, aunque se han producido discretos avances,¹ no

¹ La Instrucción No. 255, de 22 de octubre de 2020, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), distribuye la competencia mercantil y laboral, para el conocimiento de los conflictos que se generen entre los socios de las cooperativas no agropecuarias y estas, y tiene el mérito de haber franqueado la defensa de un conjunto

ha sido significativo el número de demandas interpuestas, en busca de la tutela judicial de esos derechos,² como tampoco se ha materializado una interpretación de los tribunales, favorable a la realización de la previsión constitucional del acceso a la justicia, como impone el principio de supremacía de la CRC.

Ello a pesar de la relevancia de los derechos del trabajo en nuestra sociedad, resguardados sustancialmente con garantías que no tienen parangón en otras latitudes, a partir de la voluntad política real de ofrecer protección a los trabajadores; la asunción de la justicia como un servicio público; la incorporación de estándares internacionales en materia de derechos humanos y del modelo de Estado socialista de Derecho y justicia social, proclamado en la ley suprema.

Preguntarse qué puede hacer el Sistema de Tribunales (ST), para contribuir a la implementación y consolidación de la nueva institucionalidad instrumentada por la Carta Magna, es tarea útil en estos tiempos. La cuestión del acceso a la justicia en materia del trabajo hace parte de ello y es premisa indisoluble de la seguridad jurídica y la credibilidad del Estado.

A reflexionar sobre ese tema se dedican estas líneas, con el propósito de abrir caminos a nuevas posturas, decisiones y líneas de interpretación, que permitan a los tribunales situarse en el lugar que la CRC les ha reservado, como garantes de los derechos de las personas y hacedores de aquello que el Apóstol denominó «el culto a la dignidad plena del hombre».³

BREVE EVOLUCIÓN, DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

Los orígenes del acceso a la justicia pueden ubicarse en el campo del Derecho procesal, en torno a la teoría abstracta de la acción, nacida en el siglo XIX, que posibilita a cualquier sujeto poner en marcha la maquinaria jurisdiccional, con independencia del derecho material que pueda asistirle.

La acción, así entendida, es un derecho potestativo público, que se ejerce ante el Estado, expresado en los tribunales de justicia, y que corresponde,

de derechos del trabajo, sin legitimar la restricción para el juzgamiento de las cuestiones de fondo que hoy presenta la legislación especial.

² No se dispone de datos con relación al número de demandas que se hayan intentado ante los tribunales municipales populares (TMP) en los supuestos que hoy están normativamente impedidos de acceder a los órganos judiciales. En el período de mayo de 2019 a octubre de 2020, la Sala de lo Laboral del TSP declaró inadmisibles 20 procesos de revisión, por haberse interpuesto contra medidas disciplinarias distintas de la separación definitiva de la entidad.

³ Discurso pronunciado en el Liceo Cubano, Tampa, el 26 de noviembre de 1891 (Martí: *Obras completas*, t. 4, p. 270).

en abstracto, a toda persona, sea titular del derecho sustancial que alega, o no, y a aquel contra el cual dirige su pretensión (naturaleza bilateral).⁴

En palabras de Couture, «entendemos, pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales» (1958, p. 61).

De forma similar, Gómez Orbaneja y Herce Quemada sostienen que es «un derecho dirigido hacia el Estado, y como facultad de obtener mediante el órgano de éste, y contra o frente al demandado, el acto de tutela jurídica» (1946, p. 123).

Sin embargo, el acceso a la justicia adquiere su verdadera dimensión a partir del siglo xx, cuando la acción y otras garantías procesales irrumpen en el terreno constitucional, de la mano de un conjunto de acontecimientos; entre ellos, el replanteamiento de las funciones del Estado, desde la noción del Estado de Derecho y el *Welfare State*, el auge de los derechos sociales, su internacionalización y necesidad de protección, con expresiones particulares en el ámbito del Derecho del trabajo⁵ y el desarrollo de los derechos humanos.

Hacia la segunda mitad de esta centuria, se desarrolla el movimiento mundial de acceso a la justicia,⁶ que pone de manifiesto la desigual forma en que los condicionantes sociales afectan las posibilidades de las personas para la defensa de sus derechos y revelan un conjunto de obstáculos a remover por los Estados, en los órdenes político y jurídico, en función de garantizar su efectiva realización.

De esta forma, se hacen evidentes los vínculos entre el acceso a la justicia, la igualdad material y la justicia social, como presupuestos del Estado social de Derecho, al cual corresponde garantizar el disfrute de los dere-

⁴ Esta es la base del Derecho procesal moderno, sustentado en la trilogía estructural acción-jurisdicción-proceso, que constituye el aporte fundamental de los conocidos debates entre Windscheid y Müther sobre la acción romana, que sirvieron de base a la autonomía de la acción respecto del derecho material, enriquecidos por la escuela italiana, expresada fundamentalmente en Chiovenda, con su construcción de la acción como derecho potestativo y, también, el planteamiento de Von Bülow sobre las excepciones procesales; ello ineludiblemente vinculado a la naturaleza pública de la actividad jurisdiccional y del proceso (Calamandrei, 1943, *passim*; Montero, 1991, *passim*).

⁵ El principio protectorio, en torno al que se construye esta rama jurídica, lleva al proceso un enfoque diferencial de la justicia, articulado sobre la igualdad por compensación y la búsqueda de la verdad, dirigida a la satisfacción del derecho sustancial (Rodríguez-Piñero, 2002, pp. 69-104).

⁶ En la década del 70, fue realizado un colosal estudio comparado entre diversos países de Europa y Norteamérica, denominado «Proyecto Florencia para el acceso a la justicia», bajo la coordinación del profesor italiano Mauro Capelletti y la insigne participación del jurista norteamericano Bryant Garth; los primeros resultados de esta investigación fueron publicados en 1978, en una obra de seis tomos; en lo sucesivo, vieron la luz disímiles trabajos de este autor sobre el mismo tema (Capelletti y Garth, 1996, *passim*).

chos sociales y económicos, ya para entonces reconocidos como derechos humanos, disfrute que no se constriñe solo al plano formal, a su reconocimiento, sino a su eficacia.

En las investigaciones de Capelletti y Garth, se sistematizan tres etapas en la evolución del fenómeno:

— *Primera*: Se aborda la influencia de la pobreza y, en general, de las desigualdades económicas, en la capacidad de las personas para defender eficazmente sus derechos; y se plantea como principal solución a esa problemática la asistencia y representación jurídica gratuita a cargo del Estado, unida a la disminución de las tasas judiciales o la gratuidad de este servicio;

— *Segunda*: Los esfuerzos se dirigen a la protección de los intereses difusos o fragmentarios, de los consumidores y el medio ambiente, fundamentalmente; y

— *Tercera*: Aborda con seriedad el problema de la efectividad de los derechos y apuesta por transformaciones profundas en los sistemas de justicia, incluidas las normas procesales, llamadas a instrumentar procedimientos más flexibles, rápidos, económicos, y formas de resolución de controversias más participativas.

Aunque su surgimiento en el tiempo difiere,⁷ todos estos debates se mantienen vigentes en la actualidad.

Las definiciones que se han ofrecido del acceso a la justicia son muy diversas.

En una acepción amplia, se entiende que el acceso a la justicia es la disponibilidad real de instrumentos judiciales o de otra índole, previstos por el ordenamiento jurídico, que permitan la protección de derechos o intereses, o la resolución de conflictos, lo cual implica la posibilidad cierta de acudir ante las instancias facultadas, encargadas de esas funciones y de hallar en ellas, mediante el procedimiento debido, una solución jurídica a la situación planteada (Casal *et al.*, 2005, s. p.).

De conformidad con esta perspectiva, se refiere a la posibilidad de acceder a la justicia social en toda su amplitud, en condiciones de igualdad, incluidas todas las formas de resolución de controversias, cualquiera que sea la autoridad u órgano que las tenga a su cargo.

En esta dimensión, el acceso a la justicia muestra su carácter bilateral en múltiples esferas sociales, en relación con la obligación positiva del Estado de proveer mecanismos adecuados para que todas las personas puedan acceder, sin distinción, a la salud, la educación, el trabajo, el descanso, la protección social, entre otros derechos de esta naturaleza; remover las barreras que puedan dificultar su ejercicio y abstenerse de cualquier política, medida o comportamiento que los entorpezca (derecho-servicio público).

⁷ La primera etapa arranca en el siglo xix y las restantes en el xx.

Asimilando esta posición, Carnelutti lo define como «el derecho de toda persona, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideológica, política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas por medio de toda clase de mecanismos eficaces que permitan solucionar un conflicto» (1971, p. 23).

De forma similar, sostiene Ramos que el «acceso a la justicia se refiere al hecho de que la justicia sea abierta por igual a todos, sin barreras discriminatorias de ningún tipo —ya sean económicas, culturales, ideológicas, religiosas, étnicas, de ubicación geográfica, o incluso lingüísticas—» (2015, p. 57).

Esta acepción encuentra expresión en las declaraciones de principios y derechos fundamentales adoptadas en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para las cuales el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos laborales constituyen componentes esenciales del trabajo decente.⁸

En sentido restringido, por el contrario, el acceso a la justicia se ciñe a la posibilidad de promover la protección de los derechos ante el órgano del Estado al que compete la función jurisdiccional, por medio de los procedimientos legalmente previstos.

Es en esta corriente en la que se renueva la antigua teoría abstracta de la acción, imbuida ahora de todos los aportes del movimiento de derechos humanos y de las modernas concepciones sobre el Estado, que le aportan un contenido material distintivo.

De esta línea de pensamiento da cuenta Toscano cuando señala que

bajo la teoría de la acción procesal en sentido abstracto es posible afirmar que todo sujeto de derecho, tenga o no la razón desde el punto de vista del derecho sustancial, tiene derecho a ser escuchado en el proceso; esto sirve de fundamento al derecho de acceso a la justicia, que es un componente esencial del concepto de Estado de Derecho, pues legitima al proceso judicial como genuino instrumento institucionalizado de solución pacífica de controversias, al proscribirse la justicia por mano propia [de tal manera que el acceso a la justicia se asume como] el derecho a ejercer el derecho de acción (2013, s. p.).

Proto Pisani analiza críticamente esta realidad al aseverar que

la afirmación de la autonomía del derecho de acción respecto del Derecho sustantivo, el carácter publicista del proceso y de la jurisdicción como actuación del Derecho objetivo, antes que de la tutela de los de-

⁸ Cfr. Constitución de la OIT (1919); Declaración de Filadelfia (1944), relativa a los fines y objetivos de la organización y los principios que deben informar la actuación de sus miembros; Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) y Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), todas las que tienen como propósito común la protección eficaz de los derechos laborales.

rechos subjetivos, ciertamente había tenido el mérito de abrir el camino científico del procedimiento jurisdiccional, entendido como conjunto de poderes, deberes y facultades procesales, tanto de las partes como del juez, y no solo como un conjunto de formas y términos, pero que también determinó el inicio de un peligroso divorcio entre el estudio del derecho sustantivo y el del proceso, como si el derecho sustantivo pudiera sostener su esencia sin la concurrencia de instrumentos procesales de tutela, y como si el proceso no tuviera que adecuarse de manera continua a las necesidades de tutela de los derechos sustantivos particulares (2001, p. 34).

De este modo, en criterio de Priori Posada, el proceso se rencuentra con su verdadero fin, entendido como la realización del derecho material (s. f., pp. 273-292).

Siguiendo esa orientación, Capelleti y Garth consideran que «el acceso efectivo a la justicia representa el derecho humano más importante en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no sólo proclamar derechos» (1996, pp. 12-13).

Una definición afín plantea el *Diccionario de principios jurídicos*, para el cual el acceso a la justicia es un derecho de carácter instrumental, por su decisiva contribución a la defensa de otros derechos, que supone una mutación conceptual sustancial, por cuanto es la base de las ideas de igualdad material y efectividad del proceso, al tiempo que contempla la relación procesal propiamente dicha entre el poder judicial y los demás poderes constituidos, dirigido a la efectividad de la tutela jurisdiccional, que pasa a ocupar un lugar central en la teoría procesal (2011, p. 23).

La conceptualización del acceso a la justicia no ha estado exenta de confusiones con otras instituciones, como el debido proceso legal y la tutela judicial efectiva, lo cual responde a la afinidad teleológica existente entre ellas, que no es otra que la efectividad de la justicia. De hecho, ellas conforman una tríada inseparable, cuando de la materialización de ese propósito de trata.

El acceso a la justicia y el debido proceso legal hacen parte de una categoría más compleja que es la tutela judicial efectiva, criterio al que se afilia el tratadista español Jesús González Pérez, cuando, a propósito del emblemático Artículo 24 de la Constitución de su país, señala que la

acción procesal despliega sus efectos en tres momentos distintos: «primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia» (citado por Fix-Zamudio, 1994, pp. 99-100).

Por tal razón, existen autores que parten del acceso a la justicia para definir la tutela judicial efectiva. En esta línea, se inscribe Priori, para quien es

el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada, a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidades de ejecución (s. f., p. 280).

La Declaración universal de derechos humanos asume esta concepción, al establecer, en su Artículo 8, que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, 2005, p. 23).

También puede deducirse de los artículos 10 y 14 de la propia Declaración y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, respectivamente, pues el derecho a ser oído, estipulado en ellos, presupone el acceso al órgano judicial (IIDH, 2005, pp. 24 y 32).

Hechas estas precisiones, cabe preguntarse de qué tipo de derecho estamos hablando o, más concretamente, si estamos ante un derecho o una garantía.

Pineda afirma que

el acceso a la justicia es concebido como una especie de «derecho bisagra», en cuanto permite dar efectividad a los distintos derechos, civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, abriendo el camino para reclamar su cumplimiento y así garantizar la igualdad y la no discriminación (2015, p. 60) [pero, al mismo tiempo, considera que es una] garantía imprescindible para asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos tanto en la normativa doméstica como internacional (2015, p. 34).

Según acota Ferrajoli, «las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional» (2014, p. 25).

El propio autor distingue derechos y garantías en el sentido de que

los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar

o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias (2014, p. 43).

De esta forma, se comprende que derechos y garantías están estrechamente vinculados, pero no son lo mismo, pues «un derecho formalmente reconocido pero no justiciable —es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos— es [...] “un derecho inexistente”» (Ferrajoli, 2014, p. 44).

En similar sentido se pronuncian Ávila Santamaría (2012, p. 186), Prieto Sanchís (s. f., pp. 61-102) y, en nuestro medio, Prieto Valdés (2013, p. 5),⁹ postura a la que se afilia la autora de este artículo, pues el acceso a la justicia no existe para sí, sino en función de la justiciabilidad de los derechos.

IMPLICACIONES DEL ACCESO A LA JUSTICIA PARA EL PROCESO LABORAL

El reconocimiento constitucional del acceso a la justicia llega por vez primera a nuestro país con la CRC de 2019, en cuyo Artículo 92 se prevé que «el Estado garantiza, de conformidad con la ley, que las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos [...]», lo que se halla en sintonía con el modelo de organización política por el que apuesta la Carta Magna.¹⁰

En efecto, el Artículo 1 de la ley de leyes define al país como un Estado socialista de Derecho y justicia social, expresión que tiene una dimensión sustancial que trasvasa todo el texto.

Como correlato de ello, el Artículo 7 consagra la que se ha dado en llamar la garantía de las garantías: la supremacía de la Constitución (Prieto Valdés, 2019, p. 55), como norma legitimadora de la ordenación política y jurídica, de directa aplicación en las relaciones sociales, sean estas con el Estado o entre particulares, y de obligatorio cumplimiento por todos.

Desaparece con ello la arcaica concepción de que las previsiones constitucionales programáticas o de principio carecían de fuerza vinculante en tanto no tuvieran una ley de desarrollo, pues la CRC se configura como un

⁹ La Dra. Martha Prieto Valdés afirma que «una de las principales garantías jurídicas —luego del reconocimiento del derecho—, es el libre acceso a los tribunales a fin de poder dirimir conflictos inter partes [sic], aunque una de ellas sea un ente de la Administración. El acceso a los tribunales en defensa de los derechos, es una garantía esencial; terceros especiales que no intervinieron, ni tuvieron relación —aun indirectamente—, con la toma de decisiones que se reclama, pero que están comprometidos con la defensa de la justicia, la seguridad y la igualdad».

¹⁰ Este es el acceso a la justicia en sentido estricto, pues, en su connotación amplia, se le puede encontrar en el Artículo 46, que reconoce la justicia como un derecho fundamental y, en el Artículo 93, que prevé la utilización de los métodos alternos de resolución de conflictos, entre otros preceptos.

todo, teleológicamente relacionado, cuyas previsiones resultan igualmente imperativas.

La supremacía constitucional se complementa con el principio de legalidad, plasmado en el Artículo 9, del cual resulta, junto a su carácter obligatorio para todos los actores sociales, el deber de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados de actuar dentro de los «límites de sus respectivas competencias», expresión esta última que remarca la autora, por cuanto constituye un presupuesto de validez de los actos realizados por ellos.

Manifestación del nuevo marco de actuación derivado de la Carta Magna es, también, su Artículo 13, sobre los fines del Estado, en cuyos incisos e) y f) se le encarga «promover un desarrollo sostenible que asegure la prosperidad individual y colectiva, y obtener mayores niveles de equidad y justicia social, así como preservar y multiplicar los logros alcanzados por la Revolución [y] garantizar la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral».

De estos preceptos se infiere claramente la naturaleza prestacional del Estado, al que corresponde, por medio de todos sus órganos, el deber positivo de adoptar las políticas y medidas pertinentes para asegurar el disfrute de esos derechos, incluida la supresión de los obstáculos que dificulten su materialización, a la vez que abstenerse de cualquier comportamiento que los limite.

Esta noción se ve reforzada por el Artículo 46, que consagra, entre los derechos de todas las personas, la paz, la justicia y la seguridad. Y si el acceso a la justicia es una garantía que propende a la defensa de esos y otros derechos es indiscutible la obligación estatal de favorecerlo, lo que se extiende, por igual, al legislativo, el ejecutivo y el judicial.

En consecuencia, el principio de mera legalidad, de naturaleza eminentemente formal, asociado a la competencia del órgano que emite las normas jurídicas y el respeto al procedimiento de su adopción, como presupuestos de su vigencia, cede paso al principio de estricta legalidad, que, sin demeritar los aspectos anteriores, somete a juicio la validez de las normas, a partir de su compatibilidad con los contenidos, principios y valores de la Constitución.

En este sentido, se ha sostenido que

en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida, además de vigente, no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución (Ferrajoli, 2014, p. 66).

No resulta casual que el acceso a la justicia haya sido ubicado, en la estructura de la Carta Magna, en el Capítulo VI, referido a las garantías de los

derechos, lo que, desde su reconocimiento como tal, comporta una barrera infranqueable para las demás normas jurídicas y los actos susceptibles de afectarla, cualquiera que sea su fuente.

Cuando la CRC estipula que el acceso debe ser garantizado «de conformidad con la ley» no está autorizando a esta a restringir el contenido de la garantía ni legitimando límites legales preexistentes, sino ordenando que se cumpla con su cometido, de manera que la remisión a la ley tiene, en criterio de la autora, dos orientaciones principales: remite a las vías procedimentales previstas en las normas procesales, que permiten concretar la garantía; y fija una pauta hermenéutica a favor de la acción —principio *pro actione*—, que le prohíbe al legislador limitar su ejercicio y le impone a los operadores, incluidos los órganos de justicia, el deber de favorecer la entrada y tránsito por el proceso.

En este punto, parece conveniente, por su utilidad clarificadora, acudir a la teoría de las restricciones de los derechos fundamentales, de la que afloran elementos importantes que permiten sustentar la apreciación antes comentada.

La teoría constitucional moderna ha arribado al consenso de que no existen derechos absolutos, toda vez que la convivencia social civilizada impone, cuando menos, un límite esencial, que es el respeto a los derechos de los demás; de ahí que los textos constitucionales suelen contener reglas dirigidas a especificar aquellas situaciones en las cuales los derechos reconocidos pueden ser restringidos.

Esta corriente encuentra expresión en varios artículos de la CRC; entre ellos, el 49 y el 50 permiten irrumpir en el domicilio personal o revisar la correspondencia u otras formas de comunicación, por orden de autoridad competente, en los casos y con las formalidades previstas en la ley; el 52 reconoce posibles limitaciones legales a la circulación dentro y fuera del territorio nacional; el 54 prevé que la objeción de conciencia no puede servir de justificación al incumplimiento de la ley o el irrespeto de los derechos ajenos; el 55 y el 56, respectivamente, establecen condiciones para el ejercicio de la libertad de prensa y de reunión, manifestación y asociación; el 57 impone al ejercicio de la libertad religiosa, el respeto a las demás religiones y a la ley; el 58 y el 59 estipulan, por su orden, la expropiación y la confiscación, frente al derecho de propiedad; y el 224, referido a la adecuación del ejercicio de los derechos en situaciones excepcionales y de desastres.

Junto a estos límites particulares de algunos tipos de derechos, el Artículo 45 contempla una regla general de restricción, expresada en que «el ejercicio de los derechos de las personas solo está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes».

Por consiguiente, la ley puede reducir, en situaciones particulares, el contenido de los derechos protegidos por la CRC. Esta remisión a la ley

debe entenderse siempre en su sentido formal, pues la reserva de ley constituye un mecanismo de protección o resguardo de la supremacía constitucional, que propende a evitar que normas de rango inferior puedan atentar contra los derechos tutelados y vaciar de contenido a la Carta Magna.¹¹

Además, la ley no es libre de limitar el derecho fundamental a su antojo, sino que está obligada a respetar su contenido esencial. Con independencia de la postura que se asuma respecto a esta última cuestión,¹² los derechos fundamentales conforman un ámbito material que, en principio, está exceptuado de la invasión del legislador; de ahí que sus limitaciones deban ser excepcionales y asumidas en el sentido más restrictivo posible.

Esto es lo que se conoce como la teoría del «límite de los límites», que son aquellas barreras que el legislador no puede rebasar en la regulación limitativa de los derechos fundamentales.

Por ello, sostiene Aguiar de Luque que

la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos [y, más adelante, precisa que] la necesidad de que toda limitación por vía legislativa de los derechos y libertades sea justificada deriva de la existencia de unos límites inmanentes a los derechos, fruto de su incardinación en un sistema constitucional que constituye una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores, pero en el que los derechos desempeñan un papel decisivo en su determinación» (Aguiar de Luque, 1993, pp. 26-27).

De esta apreciación deriva la necesidad de someter toda limitación a un test de razonabilidad, pues la restricción de un derecho fundamental no solo tiene que estar justificada, sino ser proporcional a la finalidad perseguida por la norma limitadora y el bien o valor constitucional que ella privilegia.

De acuerdo con lo evaluado en líneas anteriores, las garantías tienen por cometido el aseguramiento de los derechos; de ahí que también queden excluidas del poder limitador del legislador.

¹¹ Esta no ha sido la posición tradicional del legislador cubano, que ha asumido la referencia a la ley en un sentido muy amplio, como norma jurídica, lo que afecta la coherencia del sistema normativo.

¹² Se identifican las teorías absolutas, para las cuales los derechos fundamentales tienen un núcleo duro que no admite limitaciones, y una parte periférica o accesorio, que puede restringirse siempre que se justifique; y las teorías relativas, que afirman la posibilidad de restricción de los derechos, siempre que superen un test de razonabilidad y proporcionalidad (Durán, 2003, pp. 283-290; Cubillo, 2018, pp. 347-372).

Esta idea la refuerza Prieto Sanchís, al sostener que «los derechos, más concretamente las libertades y garantías individuales, se configuran ante todo como un ámbito prohibido para la ley» (s. f., p. 62).

En igual sentido se pronuncia Ávila Santamaría, cuando, con apoyo en la Constitución de Ecuador de 2008, afirma que «ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales», lo que, en su criterio, encuentra sustento en los principios de supremacía constitucional, *pro homine* y progresividad (2012, pp. 77-93).

Preclaramente, también Couture había señalado que «[...] la ley procesal que, por razones de hecho o de derecho, prohibiera el acceso al tribunal, sería una ley inconstitucional» (1948, p. 41).

La defensa de los derechos y garantías plasmados constitucionalmente es tan importante, que, en el caso de la Carta Magna cubana, su modificación requiere referendo,¹³ mecanismo que preserva la supremacía de esta esencial norma jurídica y previene contra una eventual regresión.¹⁴

De lo anterior, se colige que el acceso a la justicia, en tanto garantía de todos los derechos tutelados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, no admite restricciones de hecho ni de derecho. Y es que sería muy paradójico reconocer lo contrario, pues equivaldría a anular el ejercicio de los derechos y dejarlos sin opciones de defensa, ante sus posibles perturbaciones, con lo cual su reconocimiento devendría letra muerta.

Pero la efectividad no se constriñe solo al ingreso a los tribunales en condiciones de igualdad, pues en ella incide, determinadamente, lo que luego acontezca en el curso del proceso y, en especial, el respeto de las garantías integrantes del debido proceso legal, entre las que se incluye la celeridad. Y ciertamente un acceso indiscriminado a la justicia pudiera ocasionar congestión judicial, con lo cual se afectaría el propósito esencial que procura.

En Cuba, el excesivo número de asuntos que se presentaban ante los tribunales y las consecuentes demoras en su resolución fueron un factor decisivo para la exclusión de un grupo de asuntos de la competencia de los tribunales, a partir de la década del 90 del pasado siglo.

El «sistema de justicia laboral»¹⁵ dio respuesta a esa necesidad estableciendo los órganos de justicia laboral de base, actuales órganos de justicia

¹³ Cfr. CRC, artículos 226, que reserva su reforma a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), mediante el voto de las dos terceras partes del número total de sus miembros; y 228, que exige la aprobación de la mayoría de los electores, en referendo, cuando la modificación se refiera a la integración y funciones de ese órgano o del Consejo de Estado, las atribuciones o el período de mandato del presidente de la República, y los derechos, deberes y garantías constitucionales.

¹⁴ Progresividad y no regresividad son atributos inherentes tanto a los derechos como a sus garantías.

¹⁵ Este diseño se implementó de forma experimental en Villa Clara, mediante el Decreto-Ley No. 121 (19 de julio de 1990); luego, se extendió al resto del país por el 132 (9 de abril de 1992) y quedó definitivamente establecido por el 176 (15 de agosto de 1997),

laboral, como una vía previa obligatoria en los conflictos sobre derechos laborales e indisciplinas, en los que se hubieran aplicado medidas disciplinarias que variaran definitivamente el estatus laboral de los trabajadores y, como única vía, para el resto de los conflictos disciplinarios.

Al mismo tiempo, en esta reforma, desapareció la doble instancia judicial y se limitó el procedimiento de revisión, en sede disciplinaria, a los casos en que se hubiera aplicado inicialmente la medida de separación definitiva de la entidad.¹⁶

De esa manera, la efectividad del sistema se procuró suprimiendo la garantía de acceso a los tribunales, cuadro acentuado por un conjunto de normas jurídicas de diferente rango que dispusieron vías reclamatorias administrativas, sin posibilidad de impugnación ante los tribunales.

En el plano normativo, no parece recomendable la supresión de las vías previas, por cuanto pueden ser efectivas, en la medida en que cumplan con los procedimientos y garantías previstas,¹⁷ además de que, sumadas a los medios alternativos, a los que se abre la nueva CRC, en su Artículo 93, y a otras medidas procesales¹⁸ u organizativas,¹⁹ pueden contribuir a evitar o atenuar la congestión judicial, como efecto adverso previsible de la ampliación del acceso a los órganos judiciales.

complementado por la Resolución conjunta No. 1, del ministro de Trabajo y Seguridad Social y el presidente del TSP, de 4 de diciembre del propio año, para mantenerse, en su esencia, en la regulación de la actual Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, Código de trabajo (CT), y el Decreto No. 326, de 12 de junio de 2014, Reglamento del anterior.

¹⁶ Los asuntos de seguridad social a largo plazo no fueron objeto de esta reforma: se mantuvo el recurso de apelación establecido en la ley adjetiva; posteriormente, la Ley No. 105, de 27 de diciembre 2008, de seguridad social, extendió la competencia al resto de las salas de lo Laboral de los tribunales provinciales populares, los que intervienen a instancia del afectado, una vez agotada la vía administrativa y, contra su decisión, procede el recurso de apelación ante la Sala de lo Laboral del TSP.

¹⁷ En un estudio concluido en 2018, que analizó el comportamiento del sistema de justicia laboral de 2012 a 2016, se constató que, en aquellos asuntos que tenían previsto el acceso a la vía judicial, había llegado a los tribunales el 32% de lo resuelto por los órganos de justicia laboral, lo cual confirma la efectividad de esa forma de resolución de conflictos, típicamente cubana (Fernández, 2018, p. xxxvii). Tales órganos están integrados por trabajadores, conocedores del medio en que se genera el conflicto y más próximos a él, por lo cual cumplen, junto a su atribución jurisdiccional, una finalidad preventiva y educativa de gran valor.

¹⁸ Como la conciliación judicial, para aquellos asuntos que lo permitan, dentro de los límites que marca el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y la realización de actuaciones orales.

¹⁹ La redistribución de competencias y la incorporación de otras maneras de composición judiciales pueden ser medidas adecuadas a esta finalidad. Para mayor abundamiento, *Cfr.* Fernández, 2018.

ANTINOMIAS EN EL ÁMBITO DEL TRABAJO Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Es una realidad que, en la legislación del trabajo, se constatan actualmente diversas situaciones en las cuales no se puede acudir a los tribunales, ya sea porque se estima agotado el procedimiento con la vía administrativa que se prevé para su impugnación,²⁰ se considera suficiente su conocimiento por el órgano prejudicial²¹ u otras vías de solución previa establecidas²² o porque se limita la cognición de los tribunales a las cuestiones de procedimiento.²³

Sin duda, todas estas son normas jurídicas vigentes, promulgadas en su momento por órganos y organismos del Estado facultados para ello, y cumplido el procedimiento para su adopción; ahora bien, cabe preguntarse si resultan válidas.

En criterio de la autora, no lo son, pues se contraponen a la garantía de acceso a la justicia, estipulada en la CRC, al principio y valor justicia que la inspira, y que se respira en todo el texto, desde su primer artículo, por lo que hay una clara antinomia con la Carta Magna.

Pero, ¿cómo resolver esta situación?, ¿qué pueden hacer los órganos judiciales? La respuesta más evidente al primer interrogante sería

²⁰ Cfr. Artículo 182 del Reglamento del CT (separación del sector o actividad); la disposición final cuarta del CT, con relación a la Resolución No. 25 (28 de septiembre de 2015, del ministro de las FAR) y la Orden No. 14 (15 de mayo de 2015), del ministro del Interior); artículos 76 y 84 de la Ley No. 82 (11 de julio de 1997), y 14, 15 y 17 del Decreto-Ley No. 131 (30 de noviembre de 1991); Artículo 33 del Decreto-Ley No. 249 (20 de julio de 2007); el 16 de la Resolución No. 20 (27 de agosto de 2015) —modificada por la Resolución No. 1 (7 de enero de 2016)—, entre otros.

²¹ Cfr. Artículo 174 del CT, referido a las medidas disciplinarias que no afectan definitivamente el estatus laboral de los trabajadores, cuyo conocimiento se agota ante el órgano de justicia laboral, con un recurso extraordinario de nulidad ante los directores municipales o provinciales de trabajo o la Fiscalía, para reparar quebrantamientos procesales o violaciones de ley, pero sin extenderse al arbitrio en la adopción de la decisión, como señalan los artículos 177 y 216 del CT y su Reglamento, respectivamente.

²² Cfr. Artículo 54 del Decreto-Ley No. 365 (22 de octubre de 2018), conforme al cual los cooperativistas reclaman las medidas disciplinarias aplicadas por la Junta Directiva ante la Asamblea General (AG), sin recurso alguno contra lo resuelto por esta; queda fuera la medida de separación definitiva, que solo puede ser dispuesta por la AG, conforme al Artículo 53 de la propia disposición jurídica. Véase, además, el Artículo 180 del CT, que no contempla a los socios entre los sujetos protegidos.

²³ Cfr. Artículos 74 del Decreto No. 326 (12 de junio de 2014), Reglamento del CT, referido a la imposibilidad de los tribunales de conocer las cuestiones de fondo en los procesos de disponibilidad laboral; 25 y 26 de dicho reglamento, que limita el juzgamiento de fondo en las inconformidades con la evaluación del desempeño; 54.2 del Decreto-Ley No. 366 (19 de noviembre de 2018) y 59.3 del Decreto No. 356 (2 de marzo de 2019), Reglamento del anterior, restrictivos de las reclamaciones de los socios de la cooperativa a las cuestiones de procedimiento. El derecho a la defensa requiere que el reclamante sea efectivamente escuchado en lo que plantea y ello no puede materializarse sin revisar los argumentos de fondo en los que se basa.

la derogación formal de esos preceptos, por su flagrante inconstitucionalidad.

El Artículo 108 e) de la CRC deposita en la ANPP la potestad de «ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley».

Ese control puede ser previo o posterior y, en este último caso, conllevar a la derogación formal de las previsiones inconstitucionales, en la forma que permiten los incisos g) y h) del precepto antes mencionado,²⁴ de lo que sigue que los tribunales no tienen legitimación para llevar a cabo un acto de derogación formal con efectos *erga omnes*, como tampoco pueden dar a la CRC una interpretación general y obligatoria, por estar esa facultad reservada igualmente a la ANPP.²⁵

Sin embargo, los órganos judiciales son garantes de los derechos consagrados en la ley fundamental y el resto del ordenamiento jurídico, en los planos formal y material, según deriva de los artículos 1 de la CRC y 4 de la Ley de los tribunales populares.²⁶

El cumplimiento de esa función requiere, por consiguiente, una actuación activa hacia el acceso a la justicia, en virtud de lo cual, el CGTSP, puede:

1. Promover la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en las normas jurídicas antes mencionadas ante la ANPP, al amparo del Artículo 156.1 f), de la Ley No. 131, de 20 de diciembre de 2019, «De organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba»,²⁷ que lo faculta a ese efecto.²⁸

²⁴ Cfr. Artículo 108 g), «revocar total o parcialmente los decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos, acuerdos o disposiciones generales que contradigan la Constitución o las leyes»; y h), «revocar total o parcialmente los acuerdos o disposiciones de las asambleas municipales del Poder Popular que contravengan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones dictadas por órganos competentes, o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país».

²⁵ Cfr. Artículo 108 b), CRC.

²⁶ Los incisos c), d) y e) del Artículo 4, de la Ley No. 82 (11 de julio de 1997), establecen, entre los objetivos de la actividad judicial, respectivamente, «amparar la vida, la libertad, la dignidad, las relaciones familiares, el honor, el matrimonio, y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos»; «proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos y las demás formas de propiedad que la Constitución y la leyes reconocen»; «amparar los derechos e intereses legítimos de los órganos, organismos y demás entidades estatales; de las organizaciones políticas, sociales y de masas; así como de las sociedades, asociaciones y demás entidades privadas que se constituyen conforme a la ley».

²⁷ El Artículo 154 b) de la indicada Ley No. 131 permite cuestionar la constitucionalidad de disposiciones normativas, cuando la norma en su totalidad o algunos de sus preceptos contradiga lo dispuesto en la CRC.

²⁸ También podría promover la interpretación del Artículo 92 de la CRC por parte de la ANPP, con base en el Artículo 173.1 f) de la Ley No. 131, pero ello no tendría igual alcance que la derogación formal de las disposiciones en cuestión.

2. Indicar a los tribunales, al amparo de la facultad que le otorga el Artículo 148 (tercer párrafo) de la CRC,²⁹ la aplicación directa de su Artículo 92, por mandato del 7 del propio texto, y la consecuente inaplicación de las disposiciones normativas contrapuestas a la Carta Magna, de modo tal que se favorezca el acceso a los tribunales para todos aquellos casos que hoy lo tienen vedado por normas inferiores, y que se franquee el conocimiento de las demandas que sean presentadas ante los tribunales, de conformidad con los procedimientos establecidos.

Aunque la fuerza normativa directa de la ley de leyes ha quedado dispuesta taxativamente, su aplicación por los tribunales aún es insuficiente. En cuanto a la cuestión que se examina, resulta paradigmático el criterio de Prieto Valdés, quien, al analizar las nuevas garantías reflejadas en el texto, incluido el acceso a la justicia, sostiene que

[...] la Constitución establece que las leyes deberán pautar estas garantías, aunque no debiera descartarse la aplicación judicial directa de la letra mayor ante vacíos, desregulaciones o antinomias —que subsistan, sobrevenidas o posteriores— que lesionen derechos e intereses, aun cuando no hay práctica de judicialización de los preceptos superiores (2019, p. 59).

Estas posturas encuentran su fundamento teórico en todos los razonamientos antes comentados, pero si ello no fuera suficiente, téngase en cuenta, además, que el principio protectorio que inspira el Derecho del trabajo, afín al principio *pro homine*, que sustenta la protección de los derechos humanos, requiere del control judicial al poder de dirección de los empleadores, como medio para evitar la arbitrariedad en su ejercicio y favorecer el apego a los derechos y garantías reconocidos.

La relevancia de la protección de los derechos del trabajo y de la persona trabajadora, como parte esencial del modelo de desarrollo social socialista, también condiciona una postura favorable hacia la concreción del acceso a la justicia.³⁰

Las variantes expuestas ofrecen soluciones viables a la cuestión en examen, con independencia del perfeccionamiento procesal que debe

²⁹ Cfr. Artículo 148, tercer párrafo: «A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de estos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley».

³⁰ El Artículo 31 de la CRC establece que «el trabajo es un valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar. El trabajo remunerado debe ser la fuente principal de ingresos que sustenta condiciones de vida dignas, permite elevar el bienestar material y espiritual y la realización de los proyectos individuales, colectivos y sociales [...]». Tal reconocimiento del trabajo queda frustrado cuando los derechos de esta clase no pueden ser reclamados ante los tribunales, lo que atenta contra la supremacía de la Carta Magna.

acontecer próximamente, en virtud de la disposición final décima de la CRC, que también puede coadyuvar a ese propósito.

Como corolario de esta reflexión, parece oportuno recordar al maestro Ferrajoli, cuando señalaba que

[...] la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. [...] De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas (2014, p. 26).

CONCLUSIONES

1. El acceso a la justicia constituye una garantía indispensable para la protección de los derechos fundamentales de las personas, incluidos los derechos del trabajo, que comparten esa condición, pues no existe trabajo digno y decente sin posibilidades efectivas de defensa judicial.
2. La CRC vigente consagra la garantía del acceso a la justicia, como parte de la tutela judicial efectiva que están obligados a proveer los tribunales, garantes, a su vez, de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.
3. En el ordenamiento jurídico-laboral vigente existen diversas disposiciones que conculcan la garantía de acceso a la justicia y, por consiguiente, se resienten de inconstitucionalidad.
4. El CGTSP está impedido de realizar una interpretación general y obligatoria de la CRC, y de declarar la inconstitucionalidad de esas disposiciones normativas, con efectos *erga omnes*, pues tales facultades están reservadas por la Carta Magna a la ANPP. No obstante, sí puede promover dicha cuestión y fomentar una interpretación y aplicación directa de aquella, favorable al acceso a la justicia, en los casos concretos que se presenten ante los tribunales, lo que es susceptible de materializarse por medio de una Instrucción.

RECOMENDACIONES

Sugerir al CGTSP:

1. La promoción de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones normativas que limitan el acceso a la justicia en el ámbito del trabajo.

2. La adopción de una instrucción que promueva en los tribunales de justicia la aplicación directa de la CRC en cuanto a la garantía de acceso a la justicia para los asuntos del trabajo que actualmente están limitados por disposiciones jurídica infraconstitucionales.

3. La evaluación de las medidas de organización judicial que convendría implementar para evitar el congestionamiento de la actividad judicial previsible, como resultado de la medida anterior.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar de Luque, L.: «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, no. 14, 1993, pp. 9-34, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051173> [consulta: 1-12-2020].
- Ávila Santamaría, R.: *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* («Colección Pensamiento jurídico contemporáneo»), Editorial V&M Gráficas, Quito, 2012.
- Calamandrei, P.: *Instituciones de Derecho procesal civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943.
- Capelletti, M. y B. Garth: *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Carnelutti, F.: *Derecho y proceso*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1971.
- Casal, J. M. et al.: *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Caracas, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2005.
- Colectivo de autores: *Diccionario de principios jurídicos*, Rio de Janeiro, Editorial Elsevier, 2011.
- Couture, E.: *Estudios de Derecho procesal civil*, t. 1, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1948.
- _____: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1958.
- Cubillo López, I. J.: «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional», en *Estudios de Deusto*, vol. 66, no. 2, 2018, pp. 347-372, en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1531> [consulta: 1-12-2020].
- Durán Ribera, W. R.: «Los derechos fundamentales como contenido esencial del Estado de Derecho», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, pp. 283-290, en <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1378> [consulta: 1-12-2020].
- Fernández Toledo, A.: «Presupuestos teórico-jurídicos para la construcción de un nuevo modelo procesal del trabajo, garante de la defensa de los trabajadores cubanos» (tesis de maestría en Derecho del trabajo), La Habana, Facultad de Derecho, 2018.
- Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías*, 8.ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- Fix Zamudio, H.: «La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el Derecho constitucional», en *Ius et Veritas*, no. 8, 1994, pp. 89-108, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15426> [consulta: 1-12-2020].

- Gómez Orbaneja, E. y V. Herce Qumada: *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, Editorial Rodríguez San Pedro, 1946.
- Instituto Interamericano de Derecho Humanos: *Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos*, San José (Costa Rica), 2005.
- Montero, J., Ortells, M. y J. Gómez: *Derecho jurisdiccional*, vol. 1, 2.ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1991.
- Pineda Neisa, A. S.: «Reflexiones para el debate», en Ahrens, Rojas Aravena y Sainz Borgo (editores), *El acceso a la justicia en América Latina: retos y desafíos*, San José (Costa Rica), Universidad para la Paz, 2015, pp. 19-56.
- Prieto Sanchís, L.: «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Pensamiento Constitucional*, año 8, no. 8, [s. f.], pp. 61-102, en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1395> [consulta: 1-12-2020].
- Prieto Valdés, M.: «Una mirada desde y para el ordenamiento jurídico cubano: En defensa de los derechos», en *Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, vol. 3, no. 2, 2013, La Habana, pp. 1-10, en <http://www.revistaccuba.cu/index.php/revacc/article/view/75> [consulta: 1-12-2020].
- _____: «Las novedades de la Constitución cubana aprobada el 24 de febrero de 2019», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, no. 17, 2019, pp. 53-62, en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6967545> [consulta: 1-12-2020].
- Priori Posada, G. F.: «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», en *Ius et Veritas*, no. 26, [s. f.], pp. 273-292, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248> [consulta: 1-12-2020].
- Proto Pisani, A.: «Derecho procesal civil en Italia», en J. L. Soberantes Fernández, *Tendencia actuales del Derecho*, 2.ª ed., México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Ramos, M.: «Algunas consideraciones teóricas y prácticas sobre el acceso a la justicia», en Ahrens, Rojas Aravena y Sainz Borgo (editores), *El acceso a la justicia en América Latina: retos y desafíos*, San José (Costa Rica), Universidad para la Paz, 2015, pp. 57-82.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Los principios informadores del proceso de trabajo», en *Derecho procesal del trabajo*, Editorial Dalis, Moca (Rep. Dominicana), 2002, pp. 69-118.
- Toscano López, F. H.: «Aproximación conceptual al acceso efectivo a la administración de justicia a partir de la teoría de la acción procesal», en *Revista de Derecho Privado*, no. 24, 2013, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3486> [consulta: 1-12-2020].

Legislación

- «Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 5, ed. extraord., La Habana, 10 de abril de 2019.
- «Constitución de la Organización Internacional del Trabajo», en <http://www.ilo.org> [consulta: 1-12-2020].

- «Declaración de Filadelfia», en <http://www.ilo.org> [consulta: 1-12-2020].
- «Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo», en <http://www.ilo.org> [consulta: 1-12-2020].
- «Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa», en <http://www.ilo.org> [consulta: 1-12-2020].
- «Ley No. 82, de 11 de julio de 1997, “De los tribunales populares”», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 8, ed. extraord., La Habana, 14 de julio de 1997.
- «Ley No. 116, de 20 de diciembre de 2013, “Código de trabajo”», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 29, ed. extraord., La Habana, 17 de junio de 2014.
- Decreto-Ley No. 131, de 30 de noviembre de 1991.
- «Decreto-Ley No. 249, de 20 de julio de 2007», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 36, ed. extraord., La Habana, 24 de julio de 2007.
- «Decreto-Ley No. 365, de 22 de octubre de 2018», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 37, ed. ord., La Habana, 24 de mayo de 2019.
- «Decreto-Ley No. 366, de 19 de noviembre de 2018», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 63, ed. ord., La Habana, 30 de agosto de 2019.
- «Decreto No. 326, de 12 de junio de 2014, “Reglamento del Código de trabajo”», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 29, ed. extraord., La Habana, 17 de junio de 2014.
- «Decreto No. 356, de 2 de marzo de 2019», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 63, ed. ord., La Habana, 30 de agosto de 2019.
- Resolución conjunta No. 1, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Tribunal Supremo Popular, 4 de diciembre de 1997.
- «Resolución No. 20, de 27 de agosto de 2015», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 40, ed. ord., La Habana, 29 de septiembre de 2015.
- Resolución No. 25, de 28 de septiembre de 2015, del ministro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias.
- «Resolución No. 1, de 7 de enero de 2016», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 9, ed. ord., La Habana, 17 de febrero de 2016.
- Orden No. 14, de 15 de mayo de 2015, del ministro del Interior.

TRES CONDICIONANTES PARA EL REDISEÑO DE UNA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA CUBANA

M.Sc. Yomays Olivarez Gainza

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

*«[...] Para encontrar decisiones justas hay que conocer la “vida”,
es decir, la cultura económica y espiritual de la época.
[...] Hallar Derecho significa hallar un estado de cosas
que permita conciliar las nuevas aspiraciones
con las aspiraciones y circunstancias antiguas [...]».*

THEODOR STERNBERG (1940, pp. 30-31)

Resumen: El estudio que se propone al lector intenta acercarlo a un tema que, aunque abordado con cierta frecuencia en los últimos tiempos, no pierde su virtualidad, ante los necesarios cambios que en el orden legislativo introduce la Constitución de la República (CRC) de 2019: la necesidad de un rediseño del contencioso-administrativo cubano. No obstante, la presente propuesta pretende acercarse a lo perentorio de esta reforma, no desde las exigencias que impone el respeto al texto constitucional, por mandato explícito desde una de sus disposiciones finales, sino a partir de una perspectiva social. Así, en un primer momento se examinan los condicionamientos socioeconómicos y políticos que signaron la aparición de la justicia administrativa y del Derecho administrativo. Posteriormente, tras dibujar brevemente el marco regulatorio que exhibe hoy la justicia administrativa cubana, se aborda la necesidad de su rediseño, teniendo en cuenta tres elementos esenciales: las transformaciones en la ingeniería organizativa de la administración pública (AP) de los últimos años, los comportamientos éticos de los funcionarios y la percepción social de la actuación administrativa.

Abstract: The study that is proposed to the reader tries to bring them closer to a topic that, although approached with some frequency in recent times, does not lose its virtuality, given the necessary changes in the legislative order introduced by the Constitution of the Republic of 2019: the need to a redesign of the Cuban administrative litigation. However, this proposal aims to approach the peremptory nature of this reform, not from the demands imposed by respect for the constitutional text, by explicit mandate from one of its final provisions, but from a social perspective. Thus, at first, the socioeconomic and political conditions that led to the appearance of administra-

tive justice and administrative law are examined. Subsequently, after briefly drawing the regulatory framework that Cuban administrative justice exhibits today, the need for its redesign is addressed, taking into account three essential elements: the transformations in the organizational engineering of the public administration in recent years, the ethical behaviors of officials and social perception of administrative action.

Palabras clave: Derecho administrativo, proceso contencioso-administrativo, buena administración, ingeniería organizacional, estudios CTS+I.

Keywords: administrative law, contentious-administrative process, good administration, organizational engineering, CTS + I studies.

La marcha de los acontecimientos, no pocas veces, deja observar el fenómeno jurídico desde la percepción más simple, «como conjunto normativo impuesto por el Estado y de obligatorio cumplimiento para toda la ciudadanía» (Fernández Bulté, 2002, p. 1), ello por la marcada influencia del positivismo en el pensamiento *iusfilosófico*. Pero, aunque esta es una de sus aristas, y no cabe dudar, la más visible, no es el único plano en el que se presenta.

El Derecho no puede, ni debe verse, como el conglomerado ordenado de normas impositivas o prohibitivas sin tener en cuenta su contenido social. El Derecho es un producto de la sociedad, de una determinada cultura, y se deriva de circunstancias sociales, económicas, demográficas, políticas, etnográficas (Fernández Bulté, 2002). Como las leyes biológicas, en ella nace, crece, se desarrolla y, cumplida su función, se renueva. Es por ello que ningún ordenamiento jurídico y, por tanto, el Derecho en sentido absoluto y universal, jamás es ajeno a las luchas sociales.

Así Fernández Bulté, como cita De La Cruz Ochoa (2009, p. 14), refiere que

el Derecho tiene tres ámbitos, uno normativo, uno ideológico y uno de regularidades y de causalidades económicas, sociales y políticas. [Y, más adelante, puntualiza que] es un reflejo de la lucha de clases, es una expresión estatal resultante de las mediaciones entre los hechos económicos, entre las condiciones materiales de vida de la clase supuestamente dominante y su traducción a intereses y valores políticos, es en última instancia, expresión de valores.

Con este planteamiento subraya que el Derecho no se reduce únicamente a la expresión normativa y es lo que le permite sobrevivir como sistema y reciclarse cuando lo necesita y eso es inherente e imprescindible a cualquier sistema económico social que tenga voluntad de perdurar (p. 16).

En consonancia con lo anterior, de su contenido, no deben estar desvinculados conceptos como la seguridad, el bien común, la justicia, legalidad. Y, para ese ideal de justicia y, en especial, para la justicia administrativa, se ha creado un conjunto de instrumentos técnico-jurídicos encaminados al control de la actuación administrativa, desde sus diferentes vertientes, coadyuvando al sometimiento de la administración a los fines que la justifican.

En sus inicios, ese ideal nació con un marcado respeto a la legalidad, pues, según Jawitsch (1988),

un régimen de legalidad garantiza un orden jurídico firme, es decir, un estado de relaciones tales como es el resultado de la verdadera ejecución de las normas jurídicas y de legalidad, y garantiza el disfrute ininterrumpido por todos los miembros de la sociedad de los derechos que se les han concedido, y también la ejecución de sus deberes jurídicos (p. 213).

Por ello, no es raro advertir que, en sus inicios, el control solo está dirigido a constatar el sometimiento de la administración al entramado normativo imperante en la sociedad.

Con el decurso de los años, la actividad administrativa ha estado dirigida a cumplir los preceptos normativos que la vinculan, y a recordar el origen y fin de la actividad estatal: el respeto de la persona humana y sus derechos que le son inherentes. Para lograr el desarrollo de los derechos del ciudadano, las relaciones con las instituciones públicas deben enmarcarse en el ámbito de la calidad en la prestación de los servicios, es decir, orientarse hacia el interés general que debe ser el norte del quehacer institucional.¹

Por ello, en la actualidad, la regla general que preside la justicia administrativa es la de someter a revisión judicial toda la amplia actividad de la administración. Pero, lo cierto es que el vigente ordenamiento procesal administrativo ha establecido numerosas excepciones a esta regla, lo cual, unido a la existencia de otras normas que vetan el acceso a los órganos judiciales, devienen obstáculos para el ciudadano obtener justicia en esta materia, que puede resquebrajar el deber impuesto por mandato constitucional a dichos órganos de salvaguardar los derechos ciudadanos y del interés público en general, y socavar la legitimidad de la administración que, consciente de no estar sujeta a ningún o escaso control, pueda cometer actuaciones que constituyan verdaderos desvíos de poder, con la nefasta consecuencia de no desarrollar su actividad con eficiencia y eficacia.

¹ Al respecto, José Luis Melian Gil (s/f, p. 236) nos refiere que la administración está sometida al Derecho, no solo a la ley, como ha sostenido una tradicional concepción del Derecho administrativo. Es poder, pero no vicarial; sirve, pero no determina los intereses generales, ni es titular de ellos. Su fin es hacerlos efectivos o garantizar su efectividad en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que son el núcleo duro, irreducible, de los intereses generales. Posteriormente, acentúa «en hacer efectivos los intereses generales que le vienen predeterminados a la administración pública».

Claro está que, con este panorama, se torna prácticamente necesario, por no decir impostergable, la necesidad de un rediseño de una nueva justicia administrativa cubana, que se atempere a los avances que el Derecho procesal administrativo ha alcanzado en los últimos años y, con ello, pueda rescatarse el proceso contencioso-administrativo cubano de aquella «zona gris, donde no le alcanza ni la atención de los procesalistas ni la curiosidad de los investigadores del Derecho administrativo [...] e ignorante del formidable esfuerzo realizado en los últimos años por la ciencia del Derecho procesal» (Álvarez Tabío, 1954, p. 543); ello, además, con el incentivo que la recién promulgada CRC impone.

Sin embargo, entenderlo solo así sería volver al inicio, la simplificación del Derecho a la norma. El necesario desarrollo del ordenamiento jurídico requiere un análisis exegético y un esbozo de las condiciones socio-históricas que influyen en el necesario cambio del ordenamiento procesal administrativo.

¿Cuáles pudieran ser estos factores epistémicos en la Cuba actual que determinan la necesidad de un rediseño del proceso contencioso-administrativo cubano? A ese interrogante pretende acercarse el presente trabajo, el cual defiende la idea de que la percepción social del actuar de la administración pública (AP), el comportamiento ético de sus funcionarios y la ingeniería organizacional de aquella constituyen condicionantes en el necesario rediseño del proceso contencioso-administrativo cubano.

En consonancia con ello, primeramente, se realiza un breve acercamiento al surgimiento de la justicia administrativa y del Derecho administrativo, desde sus principales condicionantes sociales, para, seguidamente, analizar cómo la organización de la AP en la Cuba de hoy, el desempeño de sus funcionarios y la percepción social del actuar de la administración, de cara a una buena administración, son las condicionantes sociales que determinan la necesidad de un rediseño del proceso contencioso administrativo cubano.

CONDICIONANTES SOCIALES EN EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

El Derecho, como toda ciencia social, se llena de contenido de conformidad con el período histórico en que se desarrolla, condicionando, a su vez, las elaboraciones doctrinales correspondientes a cada uno de estos períodos.² Así, dado que la vida social aparece regulada por reglas, el orden de

² Afirmaba Savigny (1970) que existe una conexión entre el Derecho y el carácter del pueblo, la que se confirma con el transcurso del tiempo. «[...] Lo mismo que para este [el pueblo], para el Derecho tampoco hay ningún momento de pausa absoluta: el Derecho está sometido al mismo movimiento y a la misma evolución que todas las demás tenden-

las normas, los valores, las instituciones que regulan la vida humana, están influenciadas por el cambio social.

Es así que, justamente bajo las condiciones históricas concretas que se sucedieron en la Francia de finales del siglo XVIII, que conllevaron al estallido de la Revolución francesa de 1789, surge la jurisdicción —o justicia— administrativa³ y del Derecho administrativo (García de Enterría, 1998, p. 41), pues, aunque se pueden encontrar algunas primigenias regulaciones de la administración de la cosa común —o pública—, en lo fundamental por el derecho consuetudinario en las primeras «ciudades-estados» grecolatinas (Garrido Falla, 1958, pp. 46 y ss.), e incluso en la Edad Media, en la que se podía hablar de una «actividad administrativa» en la persona del señor, del príncipe (Fleiner, Fritz; 1933, pp. 25-26), no es con la evolución del Estado moderno o constitucional en que empieza a delinearse y se afianza la AP, con las características básicas que hoy posee y en función de las cuales se constituye y construye el objeto propio del Derecho administrativo (Parejo Alfonso, 2009, p. 118).⁴

Conjuntamente con este evento histórico, se proclama en 1789 la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (DDHC) y, con ello, comenzó un proceso casi permanente de protección de los derechos individuales. Desde esta perspectiva, los mecanismos para el control de la legalidad y garantía de los derechos ciudadanos frente al actuar de la AP adquieren una especial significación.⁵ La DDHC impone una serie de principios cardinales que atribuyen la legalización general del poder y de la obediencia, lo que será llamado expresivamente como «el reino de la ley». Ello suponía que los litigios administrativos no podían quedar al margen del control.

A ello se adiciona la intervención que, en casi todas las esferas de las relaciones de los individuos, fue experimentando la AP, adquiriendo una

cias del pueblo, e incluso esta evolución está regida por la misma ley de necesidad interna que aquel fenómeno más temprano. El Derecho, pues, sigue creciendo con el pueblo, se perfecciona con él y finalmente, muere, al perder el pueblo su peculiaridad» (p. 56).

³ No obstante, existen autores que ubican el surgimiento de la jurisdicción administrativa bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, en la época del antiguo régimen francés. Entre ellos, Edouard Laferriere (1896, pp. 10-139) y Alexis de Tocqueville (1952, pp. 76-77).

⁴ Sobre las distintas tesis desarrolladas en torno al origen del Derecho administrativo que evidencian el carácter histórico de este, se encuentra un trabajo del profesor Matilla Correa, insertado en *Derecho administrativo iberoamericano*.

⁵ Ello porque el reconocimiento de la sumisión de las administraciones públicas al principio de legalidad no tendría, en el ámbito jurídico, razón de ser, si de la misma ley no se desprenden los mecanismos necesarios para acceder a una vía jurisdiccional efectiva, en caso de que sea necesario proteger los derechos subjetivos o intereses legítimos de los ciudadanos. Según Martín Bassols Coma (1978, p. 135), «la expresión Estado de Derecho remite a la vigencia de una idea cardinal: el sometimiento del poder al Derecho o a las leyes, y, en definitiva, la sustitución del gobierno de los hombres por las leyes».

proyección social que, unido a los poderes y prerrogativas exorbitantes que como poder público le corresponden, importantes indudablemente para el cumplimiento de sus fines, hacían necesaria la existencia de mecanismos de limitación. Uno de los mecanismos más importantes, aunque no el único, es el control efectuado desde los órganos de justicia a través del proceso contencioso-administrativo, cuya finalidad consiste en lograr el justo y necesario equilibrio entre esos poderes exorbitantes y la protección de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos.

No obstante, en sus inicios, esta justicia administrativa, primero retenida⁶ y posteriormente delegada, se edificó sobre la preexistencia de un acto administrativo, que devino principal protagonista y verdadero objeto del contencioso-administrativo, concibiéndose este como «proceso al acto», haciendo surgir lo que Muñoz Machado (1975, p. 497) ha llamado «un mito que ha vagado peligrosamente por las arterias del sistema jurisdiccional».

Ahora bien, estas circunstancias no se han mantenido inmutables, sino que en virtud del influjo que ha tenido el constitucionalismo moderno, las cláusulas generales y los cambios sociales que vinculan a la justicia y la administración han ido finiquitando o, al menos, dejando maniatados, los efectos procesales sobre los cuales había echado sus raíces el Derecho administrativo francés, abriendo las puertas de los órganos de la justicia administrativa hacia otras manifestaciones de la actividad de la administración y que pueden ser potencialmente generadoras de lesiones a los derechos de los administrados, todo ello como vívido reflejo de que la construcción normativa está relacionada con el momento histórico en que se desarrolla y, por ende, influida por la sociedad a la que sirve.

EL DISEÑO PROCESAL DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA VIGENTE

Garcini Guerra (1986), quien a juicio del profesor Matilla Correa (2012, p. 419) constituye uno de los más excelsos *iusadministrativistas* de la segunda mitad del siglo xx cubano, apuntaba que, con la CRC de 24 de febrero de 1976, el Estado revolucionario devino Estado socialista y, con ello, condujo a enmarcar a la AP en contornos más precisos, adaptando sus funciones al logro de objetivos concordes con los fines del Estado al que servía. Ello es lo que ha matizado el Derecho administrativo cubano postrevolucionario y, en este, el control de la actividad administrativa, potencializándose el control político con respecto a lo que efectúan los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, ello no significó el abandono total de las concepciones de algunas instituciones *iusadministrativistas*, aunque eso sí, atemperándolo a las nuevas circunstancias.

⁶ Este fenómeno se describió así al ser la propia administración pública la que ejercitaba el control de su actividad, ello bajo el férreo principio de la separación de poderes o funciones.

Pero los avances que progresivamente iba experimentando el desarrollo de la doctrina *iusadministrativista* en los últimos años del siglo XIX y la primera mitad del XX, así como las transformaciones en las realidades sociales, políticas y jurídicas que amparaba el triunfo de la Revolución cubana, en 1959, no tuvieron impacto en la promulgación de la nueva Ley de procedimiento civil y administrativo, de 1974, ni en su sucesora, la Ley de procedimiento civil, administrativo y laboral.⁷ En cualquiera de los dos casos, la arquitectura del proceso contencioso-administrativo se diseñó a partir de la preexistencia de un acto administrativo, con lo cual se fija el carácter revisor de esta jurisdicción, heredada de la vetusta legislación anterior.⁸

Afirmaba Garcini Guerra⁹ (1986, p. 19), que la diferencia de la AP en el Estado burgués y el Estado socialista obedece en lo fundamental a que en el primero, la administración se coloca entre el Estado y la sociedad para fortificar y defender el orden social inmutable asentado en la propiedad privada de los medios de producción; mientras en el segundo, no se concibe a la sociedad como un orden preformado e incólume, sino que toda la actividad estatal estará enderezada a destruir el orden antiguo y a establecer un orden social adecuado a las nuevas relaciones de producción, por lo que la AP es el medio por el cual el Estado ejecuta esa actividad conformadora. Este pensamiento evidentemente gravitaba en el legislador cubano al diseñar el contencioso-administrativo cubano, pues podía entenderse que este control, específicamente el judicial, fuera un freno a las transformaciones que se suscitaban en el naciente Estado.

Con lo dicho hasta aquí se concluye que sin acto administrativo no se puede acudir al juez a pedir justicia; lo que significa que a los tribunales solo les corresponde pronunciarse sobre la legalidad de la resolución administrativa. Con esta formulación quedan fuera del ámbito de la jurisdicción otras formas de la actividad de la Administración —acciones constitutivas de vías de hechos, la inactividad de la Administración, la discrecionalidad y la contratación administrativa) que afectan la relación jurídica que establece con los administrados o los usuarios de un servicio.

⁷ Modificada, posteriormente, por el Decreto Ley No. 241, de 2006, para añadirle el procedimiento económico, pasándose a conocer como Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE).

⁸ Los juicios contra la administración pública en Cuba, hasta la fecha de la promulgación de la ley procesal de 1974, estaban regidos por la Ley de Santamaría Paredes, de 13 de septiembre de 1888, que instaura en tierras hispánicas la jurisdicción contencioso-administrativa y se extiende a Cuba por Real Decreto Ley de 23 de noviembre de 1888, complementada luego por su reglamento, aplicable a Cuba por Real Orden de 25 de septiembre de 1888, y modificado por Real Decreto de 26 de agosto de 1893.

⁹ Según Matilla Correa (2012, p. 419), desde el punto de vista académico y científico en lo jurídico-administrativo, en las primeras décadas del triunfo de la Revolución, Garcini Guerra fue la figura más importante de la doctrina *iusadministrativista* cubana; su manual de Derecho administrativo sigue siendo usado en el ámbito universitario.

CONDICIONANTES SOCIALES PARA TAL REDISEÑO

Las sociedades, cualquiera que sea su grado de complejidad, son sistemas cambiantes, aun cuando sus miembros puedan no ser conscientes (o no lo sean en el mismo grado) de esos cambios. Igualmente, el impetuoso avance de la ciencia y la tecnología ha sido uno de los signos distintivos de la sociedad contemporánea, generando cambios fundamentales en la vida cotidiana y la producción de bienes, transformando la convivencia y las relaciones de poder.

Con la entrada del nuevo milenio, y sus condicionamientos socioeconómicos y políticos, aparece la necesidad de un perfeccionamiento constante del modelo económico y social cubano, cuya mayor expresión resultan los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, con el objetivo de garantizar la continuidad e irreversibilidad del socialismo, el desarrollo económico del país y la elevación del nivel de vida de la población, conjugados con la necesaria formación de valores éticos y políticos de nuestros ciudadanos.

La resolución fue recomendaba a la Asamblea Nacional del Poder Popular, el Gobierno y los organismos correspondientes, con el objetivo de que elaboraran y aprobaran, según el caso, las normas jurídicas necesarias para crear la base legal e institucional que respaldase las modificaciones funcionales, estructurales y económicas.

Como colofón de esta encomienda, en 2018, se inicia un proceso popular que culmina con la promulgación de la CRC de 2019, en la que se sientan las bases que pautan la necesidad de reformar, entre otras normas, el procedimiento encaminado a controlar, desde el ámbito judicial, la actividad de la administración que, como se sabe, no solo se manifiesta mediante reglamentos o actos administrativos concretos, sino que existen otras acciones u omisiones que afectan la relación jurídica que se establece con los administrados y que también quebrantan derechos legalmente reconocidos al individuo, sin que exista un acto administrativo legitimador; ni solo ejercen funciones administrativas aquellos órganos de la Administración Central del Estado. El acceso pleno a los órganos judiciales y la tutela judicial efectiva constituye piedra angular de este nuevo diseño.

No obstante, el cambio no se le puede achacar al necesario acople del ordenamiento jurídico al nuevo marco regulatorio introducido por la Carta Magna. El cambio se explica, además, desde determinadas condicionantes o realidades sociales que imponen un replanteamiento del diseño del procedimiento, por el cual se debe efectuar un control externo de la actuación de la AP, aunque parte de ello pueda haber quedado sintetizado en algunos de los postulados constitucionales, a partir del carácter popular que matizó la construcción del texto constitucional.

La nueva ingeniería organizacional de la administración pública

Afirma Garcini Guerra (1986, p. 101) que la relación jurídico-administrativa es, pues, una consecuencia directa del obrar administrativo. Para Forsthoff (1958, pp. 253 y ss.), «la parte más importante de las actividades administrativas se proyecta hacia afuera, trasciende los límites de la administración pública y la contrapone al individuo. Exige de él determinada prestación o le impone un deber, permite o tolera. En su virtud, entra con él en una relación jurídica».

Pero la administración en el Estado socialista de Derecho, como en cualquier otro Estado, para cumplir su fin, no siempre actúa a través de los órganos que conforman la administración central, sino que, en ocasiones, opera a través de personas-morales independientes, que, por consecuencia, se deben someter al Derecho administrativo, contrario al criterio sostenido por Serebrovski y Jalfina, citados por Garcini Guerra (1986, p. 106).

Así, por el servicio público, que en el Estado socialista adquiere la denominación de *servicio estatal*, la administración realiza una actividad para atender una necesidad colectiva que no siempre puede asumir, dada la complejidad que paulatinamente adoptan los grandes centros urbanos, lo cual conlleva al desarrollo de organizaciones, empresas particulares a las cuales debe concurrir para proveer este servicio público, encomendándolo, mediante una concesión, la prestación del servicio, delegando a ese fin, en ella, parte de sus poderes (Garcini Guerra, 1986, p. 207).

Contrario a ello, el procedimiento administrativo vigente entiende por administración y, por ende, único sujeto con cualidad para fungir como emisor de actos administrativos y, consecuentemente, ser parte en la relación jurídica administrativa, a los organismos de la Administración Central del Estado y los consejos de administración locales, en subrogación, aunque no exista norma expresa que los disponga, de los antiguos comités ejecutivos de los órganos locales del poder popular, órganos que dejaron de existir en virtud de la Reforma constitucional de 1992 y cuya denominación mantienen bajo la regencia de la CRC, de 2019, y la Ley No. 139, de 17 de diciembre de 2020.

Ello se desentiende de que, en el diseño económico social cubano de los últimos tiempos, existen otros sujetos que pueden estar en igualdad de posición con relación al objeto de la controversia y, por tanto, contra ellos también se puede dirigir la pretensión, razón por la que debe reconocérsele la calidad de la parte principal demandada, como la administración emisora del acto. En este sentido, se pueden señalar la Oficina del Historiador de La Habana u otros entes que realizan actividades de servicio público, como los concesionarios (cuyo ejemplo más palpable lo es la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S. A.) o aquellas cuya actividad está encaminada a la satisfacción de un fin público, a las cuales debe extenderse la jurisdic-

ción administrativa (federaciones deportivas, organizaciones gremiales) y, sin embargo, quedan al margen de ella, con la consecuente afectación a los ciudadanos directamente afectados por las actividades desarrolladas por estas instituciones.

Aditivo a ello, resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa no alcanza a la actividad legislativa o jurisdiccional, pero no todas las actividades de estos órganos están encaminadas a estas funciones (legislar o juzgar), sino que realizan otras propiamente administrativas (de personal, y gestión y administración de medios para el cumplimiento de sus funciones), que deben estar sometidas al Derecho administrativo; no en vano, los empleados de estas dependencias se encuentran agrupados en el sindicato AP y, por ende, los litigios que puedan dar lugar a una actividad de esta naturaleza no tienen razón para quedar fuera del control de los tribunales del orden contencioso-administrativo.

La ética en la actuación administrativa

Las implicaciones éticas y jurídicas en la actuación de las administraciones públicas constituyen un interesante y necesario ejercicio de reflexión. En la sociedad cubana, no es difícil encontrar actuaciones administrativas que pueden estar basadas en la arbitrariedad; basta echar un vistazo a algunos trabajos de la prensa impresa o reportajes transmitidos por las principales televisiones del país, dedicadas a divulgar los planteamientos de la población, los cuales ponen de manifiesto un sinnúmero de irregularidades administrativas que dificultan o impiden la satisfacción de alguna necesidad particular, o violan o perturban un derecho subjetivo o interés legítimo, sin que exista un documento de por medio, y que ponen en tela de juicio el comportamiento ético de los entes administrativos.

De lo anterior, se puede reafirmar que no todas las actividades administrativas infractoras de derechos o intereses legítimos se expresan mediante actos administrativos concretos; y, por ello, deben estar sometidas a límites jurídicos. González Pérez (1998, p. 17), en referencia a la legislación española de 1956, decía:

El acceso a la jurisdicción contenciosa, en efecto, no ha de ser posible únicamente cuando la administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho, o son tácitos o presuntos, porque todos ellos, y no solamente los primeros, pueden incurrir en infracciones jurídicas que requieran la asistencia jurisdiccional. [Y no se utiliza] el término acto en sentido técnico estricto de acto administrativo, sino en el amplio sentido que se destaca en el párrafo de la exposición de motivos [...].

La coyuntura actual obliga a no perder de vista el papel de la AP en el contexto de su responsabilidad social y como una exigencia real y concreta

de la actuación pública al servicio de la ciudadanía que responda a los principios constitucionales de eficacia y eficiencia. Por ello, la imposibilidad legal de que el individuo pueda demandar ante los tribunales estas otras manifestaciones de la acción administrativa conculca estos postulados. A ello se puede adicionar que, para la configuración de una adecuada «gobernanza», los rasgos identificadores de una buena administración, como el respeto y la transparencia, devienen pilares fundamentales que pueden ser asegurados a través de un adecuado control judicial de la función pública.

El debido control de la legalidad de toda la actividad administrativa por órganos externos y, más propiamente dicho, de los órganos judiciales, no puede interpretarse como una merma de la autoridad de la AP o una intromisión en sus potestades. Por el contrario, ello coadyuvará necesariamente al mejoramiento de su actuación y asegurará la legitimidad del ejercicio de esa autoridad. Ni lo uno ni lo otro constituye razón de peso suficiente como para que se justifique el no enjuiciamiento de actuaciones que puedan estar viciadas de ilegalidad o arbitrariedad, porque, en ningún caso, la negación de acceso a la justicia puede devenir razón de interés social o revestir utilidad pública, cuando es precisamente el interés social el fundamento mismo de su existencia.

La realidad social reflejada en párrafos anteriores evidencia el desfasaje de la norma, que elimina su legitimidad y justifica su sustitución por otras, en tanto, ante la carencia de control judicial desde la justicia administrativa, que constituye la jurisdicción por excelencia para ello, a determinada actividad o comportamiento de la administración, permite la evasión institucionalizada de las reglas imperantes en la sociedad. Por ello, el compromiso con los ciudadanos requiere el establecimiento de medidas eficaces y urgentes, que pasan necesariamente por el rediseño del proceso encaminado a controlar, de manera efectiva, la actividad administrativa.

La percepción ciudadana del buen hacer de la administración pública

La percepción pública de la administración constituye una parte importante en el necesario mejoramiento de su funcionamiento; ello, en lo que se podría denominar participación social en ciencia y tecnología, entendidas estas no solo como la creación de dispositivos nuevos, sino, incluso, como el desarrollo de nuevos procedimientos que permitan a su vez las transformaciones de la sociedad contemporánea, ante el influjo de la AP en prácticamente todas las esferas de la vida social, como ha sido acotado previamente.

En la relación jurídica administración-administrado, si bien uno de los temas que más preocupan a la ciudadanía es el conocimiento de los derechos, su reclamación, la participación en los asuntos que les afectan, el acceso a la información que la AP posee de estos, el desempeño del

trabajo por los empleados públicos; a la administración le debe ocupar la percepción que, de su actuar, posee la ciudadanía, como presupuesto necesario para una administración más cercana. Esta relación armónica, en los últimos tiempos, se inserta en lo que se podría denominar una buena administración.

Pese a las disquisiciones en torno a la concepción de la buena administración, como derecho o no, lo que concierne a todos, de manera general, es que puedan reclamar que la AP se organice y funcione de manera satisfactoria. En este sentido, el poder público y, por ende, la administración debe necesariamente verse como un mecanismo al servicio de la sociedad y de los integrantes de ella, en cuya virtud debe ser el *animus* que rija su actuar, el de cumplir satisfactoriamente tal primordial función. La buena administración viene a ser el pilar donde debe de cimentarse toda la actividad administrativa y el control de calidad de toda las decisiones de la AP, pues la idea no se limita a consagrar el deber de esta a no ser irracional y arbitraria en sus decisiones, ni siquiera se agota con el cumplimiento de la legalidad, sino que se aviene más con el deber jurídico de hacer un adecuado ejercicio de su función, que se acerca más a la idea de *acertar* (adoptando la administración, de modo diligente, decisiones adecuadas, de calidad) que a la de *no fallar*, (que se aviene con la idea o parámetro de legalidad).

Claro está, con lo visto hasta aquí, podría asumirse que el tema tiene implicaciones más de carácter sociológico, económico, político y ético, entre otras, que jurídico. La *buena cara* que pone un funcionario en su atención al ciudadano tendrá su raíz en convicciones de educación o de ética que se corresponden con el carácter de servidor público, pero, por otra parte, tiene su anclaje en la CRC y las leyes. Que en el ámbito contractual de la AP acuda esta al íter que conduce hasta la selección del contratista y la adjudicación del contrato en favor de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia y que, posteriormente, la decisión pueda ser revisada judicialmente para constatar que no se han usado prerrogativas arbitrarias, proporciona una indudable garantía más efectiva para el ciudadano que, sin lugar a duda, mejora la percepción que estos poseen del actuar de los órganos administrativos.

El adjetivo *buena*, referido a la administración como actividad, y la percepción que de esta posean los administrativos, consciente o inconscientemente, tiene una connotación ética. En esa dirección, podría llegar a concluirse que lo ético en la AP coincide con el cumplimiento del fin que justifica su existencia, en la realización del Derecho, teniendo en cuenta que se trata de una actividad humana.

Si bien Derecho y ética no se confunden, no son completamente ajenos. Aunque la realización del Derecho que concierne a la administración no agote el alcance de la dimensión ética de la actuación de sus autores, en gran medida el comportamiento conforme a Derecho es síntoma de

comportamiento ético. Pero «la buena administración» no queda reducida al buen comportamiento de los funcionarios, es también aplicable a la administración como organización a la que es muy forzado atribuir una calificación ética, aunque puede hablarse de estructuras inmorales; y ejemplos de esto también se pueden apreciar en la sociedad cubana.

El Derecho, en su conjunto, y en especial la justicia administrativa, puede y debe orientar, dirigir y estimular el buen hacer de la administración, haciendo transparente la actuación pública. Desde esa perspectiva se comprende que el acto administrativo resultado del ejercicio de una potestad debe ceder su monopolio en la justicia administrativa, a favor del examen de otras actividades de la administración. Esta pérdida de hegemonía no tiene por qué entenderse como una apropiación de competencias públicas por la sociedad o por los órganos judiciales, sino el reconocimiento del protagonismo de la sociedad, que implica un cambio en la manera de ejercer la AP su función, de acuerdo con un Estado socialista, de Derecho y justicia social.

CONCLUSIONES

1. Todo lo antes dicho pone de manifiesto que la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa cubana, heredera de los cánones más rígidos del control jurisdiccional de la AP de estilo francés, asumidos por España en el siglo XIX y que, por influjo de la condición colonial de la isla, se instauraron en Cuba, se ha construido en torno a la existencia previa de un acto administrativo —expreso o presunto—, como el elemento central del proceso, lo cual ha favorecido una deficiente formulación normativa para el control judicial de la AP en Cuba, que no se aviene a los condicionamientos sociales actuales.
2. A su vez, las recientes modificaciones legislativas, introducidas a partir de la promulgación de la Constitución de la República de Cuba de 2019, han ampliado el abanico de órganos y entidades con funciones administrativas, distintas a aquellas que tradicionalmente han sido depositarias de estas, lo cual, aunado a lo anterior, condiciona el perfeccionamiento de los mecanismos puestos a disposición de los ciudadanos, como garantías frente al poder de la AP, para que no vulnere los límites constitucionales que se le imponen y, con ello, desterrar todo indicio de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico les reconoce y, así, garantizar su eficiencia y su eficacia.
3. Parafraseando al presidente del Tribunal Supremo Popular (TSP), mucho empeño ha realizado la Revolución cubana por garantizar que los ciudadanos puedan disfrutar de sus derechos, incluso organizando y

perfeccionando el sistema judicial a tales fines, pero ello no es perfecto, pues restan parcelas del quehacer judicial que deben ser fortalecidas (2000, p. 51). Sin lugar a duda, una de ellas es la justicia administrativa, que debe propender a garantizar la plenitud del control jurisdiccional sobre los conflictos que se ocasionen por motivo de las relaciones jurídicas de Derecho privado o de Derecho público.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Tabío, F.: *El proceso contencioso administrativo*, La Habana, Librería Martí, 1954.
- Bassols Coma, M.: «Los principios del Estado de Derecho y su aplicación a la administración en la Constitución», en *Revista de Administración Pública*, no. 87, Madrid, 1978.
- De la Cruz Ochoa, R.: «A modo de prefacio», en A. Matilla Correa (coord.), *Panorama de la ciencia del Derecho en Cuba*, La Habana, Editorial Lleopard Muntaner, 2009, pp. 13-16.
- Fernández Bulté, J.: *Teoría del Estado y el Derecho*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002.
- Fleiner, F.: *Instituciones de Derecho administrativo*, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, 1933.
- García de Enterría, E.: *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- Garcini Guerra, H.: *Derecho administrativo*, 2.ª ed., La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1986.
- Garrido Falla, F.: *Tratado de Derecho administrativo*, vol. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- Jawitsch, L. S.: *Teoría General del Derecho*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1988.
- Laferriere, E.: *Traité de la jurisdiction administrative*, t. 1^{er}, 12^{ème} éd., Berger-Levrault et Co Libraires-Éditeurs, Paris, 1896.
- Matilla Correa, A.: «Del Derecho administrativo en Cuba: breves trazos evolutivos y pequeña introducción a su definición», en S. González-Varas Ibáñez (coord.), *Derecho administrativo iberoamericano*, 2.ª ed., Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2012, pp. 407-508.
- Melian Gil, J. L.: *El paradigma de la buena administración*, 2013, pp. 233-258, en www.google.com/search?client=firefox-b&d&q=Melian+Gil%2C+J.+L.%3A+El+paradigma+de+la+buena+administraci%C3%B3n.
- Muñoz Machado, S.: «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en Derecho español», en *Revista de Administración Pública*, no. 77, mayo-agosto, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 139-180.
- Remigio Ferro, R.: «El acceso a la justicia en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 16, La Habana, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2000, pp. 49-54.

Tocqueville, A.: *l'ancien régime et la Révolution*, Paris, Éditions Gallimard, 1952.

Von Savigny, F. C.: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, trad. de José Díaz García, Madrid, Universidad Carlos III, 2015.

Legislación

«Constitución de la República de Cuba» (con las modificaciones realizadas por las reformas de 26 de junio de 1978, 12 de julio de 1992 y 26 de junio del 2002), en *Gaceta Oficial de la República*, no. 3, ed. extraord., La Habana, 31 de enero, 2003.

«Constitución de la República de Cuba», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 5, ed. extraord., La Habana, 10 de abril, 2019.

Ley de 13 de septiembre de 1888, extendida a Cuba el 23 de noviembre de 1888.

«Ley No. 1261, de 4 de enero de 1974, “De procedimiento civil, administrativo y laboral”», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 1, La Habana, 4 de enero, 1974.

Ley No. 7, de 19 de agosto de 1977, «De procedimiento civil, administrativo, laboral y económico», modificada por el Decreto-Ley No. 241, de 23 de septiembre de 2006.

LEY HELMS-BURTON: ANÁLISIS JURÍDICO DE UN TEXTO INJUSTO CON EFECTOS PERVERSOS

Dr. Dominique Héctor

Profesor titular, Universidad de Burdeos (Francia)

Dr. Pierre Héctor

Profesor titular, Universidad de Burdeos (Francia)

Resumen: El trabajo esboza un análisis jurídico de la Ley Helms-Burton, vigente desde 1996, como una norma extraterritorial, ilegal e injusta, promulgada para reforzar el bloqueo comercial, financiero y económico impuesto a Cuba, desde 1962, con efectos perversos y nefastos para su pueblo. De igual modo, se resalta la activación de su Título III, por la administración de Donald Trump, para recrudecer, aún más, este bloqueo, mediante la aplicación de sanciones económicas, mucho más severas, a los inversionistas extranjeros. En el análisis, se tratan aspectos tales como: los límites jurídicos a la aplicación extraterritorial de esta ley en el espacio europeo; el Reglamento europeo «de bloqueo»: protección a la aplicación de los efectos de la Helms-Burton; el reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras en Derecho común; la competencia del juez extranjero; la contradicción con el orden público internacional y los efectos jurídicos directos de la esta ley.

Abstract: The work outlines a legal analysis of the Helms-Burton Law, in force since 1996, as an extraterritorial, illegal and unjust regulation, promulgated to reinforce the commercial, financial and economic blockade imposed on Cuba, since 1962, with perverse and harmful effects for its town. Similarly, the activation of its Title III, by the Donald Trump administration, is highlighted to further intensify this blockade, through the application of much more severe economic sanctions to foreign investors. In the analysis, aspects such as: the legal limits to the extraterritorial application of this law in the European space are dealt with; the European «blocking» regulation: protection of the application of the effects of the Helms-Burton; the recognition of foreign judicial decisions in common law; the jurisdiction of the foreign judge; the contradiction with the international public order and the direct legal effects of this law.

Palabras clave: Ley Helms-Burton, jurisdicción, competencia, extraterritorialidad, inversionistas extranjeros, bloqueo, sanciones económicas, daños.

Keywords: Helms-Burton Law, jurisdiction, competition, extraterritoriality, foreign investors, blockade, economic sanctions, damages.

La activación del Título III de la Ley Helms-Burton, el 2 de mayo de 2019 (hecho que acontece, por primera vez, desde la promulgación de aquella, 1996) ha creado inquietud para los potenciales inversionistas extranjeros en Cuba, como en la diplomacia mundial (europea, canadiense...).

Estos temores se entienden en la medida en que el Título III de la ley permite a las jurisdicciones norteamericanas juzgar e imponer sanciones económicas rigurosas a cualquier persona natural o jurídica que invierta en Cuba, en un sector que, antes de las nacionalizaciones de 1959, pertenecía a personas de nacionalidad americana, no indemnizadas, acusando a los inversionistas de traficar con los bienes confiscados.

Un espacio considerable de la economía cubana está comprendido en esta situación. Cuba y los inversionistas en la isla viven bloqueados por los Estados Unidos (EE.UU.) desde 1962 y, con la amenaza de la Helms-Burton, desde 1996. Esto se traduce, especialmente, por la imposibilidad de acceder a financiamientos internacionales, a los elevados costos de los productos importados y a la dificultad para acceder a bienes de primera necesidad o indispensables a la población cubana. Las autoridades cubanas evalúan, anualmente, los daños causados a la economía por el bloqueo norteamericano, cuya forma se reforzó con la Ley Helms-Burton.¹

Desde 1962, estos daños se evalúan, hasta la actualidad, en más de 933 000 millones de dólares, tomando en cuenta la depreciación del dólar frente al oro en el mercado internacional, lo que, a precios constantes, se acerca a más de 135 000 millones.²

Los EE.UU. declararon en 1962 un bloqueo comercial, financiero y económico a Cuba, sancionando a todos los que no lo respetaran, con el objetivo de cambiar el régimen social, político y económico establecido en el país en 1959. Se trata de una verdadera voluntad de intervenir, provocando un cambio de su sistema político. Esta posición es un fracaso total y ha sido condenada, desde hace varios años, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que exige el fin del bloqueo, el cual perjudica directamente a la población cubana. Solo EE.UU. e Israel votan a favor de mantenerlo.

¹ Cuban liberty and democratic solidarity (libertad) act of 1996 (codified in title 22, section 6021-6091 of the US code) P. L. 104-114 (one hundred fourth Congress of the United States of America), 1.º de marzo de 1996.

² *Misiones.minrex.gob.cu*: Cuba publicó un informe anual sobre daños del bloqueo, el 24 de agosto de 2018.

Las naciones, según las voces de sus autoridades nacionales y regionales, de forma unánime, exigen el fin del bloqueo, considerado injusto y sin efectos, con los objetivos anunciados.

Con el reinicio de las relaciones diplomáticas entre los EE.UU. y Cuba, en diciembre de 2014, se esperaba que estas se normalizaran con el tiempo, pero la administración de Donald Trump reforzó el bloqueo, especialmente con la aplicación de todos los títulos y capítulos de la Helms-Burton.

Los intercambios bancarios se han complicado, a veces imposibles de realizar entre los bancos cubanos y los extranjeros, pero la activación del Título III de la Helms-Burton ha creado una inseguridad total que se traduce, para numerosos inversionistas extranjeros, en la renuncia o aplazamiento de sus proyectos.

Un verdadero sentimiento de incertidumbre se ha creado en poco tiempo por los que han activado esta ley de excepción y extraterritorialidad. En efecto, el unilateralismo de las decisiones estadounidenses no conviene a las relaciones internacionales, la diplomacia y la cooperación.

Estos límites y el clima de inseguridad exigen, de los socios de Cuba, prudencia en la manera de iniciar una relación con entidades nacionales, especialmente frente a los objetivos y a sus propios mercados, para darse cuenta de que esta amenaza es verdadera, y totalmente condenable y condenada por los principales actores internacionales;³ perjudica también y, sobre todo, a las empresas norteamericanas, como ocurre siempre al que cae en sus propias trampas.

LÍMITES JURÍDICOS A SU APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL EN EL ESPACIO EUROPEO

Es falso pretender que una decisión de un tribunal norteamericano, tomada en aplicación de la Ley Helms-Burton, pueda tener consecuencias jurídicas en Europa.

La competencia que se reconoce a las jurisdicciones norteamericanas, de sancionar a cualquier inversionista en Cuba relacionado con el Título III de la ley, tuvo gran repercusión en la Unión Europea (UE), con la adopción del Reglamento de «bloqueo»,⁴ de amplias consecuencias jurídicas.

Este reglamento tiene como objetivo prohibir en la UE el reconocimiento y efectos de las sentencias judiciales obtenidas sobre la base del Título III de la Helms-Burton.

³ Declaración de Neven Mimica, comisario europeo para la cooperación internacional y el desarrollo, La Habana, 21 de junio de 2019.

⁴ Règlement (CE) No. 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, JO L 309 du 29.11.1996, p. 1, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:01996R2271-20180807&from=EN>.

Mas allá de la reacción de la UE, los países que la componen tienen establecidos requisitos para aceptar el reconocimiento de un fallo extranjero. Para Francia, las sentencias dictadas en EE.UU., sobre la base de la Helms-Burton, no benefician ni otorgan privilegios particulares y, como la totalidad de las sentencias judiciales, tienen que pasar el filtro de las condiciones de reconocimiento que permita ejecutar una sentencia extranjera en el territorio nacional francés.

Es muy probable que estas sentencias norteamericanas, dictadas sobre la base de esta ley de 1996, no respeten algunas de las condiciones de reconocimiento. En este caso, la decisión no podrá ser reconocida, ni puesta en ejecución en territorio francés.

El Reglamento europeo «de bloqueo»

La primera respuesta de la UE fue en 1996, el mismo año de la adopción de dicha ley, y fue la adopción del Reglamento (CE) No. 2271/96, de 22 noviembre de ese año, sobre la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de una legislación adoptada por un tercer país, llamado también Reglamento «de bloqueo».

Como su nombre lo indica, tiene como objetivo principal bloquear los efectos que proceden de la aplicación de las legislaciones adoptadas por terceros Estados a la Unión Europea. De conformidad con el artículo primero del Reglamento, la Helms-Burton está directamente incluida porque el Título III aparece en el listado de las legislaciones anexadas a dicho reglamento. Así, los efectos que proceden de la aplicación en los EE.UU. de la ley están directamente incluidos en este bloqueo y no permiten, especialmente, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales de condena, eventualmente dictadas sobre esta base, en EE.UU. El Artículo 11 prevé, de manera expresa, las personas que pueden beneficiarse con esta protección. El Reglamento beneficia a:

- Toda persona natural residente en la comunidad y que es ciudadano de un Estado miembro.

- Toda persona jurídica constituida en sociedad.

- Los ciudadanos de los Estados miembros establecidos fuera de la comunidad.

- Todas las demás personas naturales residentes, a menos de que no se encuentren en el país de que es ciudadano.

- Toda otra persona natural que se encuentra en la comunidad, incluyendo las que estén en sus aguas territoriales y su espacio aéreo.

De esta manera, la residencia en la hoy Unión Europea se extiende, en aplicación del Reglamento, a la persona legalmente establecida en la comunidad durante un período de seis meses, al menos, durante los 12 últimos.

El Artículo 4 introduce una disposición fundamental para los beneficiarios de la protección incluida en este instrumento jurídico. Constituye un dispositivo clave que permite bloquear el reconocimiento, en la UE, de toda decisión judicial o administrativa.

Las sentencias judiciales dictadas en EE.UU., sobre la base de la Helms-Burton, no podrán ser reconocidas en el territorio europeo. Así, el Reglamento de 22 de noviembre de 1996 es, en la UE y para sus actores, una herramienta fundamental de protección contra la aplicación extraterritorial de los efectos jurídicos de esa ley. Es la protección contra la aplicación de sus efectos.

Este reglamento se aplica en la UE, únicamente a las personas cuya definición está dada en su Artículo 11. Al contrario, no se puede oponer a la ejecución, en EE.UU., de una sentencia judicial norteamericana. Así, el actor europeo, protegido en la UE en su patrimonio y bienes por dicho cuerpo legal, debe saber que, en caso de que disponga de patrimonio o bienes en EE.UU., podrá ser objeto de ejecución de la eventual sentencia de condena dictada en ese país. La protección desaparece cuando el patrimonio o los bienes se sitúan en otro territorio. El Reglamento protege sus beneficiarios en Europa, pero no tiene efecto en EE.UU. La ley no tiene efectos extraterritoriales, porque sería contrario a los principios jurídicos internacionales.

El Reglamento entró en vigencia el 29 de noviembre de 1996, fecha de su publicación oficial y, conforme a lo indicado en su Artículo 12, «es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros». Es el instrumento de Derecho positivo al servicio de los ciudadanos, en caso de un eventual procedimiento ante una jurisdicción europea. En este marco se trataría de una acción, para hacer reconocer y ejecutar, en el territorio de la UE, una sentencia directamente relacionada a este Reglamento y lograr impedir el reconocimiento de la sentencia.

Así, en el marco de la aplicación de la Helms-Burton, desaparece el temor de ver reconocida, en la UE, una sentencia judicial de EE.UU. y sus efectos jurídicos.

Esta protección es tan fuerte que no solamente se aplicará en virtud del Reglamento europeo, sino también en aplicación y respeto a los principios nacionales de cada uno de los Estados de la UE relacionados con las técnicas jurídicas nacionales de reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. El orden jurídico nacional de cada uno de los países impone condiciones a este reconocimiento.

En Francia, las condiciones de reconocimiento de las sentencias extranjeras procedentes de terceros Estados a la UE han sido claramente establecidas por la Corte de Casación, algunas de las cuales se pueden oponer al reconocimiento de una eventual sentencia judicial estadounidense, dictada sobre la base de la Helms-Burton.

Reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras, según el Derecho común

La necesidad de un previo *exequátur* es una de las condiciones más fuertes y mejor establecidas en el Derecho de las sentencias extranjeras, cuando se pretende, en Francia, obtener fuerza ejecutiva.

El procedimiento de *exequátur* está establecido como formalidad previa a la obtención de la fuerza ejecutiva de una sentencia extranjera en Francia (salvo en teoría, si fuera ordenada por vía diplomática, pero no existen ejemplos en la práctica).

Las normas de reconocimiento para agilizar la circulación de las sentencias en Europa no se aplican a las sentencias que proceden de Estados Unidos. Por otra parte, no se conoce que exista un convenio bilateral o multilateral, al respecto, firmado por Francia y EE.UU. En consecuencia, son las condiciones de reconocimiento de Derecho común las que se aplican a las sentencias que proceden de EE.UU.

Desde la decisión *Cornelissen* de la Corte de Casación, en 2007, está establecido en Derecho común que, para dar el *exequátur* fuera de todo convenio internacional, el juez francés debe verificar que se respeten tres condiciones: la competencia indirecta del juez extranjero (basada sobre el vínculo del litigio al juez que ha dictado la sentencia), la conformidad al orden público internacional (de fondo y de procedimiento) y la ausencia de fraude a la ley.

En el caso de que una de estas condiciones no esté presente, la sentencia extranjera no podrá ser reconocida y declarada ejecutiva en el territorio francés, ni producir sus efectos.

Competencia del juez extranjero

En la actualidad, la condición de competencia del juez de la sentencia extranjera forma parte de los principios perfectamente establecidos en el Derecho común, es la condición más importante, entre los requisitos establecidos.

Desde la sentencia de casación *Simitch*, la Corte de Casación, en materia de competencia de jurisdicción indirecta de los tribunales extranjeros, considera que

cada vez que la norma francesa de solución de conflictos de jurisdicciones no atribuye competencia exclusiva a los tribunales franceses, el tribunal extranjero debe ser reconocido como competente en caso de que el litigio se vincule de una manera característica al país cuyo juez ha dictado sentencia y en caso de que esta elección no haya sido fraudulenta.

Este principio es básico hoy en la solución del Derecho común.

La Corte de Casación controla la noción de vínculo caracterizado y verifica que las circunstancias de hecho, mencionadas en las decisiones de

los jueces competentes en cuanto al fondo, justifiquen la toma de posición sobre la competencia indirecta.

En el marco de la aplicación de la Helms-Burton, la acción iniciada en EE.UU. se debe calificar, por el juez de análisis, como una acción en responsabilidad civil delictiva, en oposición a la responsabilidad civil contractual.

En el caso de Cuba, para la administración estadounidense, los daños procederían de lo que esta considera como ilegítimo: la apropiación de bienes que pertenecían, antes de 1959, a ciudadanos norteamericanos.

La relación entre la persona expropiada y los inversionistas extranjeros no puede analizarse como un vínculo contractual libremente asumido por las partes porque no existe ningún contrato, ni relación, entre la persona expropiada en 1959 y el inversionista en Cuba.

Una eventual demanda, realizada ante un tribunal, será calificada por el juez como una acción en responsabilidad civil delictiva o cuasi delictiva porque no se puede vincular a la materia contractual.

En materia de competencia internacional directa de los tribunales, el lugar del daño aparece como el privilegiado para poner fin al litigio creado. Esta solución se encuentra en las reglas de competencia jurisdiccional internacional directa, aplicables a este tema, tanto en Europa como en Francia. En efecto, es claro que, en caso de que hubiera daño, este no se puede producir en otro territorio que no sea Cuba. Los daños alegados sobre la base de la Helms-Burton, según esta norma, son consecuencias de las nacionalizaciones realizadas por el Estado cubano después de 1959.

Si el daño, eventualmente sufrido, se ha producido en Cuba, porque directamente está vinculado a hechos ocurridos en territorio cubano, según la competencia internacional indirecta de los tribunales extranjeros, es sorprendente, o dudoso, que una sentencia proceda de una jurisdicción de los EE.UU.

De ser el demandante de nacionalidad norteamericana, con domicilio o residencia en EE.UU., en caso de que el demandado no tenga relación con el territorio de ese país (ausencia de nacionalidad, de domicilio, de residencia...), el vínculo que permitiría relacionar el eventual daño sufrido a la competencia de una jurisdicción norteamericana es extremeñamente débil, para no decir inexistente.

Por esta razón, es muy dudoso que una solicitud de reconocimiento de una sentencia judicial de EE.UU., relacionada con un tema de responsabilidad civil delictiva, entre dos personas que nunca se han visto, sea suficiente para justificar, por un juez francés, el vínculo del litigio con esa jurisdicción, que es el criterio o requisito expresado por la Corte de Casación francesa para aceptar la competencia judicial de los tribunales extranjeros; por eso, la decisión no será reconocida y no recibirá el *exequátur* que le permitiría gozar de sus efectos en territorio francés. El veredicto del juez podría abrir recursos, hasta la decisión de la Corte de Casación, si fuera

necesario, la cual velará por el respeto de los requisitos de competencia del juez extranjero.

Por otra parte, tomando en cuenta el listado de requisitos y condiciones de reconocimiento de la sentencia extranjera, no se puede valorar si una eventual sentencia de justicia, procedente de EE.UU., sobre la base de la Helms-Burton, no será contraria a la noción de orden público.

Contradicción con el orden público internacional

Entre las condiciones de reconocimiento de las sentencias extranjeras, procedentes de un tercer Estado ajeno a la Unión Europea, la Corte de Casación francesa precisa que el juez francés debe verificar que la sentencia extranjera haya sido dictada de «conformidad con el orden público internacional».

Esta exigencia permite al juez francés controlar si el contenido de la norma jurisdiccional extranjera no es contraria, frente a los resultados que produce, en el caso particular, a los valores fundamentales que constituyen el Derecho francés, y se trata de una verificación obligatoria.

La responsabilidad civil delictiva se apoya, en Francia, sobre el Artículo 1240 del Código civil (anteriormente, 1382), según el cual «Cualquier hecho cometido, por una persona, la obliga a pagar por el daño que haya ocasionado».

La responsabilidad civil delictiva exige la existencia de un hecho que crea un daño y una relación de causalidad entre estos dos elementos.

Según el principio tradicional, la responsabilidad civil delictiva supone una relación entre causa y efecto, entre el daño y el hecho o acto perjudicial.

Los únicos casos para los cuales la responsabilidad del culpable no procede son los considerados sin falta:

— La responsabilidad del hecho de las cosas que la persona tiene bajo su custodia.

— La responsabilidad del hecho de un tercero que la persona tiene bajo su custodia (niños, empleados...).

— La responsabilidad sin falta del hecho personal, situación que se limita a los daños o molestias «anormales» de vecindario.

Estas tres situaciones, que permitirían exigir la responsabilidad civil delictiva, no se pueden utilizar en el marco de los daños alegados sobre la base de la Helms-Burton.

Quedaría estudiar si la responsabilidad sobre la base de hecho o acto personal con falta y la responsabilidad civil delictiva corresponden normalmente a la noción de la falta personal.

El acto dañoso consiste en la violación de una obligación, cualquiera que sea su origen (legal, en el sentido más amplio; jurisprudencial o doctrinal), que el acto sea voluntario (delito civil) o involuntario (cuasidelito). Se trata de la realización de un hecho ilícito.

Toda persona que cometa una falta (sea de manera voluntaria o involuntaria) debe reparar el daño causado, bajo la reserva de que no exista causa de exoneración y de hechos justificantes, como excusas o inmunidad.

La falta no exige la intención de hacer daño, como se ha concebido tradicionalmente. Esta exigencia de imputabilidad precisa, primero, asegurarse de que el daño se origine en la falta de la persona cuya responsabilidad se esgrime.

La causalidad y la responsabilidad civiles se encuentran totalmente vinculadas; no se puede declarar a alguien responsable de un daño, sin que su actuar sea la causa.

La causalidad entre el hecho personal y el daño justifica la obligación de reparar.

En el caso estudiado, los daños alegados se originan en el hecho de que, a partir de 1959, el Estado cubano, de manera soberana, ordenó (en un marco constitucional) la nacionalización de parte de los objetivos económicos de su territorio y que, años después, abrió su economía a la inversión extranjera; ambas cuestiones resultan una técnica económica ampliamente utilizada.

En Derecho francés, la violación de una obligación legal es fuente de responsabilidad civil delictiva. Para abrir tales casos es necesario acreditar el hecho violatorio de una obligación legal, en el sentido amplio (ley, jurisprudencia...).

Por otra parte, un inversionista extranjero eventual por su actuación no es responsable de una nacionalización que, solamente, puede decidir (constitucional y legalmente) un Estado soberano. Las nacionalizaciones no son obra del hecho personal de los inversionistas extranjeros en Cuba, como lo considera la Helms-Burton, pues no han decidido al respecto y se produjeron con anterioridad a la ley.

Todos estos elementos jurídicos, en Francia, indican que la solicitud de reconocimiento de una sentencia extranjera —que haya alegado la responsabilidad de una persona que no participó en los hechos que originaron el eventual daño— es una contrariedad al orden público internacional francés porque no respetan los principios fundamentales del ordenamiento galo, establecidos con fuerza vinculante.

La definición del orden público internacional fue establecida por la Corte de Casación francesa, en una sentencia en composición clásica, y todavía es de actualidad en su jurisprudencia de Derecho internacional privado (Civ., 25 mayo de 1948, Lautour).

Por estas razones, una jurisdicción francesa declararía contrario al orden público internacional una sentencia que condena a una persona sobre la base de la responsabilidad civil delictiva.

En este caso, una sentencia estadounidense que no respeta la condición del orden público internacional (establecida de manera firme por la Corte

de Casación francesa) no podría ser reconocida y ejecutada en Francia y quedaría, en territorio nacional, sin ningún efecto jurídico e inexistente.

Así, la voluntad de aplicación extraterritorial ilimitada de la Helms-Burton y las condenas que se pretenden imponer tienen límites jurídicos.

Estos límites se encuentran tanto en el espacio europeo, en conjunto, con la adopción del Reglamento «de bloqueo» con su finalidad de no permitir los efectos de dicha ley, como en cada uno de los Estados que componen la UE.

Los argumentos jurídicos contenidos en las sentencias judiciales extranjeras (a partir de un análisis del Derecho común francés) se reconocen en la totalidad de los países de la UE. Sin embargo, se debe tener conciencia de que ciertos criterios pueden cambiar de un país a otro y, para conocerlos con exactitud, sería indispensable realizar un estudio de Derecho comparado, para determinar los requisitos que no permiten la introducción de las sentencias estadounidenses, dictadas en el marco de la Helms-Burton.

No obstante, las condiciones de competencia de la jurisdicción extranjera, y el respeto de la noción del orden público de la sentencia de tal procedencia, son condiciones clásicas, exigidas en las legislaciones nacionales de los diferentes Estados, para reconocer sus efectos en el territorio nacional de la sentencia que proceda de un Estado que no forma parte de la UE.

Los objetivos de la Ley Helms-Burton son jurídicamente incorrectos y sin efecto porque obedecen a una verdadera voluntad de perjudicar, sobre una base políticamente incorrecta. Esta intención tiene un antecedente el 2 de julio de 1964, con la introducción de una enmienda a la ley norteamericana de ayuda al extranjero, presentada por el senador republicano Bourke Hickenlooper, que invalidaba la decisión del Tribunal Supremo de EE.UU., de 20 de abril de ese año, la cual reconocía la validez de la posición cubana, relacionada a consecuencias de nacionalizaciones en Cuba y la utilización de los principios del Derecho internacional y de la soberanía de los Estados.

Como esta voluntad de perjudicar todavía existe, las entidades cubanas y los inversionistas en la isla se deben proteger de estos ataques, que constituyen más un *show mediático* (o la concretización de la creación de un negocio para algunos) que una verdadera amenaza jurídica con fundamentos, salvo, como lo veremos, para los que están bajo jurisdicción estadounidense.

EFFECTOS JURÍDICOS DIRECTOS DE LA LEY HELMS-BURTON

Si bien la protección contra su aplicación existe en Europa y en Cuba, no existe en EE.UU., ni en los territorios bajo jurisdicción estadounidense o en los cuales las sentencias podrían ser reconocidas.

La aplicabilidad de ese engendro

Fuera de la UE, la primera respuesta a la Helms-Burton fue organizada, con lógica, por Cuba que, en diciembre del 1996, publicó la Ley No. 80, «De reafirmación de la dignidad y de la soberanía cubanas».⁵

Esta ley declara a aquella como ilícita, inaplicable y sin valor ni efecto jurídico.

La aplicabilidad y el reconocimiento de los efectos de la utilización de la Helms-Burton se deben analizar con rigor porque se trata de alcanzar al inversionista extranjero o al socio de Cuba en cualquier espacio geográfico; sin embargo, en Europa, tal amenaza es ilusoria, de la misma manera que en Cuba, donde aquellos se encuentran protegidos.

Esta situación perjudicará por carecer de protección, especialmente, a los estadounidenses o de otra nacionalidad que tienen activos en EE.UU. o desarrollan, en este país, actividades económicas.

Se han aplicado sanciones, determinadas en EE.UU., a inversionistas en Cuba, especialmente en el sector bancario, mediante multas. Esta amenaza es la que obliga a aquellos a respetar el orden yanqui o a renunciar a sus proyectos con Cuba.

Tales sanciones revisten particular importancia cuando hay intereses cruzados y comunes, entre estos organismos y entidades de EE.UU., porque tienen activos en territorio estadounidense. A partir de esta realidad, hoy, ciertos bancos, hasta europeos, ofrecen servicios bancarios a Cuba o tramitan flujos financieros entre la isla y otros países que no tienen intereses en EE.UU. y no se les pueden aplicar las sanciones previstas.

Aunque el nacional estadounidense está expuesto directamente a la Helms-Burton, no se puede descartar que existen argumentos, hasta en EE.UU., para presentar resistencia a una ley injusta, ilegal por sus bases e irrespetuosa de los principios internacionales establecidos.

Para protegerse, el inversionista debe actuar como una figura jurídica que no está presente o relacionada con EE.UU., lo que no podrá hacer (o tendrá gran dificultad) una persona jurídica o natural de nacionalidad estadounidense. Sería interesante conocer si una entidad estadounidense estuviera en la obligación de adoptar una figura o una nacionalidad diferente de la suya, para evitar las consecuencias de sus propias leyes y desobedecer a su ley nacional, en caso de que esta empresa deseara desarrollar negocios en interés de su propio país, pues numerosos analistas presentan a Cuba como un mercado virgen, del que tendrán que prescindir los actores de EE.UU., como consecuencia de la ley Helms-Burton.

Eso demuestra el carácter injusto, ridículo e ineficiente de esta ley, que crea una situación de desigualdad entre los que pueden y los que no. Es una situación totalmente inaceptable, que perjudica directamente a los actores

⁵ *Gaceta Oficial de la República*, no. 2, ed. extraord., 24 de diciembre de 1996.

económicos que desean invertir en el mercado cubano. La activación de su Título III obliga a buscar opciones para irrespetarla.

La protección obtenida por la persona jurídica que invierte en Cuba

El actor extranjero presente en los EE.UU. tendrá que disfrazar su personalidad para intervenir en Cuba; esta transformación es importante para no ser sancionado y evitar el riesgo de todo tipo de acción, sin objeto real, porque es esencialmente el objetivo de la Helms-Burton, a través de su extraterritorialidad, condenar a una persona que invierta en Cuba, teniendo vínculos en EE.UU. Es el aspecto perverso de la Helms-Burton, que crea una situación excepcional y ninguna norma lo permite.

La persona que invierte en Cuba debe ser totalmente distinta a quien lo hace en EE.UU. o en las zonas bajo su jurisdicción, hasta las territorios con utilización exclusiva del dólar, reconocido como moneda nacional, porque se puede temer que la vida económica de esta entidad sea molestada en sus relaciones bancarias.

Este tema es de gran interés para las empresas transnacionales presentes en varios países y continentes, especialmente en EE.UU. Este grupo debe utilizar una de sus filiales «neutrales» o crearla, para invertir.

CONCLUSIONES

1. La Helms-Burton es una norma de carácter extraterritorial, ilegal, injusta e ineficiente, dictada por EE.UU. para recrudecer el bloqueo comercial, financiero y económico impuesto a Cuba. Produce graves y lamentables perjuicios al pueblo cubano. Esta ley y, en particular, su Título III, han sido rechazados y condenados por la opinión pública internacional.
2. En la UE y fuera de los EE.UU., posee varios límites jurídicos para el reconocimiento de los efectos de sus sentencias judiciales, a partir, básicamente, de la aplicación del llamado Reglamento «de bloqueo». En Francia, el reconocimiento de las sentencias extranjeras (de países ajenos a la UE) ha sido claramente establecido por la Corte de Casación, la que, además, precisa que el juez francés debe verificar que la resolución judicial haya sido dictada de «conformidad con el orden público internacional». Por su parte, fuera de la UE, la primera respuesta a la Helms-Burton fue dada por Cuba, con la promulgación de la Ley No. 80, «De reafirmación de la dignidad y de la soberanía cubanas».
3. El que inicie una demanda sobre la base de la ley Helms-Burton debe obtener una sentencia basada en los principios del Derecho internacio-

nal para lograr una verdadera seguridad jurídica que refuerce el Estado de Derecho y el respeto a la soberanía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

Cuban liberty and democratic solidarity (libertad) act of 1996 (codified in title 22, section 6021-6091 of the US code) P. L. 104-114 (one hundred fourth Congress of the United States of America), 1.º de marzo del 1996.

Declaración de Neven Mimica, La Habana, 21 de junio de 2019.

«Ley No. 80, “De reafirmación de la dignidad y de la soberanía cubanas”», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 2, ed. extraord., La Habana, 24 de diciembre de 1996.

Misiones.minrex.gob.cu

Règlement (CE) No. 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, JO L 309 du 29.11.1996, p. 1, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:01996R2271-20180807&from=EN>.

UNA PROPUESTA PARA PERFECCIONAR EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL A LOS TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD

Dr. Armando García Fernández

Profesor titular, UMCJ¹ Cmdte. Arides Estévez Sánchez.

Dra. Yamila Reyna López

Profesora titular, UMCJ Cmdte. Arides Estévez Sánchez.

Resumen: El presente informe de investigación está elaborado desde una concepción dialéctico-materialista. En él se aborda el tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad en las Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR), con el objetivo de contribuir a su perfeccionamiento. La necesidad de este estudio, desde las ciencias penales, se fundamenta en el escaso desarrollo teórico sobre el tema, las contradicciones que doctrinalmente presenta, la carencia de investigaciones científicas acerca de este en Cuba, las limitaciones de su tratamiento normativo y la falta de uniformidad de las decisiones judiciales. Como principal resultado se propone una solución de interpretación y de modificación al Derecho penal vigente, que pretende contribuir a la sistematización de sus fundamentos en la impartición de justicia y aspira a superar las limitaciones del ordenamiento jurídico-penal. Para ello, se determinan sus fundamentos teóricos; se caracteriza su regulación positiva, lo que permite identificar las limitaciones que presenta su tratamiento normativo; se elaboran propuestas de *lege lata* y *ferenda* a las dificultades existentes y se comprueba su factibilidad en el contexto sociojurídico cubano.

Abstract: This investigative article is elaborated from dialectical materialistic conception. It deals about the legal criminal treatment of personality disorders in the Revolutionary Armed Forces (FAR), with the objective of contributing to its improvement. The necessity of this study, from criminal sciences, is based on the limited theoretical development about this topic, the contradictions that it presents from doctrinal point of view, the deficiency of scientific investigations about it in Cuba, the limitations in its normative treatment and the lack of uniformity of penal decisions. A solution of interpretation and modification of the actual criminal law is proposed as the main result. It pretends to contribute to the systematization of its bases in the administration of justice and it

¹ Universidad Militar de Ciencias Jurídicas Comandante Arides Estévez Sánchez.

aspire to overcome the limitations of the legal criminal laws. Its theoretical bases are determined for it; its positive regulation is characterized, which allows identify the limitations in its normative treatment; the lege lata and ferenda proposals to the actual difficulties are elaborated and its feasibility in the Cuban socio-legal context is proved.

Palabras clave: trastorno de la personalidad, culpabilidad, capacidad de culpabilidad, estado de vulnerabilidad y capacidad de autodeterminación humana individual.

Keywords: personality disorders, culpability, capacity of culpability, state of vulnerability and capacity of human individual autodetermination.

Este trabajo es resultado de la tesis de doctorado (García Fernández, 2017) y de la tarea temática no. 49 (García Fernández, 2018) desarrolladas por el autor y dirigidas por la coautora. Como antecedentes de la investigación, en 2012, se defiende la tesis de especialidad en Derecho penal (García Fernández, 2012) y, entre junio de 2010 y marzo de 2014, se elabora y ejecuta la tarea temática no. 37 (García Fernández, 2014), en ambos casos se demuestra la necesidad de profundizar en este estudio.

Los trastornos de la personalidad son alteraciones del carácter, dadas por permanentes rasgos acentuados o anormales que se manifiestan desde la infancia o la adolescencia y se mantienen en el curso de la vida y producen detrimento en la adaptación al medio social (García Oliva y Pérez González, 2000, p. 113; y Organización Mundial de la Salud, 1993, pp. 159-160).

Los aspectos generales que caracterizan a este trastorno mental favorecen la comisión de delitos (García Oliva y Pérez González, 2000, pp. 114-115), por lo que constituye un tema de interés para el Derecho penal y debe trascender a la respuesta jurídico-penal para alcanzar un tratamiento justo y humano.

En el contexto nacional, constituye el diagnóstico que más aparece en las conclusiones de los peritajes psiquiátricos forenses (Pérez González, 2005, p. 235).

Dadas las dificultades que los individuos con trastornos de la personalidad pueden presentar o crear en el medio militar, se consideran no aptos para ingresar o permanecer en el servicio activo,² en aras de prevenir la ocurrencia de hechos extraordinarios y delictivos.

Sin embargo, generalmente, no se detecta este trastorno mental por las familias y, consecuentemente, por las comisiones médicas de reclutamiento, influyendo el medio militar en una mayor acentuación de sus rasgos, lo que motiva su descompensación y condiciona situaciones que derivan en delitos,

² Véanse los artículos 1.1.2 y 1.1.2.1 de la Lista de afecciones médicas para determinar el grado de actitud requerido para ingresar o permanecer en el servicio militar activo (vigente, el primero, en relación con el 1.1.2.2 y 1.1.2.3 de la propia norma).

máxime cuando en la Ley de los delitos militares (LDM) se prevén conductas o comportamientos que no constituyen delito en la vida civil, por lo que es un asunto sustancial para la fiscalía y los tribunales militares.

La psiquiatría y la psicología son pródigas en el análisis de los trastornos de la personalidad; mientras que, en el ámbito jurídico-penal, el tema objeto de investigación no se aborda con profusión, por lo que presenta un escaso desarrollo teórico.

En Cuba, como referentes más importantes, se encuentran las obras de Ernesto Pérez González (2005, 2011 y 2012), Renén Quirós Pérez (2007) y Graciela García González (2008); pero no se conocen investigaciones que estudien con profundidad la temática planteada.

De ahí, en la dogmática, subsisten problemáticas relacionadas con la naturaleza jurídica de este trastorno mental (ubicación sistemática y concepto de la imputabilidad), el fundamento de la culpabilidad, los requisitos de la capacidad de culpabilidad y los argumentos que sustentan su tratamiento jurídico penal en las FAR.

Desde el punto de vista normativo, la causal de sobreseimiento libre prevista en el Artículo 244.4 de la Ley procesal penal militar (LPPM) carece de respaldo legal en el Código penal y la LDM, lo que afecta los principios de plenitud, unidad y coherencia de los ordenamientos jurídicos.

A esto se unen las dificultades que ofrece la naturaleza jurídica de esta causal de sobreseimiento (se valora la peligrosidad social en sede de la culpabilidad), su ámbito de aplicación (limitado a los delitos militares), el elemento normativo: «delito de poca peligrosidad social» y la técnica empleada para su configuración (norma penal en blanco), lo que provoca inseguridad jurídica y falta de sistematicidad en su apreciación.

A pesar de estas insuficiencias, en 2011, se realiza un diagnóstico para constatar las problemáticas existentes en la práctica judicial, que confirma insuficiencias en la aplicación de la causal de sobreseimiento y falta de uniformidad en las decisiones judiciales, con lo que se demuestra la necesidad de realizar este estudio y se incluye el tema entre las prioridades de ciencia e innovación tecnológica de la Fiscalía Militar.

Esta investigación tiene como *objetivo* proponer una solución de interpretación y de modificación al Derecho penal vigente, que contribuya al perfeccionamiento del tratamiento jurídico penal a los trastornos de la personalidad en las FAR. Para ello, se hace necesario determinar sus fundamentos teóricos; caracterizar su tratamiento normativo;³ elaborar propuestas de *lege lata* y *ferenda* a las limitaciones existentes en el ordenamiento jurídico-penal y comprobar su factibilidad.

³ En el estudio que se realiza, la caracterización no se limita al tratamiento normativo, también abarca la práctica judicial; pero, dado el carácter limitado de los resultados, estos no se analizan en el presente informe de investigación.

Su novedad radica en que, por primera vez, se aborda la temática con la profundidad requerida por la doctrina nacional, bajo una concepción dialéctico-materialista y vinculada a las condiciones que atraviesan las FAR, en las que el reclutamiento de jóvenes con trastornos de la personalidad (en su estado habitual compensado) obedece a las necesidades de completamiento que impone la actual y futura situación demográfica del país, en aras de garantizar su defensa.

Como principales resultados se elabora, a partir de la sistematización de los fundamentos teóricos y normativos del tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad, una posición doctrinal aplicable en el contexto sociojurídico cubano actual y, de manera particular, en las FAR (contribución a la teoría).

En el orden práctico, se realizan propuestas para una coherente interpretación y aplicación de las normas jurídico-penales y futuras modificaciones legislativas, las que contribuirán a una mayor seguridad jurídica, a la racionalidad y efectividad de las decisiones judiciales y al perfeccionamiento de la impartición de justicia en Cuba.

Este estudio está regido por una concepción dialéctico-materialista, que se concreta en la utilización de los métodos de investigación y en la fundamentación de las soluciones propuestas.

Como *métodos teóricos*, que «son válidos en las investigaciones jurídicas» (Villabella Armangol, Fernández Olazábal y Pérez Hernández, s/f, pp. 107-109), se emplean el histórico-lógico, el de análisis-síntesis, el abstracto-concreto, el inductivo-deductivo y el sistémico-estructural-funcional. Asimismo, como *métodos particulares* de la ciencia jurídica, se utilizan la revisión bibliográfica, el exegético-analítico y el hermenéutico.

Para validar las propuestas se acudió al método de discusión y reseña (Valiente Cruz, 2012, pp. 91-99)⁴ para perfeccionarlas. Se seleccionó una muestra de 22 fiscales, pertenecientes a la Fiscalía Militar Territorial Occidental y órganos subordinados, a partir de que existe una mayor incidencia del fenómeno objeto de estudio en la Fiscalía Militar, y se fundamentó en la importancia de las opiniones de quienes enfrentan la problemática investigada en la práctica judicial, lo que permite un análisis más objetivo.

Se realizaron dos sesiones de trabajo: una de preparación, en la que se les explicó a los participantes el objetivo que se perseguía, los procedimientos para su aplicación y se les entregó un cuestionario con un material anexo que contiene las propuestas de solución y una síntesis de los fundamentos teórico-normativos, para su mejor comprensión en el análisis individual; y otra de discusión, donde se expone la propuesta y se explican sus indicadores, se pasa al análisis y discusión grupal y finaliza con la reseña de las conclusiones del grupo y la aplicación del cuestionario.

⁴ Para el empleo de este método, se tuvieron en cuenta las experiencias positivas de esta autora en su tesis de doctorado.

En un tercer momento (conclusivo), se analizaron las reseñas del grupo, se procesó estadísticamente la información, se compararon ambas y se perfeccionó la propuesta.

Posteriormente, para comprobar su factibilidad o viabilidad en el contexto socio-jurídico cubano actual, se pasó al trabajo con expertos, método que parte de su selección, comprende la elaboración y aplicación de los instrumentos y el análisis de los resultados.

Se determinaron 23 candidatos a expertos en diferentes niveles entre los fiscales y jueces militares que enfrentan el fenómeno que se estudia y los profesores encargados de su formación y superación, priorizando a aquellos que están vinculados a la práctica judicial. Se estableció su calificación, mediante la escala de competencia (Colectivo de autores, 2016, pp. 113-118),⁵ a partir de su experiencia de trabajo en el problema investigado, dominio sobre el tema y jerarquía institucional. Finalmente, se seleccionaron 13 expertos (Silva Rodríguez y Suanes Canet, 1986, pp. 108 y ss.; Celis Mestre, 2002, p. 69) con una alta competencia y se sometieron, a su evaluación y consideración, las propuestas para su validación.

A fin de delimitar la certeza y fiabilidad de las opiniones emitidas por los participantes y expertos, se utilizaron procedimientos matemático-estadísticos⁶ para el procesamiento de la información.

Resultados y discusión

Fundamentos teóricos del tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad

Mediante los métodos de revisión bibliográfica, histórico-lógico, análisis-síntesis y sistémico-estructural-funcional, se concluyó que, en la doctrina, se valora la imputabilidad como el fundamento para determinar la responsabilidad penal de los acusados con trastornos de la personalidad (Roxin, 1981, pp. 163 y ss.).⁷

⁵ Este procedimiento desarrollado por el autor se retomó en investigaciones del área, ya que permite determinar el nivel de calificación, a partir de la medición y ponderación de criterios objetivos y no con base en la autoevaluación que realiza el candidato. Además, los indicadores pueden adecuarse al entorno donde se realiza la investigación, razones en las que se fundamenta su utilización.

⁶ Se utilizaron la media, la mediana y la moda, que indican en torno a qué valor se agrupan los datos, las cuales se complementan con la desviación estándar y el coeficiente de concordancia, que expresan la dispersión de las evaluaciones vertidas respecto a su media y el grado de coincidencia de las opiniones en un rango de puntuaciones, lo que permite describir mejor la variación de los resultados. También se empleó el cálculo porcentual, mediante el cual se logró representar la significación de los diferentes criterios recogidos respecto al total de expertos consultados (100%).

⁷ Para este autor, pertenecen a los denominados «casos límites» y a los supuestos que se ubican en la llamada «zona de inseguridad» de la imputabilidad.

Esta ha sido requerida en la acción, la antijuricidad, la culpabilidad o la pena, incluso llegó a ubicarse, a la vez, en todos los elementos del delito (Zaffaroni, 1981, pp. 109-120). Consecuentemente, existen criterios que la identifican como capacidad de acción, deber, culpabilidad, pena y jurídico-penal (Falcioni, 1987, p. 29).

De ahí que, para determinar la naturaleza jurídica de los trastornos de la personalidad y asumir una de estas concepciones, es necesario analizar la evolución de la imputabilidad (García Fernández, 19 de noviembre de 2014, pp. 13-24).

A excepción de la época en que rige la responsabilidad social o legal, la imputabilidad es asumida por la doctrina. Su evolución, a través de las teorías de la culpabilidad, da lugar a un cambio en su ubicación sistemática: de su consideración como presupuesto de la culpabilidad (concepción psicológica) pasa a integrarse a ella como uno de sus elementos (concepción normativa) (Roxin, 1997, p. 795),⁸ resultado de un desarrollo científico en el que cada sistema condiciona un salto cualitativo hacia otro superior, sobre la base de sus aportes y limitaciones.

Al concebir la imputabilidad como elemento de la culpabilidad se asume la teoría normativa, que la identifica con la capacidad de culpabilidad, concepción generalmente aceptada en la actualidad (Marquardt, 1977, p. 29).

En esta teoría se genera una crisis en la fundamentación culpabilística del Derecho penal. El poder actuar de otro modo deviene la esencia de la culpabilidad, «fórmula dudosa» (Quirós Pérez, 2007, t. 2, p. 8) y «científicamente insostenible» (Muñoz Conde, 1991, p. 120), lo que coloca en el centro del debate penal la necesidad de buscar un fundamento distinto.

Tomando como punto de partida la clasificación propuesta por García González (2008, p. 27), se sistematizan las diversas interpretaciones doctrinales en dos posiciones:

1. Los que rechazan el concepto tradicional de culpabilidad y renuncian a este como categoría jurídico-penal, destacando los criterios preventivos como los idóneos para la fundamentación de la pena.

2. Los que asumen la categoría dogmática *culpabilidad* y encuentran su fundamento en la capacidad de autodeterminación humana individual.

De su análisis se colige que el fundamento de la culpabilidad radica en la capacidad de autodeterminación humana individual, que puede ser verificable en el marco de determinadas condiciones objetivas, las que ofrecen

⁸ Contribución que realiza Reinhard Von Frank, a partir de la imposibilidad de la culpabilidad psicológica de argumentar la ausencia de culpabilidad en el actuar ilícito de un enfermo mental, lo que lo lleva a cuestionarse la ubicación de la imputabilidad como eslabón previo de la culpabilidad, pues también un enfermo mental puede querer la acción y representarse los elementos que la convierten en delito; por lo que, en este supuesto, aun cuando el individuo es inimputable, puede afirmarse la culpabilidad, lo que le permite comprender que es un elemento de la culpabilidad.

al hombre las posibilidades para su actuación. Estas dependen de la correlación entre la capacidad del sujeto y el acto concreto en que interviene y sus circunstancias.

La capacidad de culpabilidad constituye el punto de partida para el reproche de un hecho típico y antijurídico a su autor. Es la capacidad del individuo de comprensión del injusto y de actuar acorde a esa comprensión (Bustos Ramírez, 1989 p. 330).

La capacidad de comprensión depende de sus potencialidades intelectuales y abarca su capacidad para entender la ley, la comprensión de su actuar con arreglo a Derecho, a partir de las consecuencias que entraña y su significado social, que le posibilita conocer que su comportamiento contradice el ordenamiento jurídico. Su capacidad de actuar presupone la facultad de comprender el alcance de su acción y consiste en su capacidad de autodeterminación.

Esta definición reduce las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, lo que resulta inadmisibles para la psicología contemporánea, a partir de la concepción de la personalidad como una unidad.

Cognición, afecto y conducta constituyen la base del psiquismo humano, procesos psicológicos que, por razones didácticas, se estudian separados, pero funcionan como un todo (Pérez González, 2012, p. 24).

Luego, no puede afirmarse que se altere una manifestación del psiquismo y conserven su integridad absoluta las restantes, se entiende que el deterioro es de la persona, solo que haciéndose más manifiesto en un aspecto que en otro.

La conducta humana solo es comprensible en el contexto sociocultural en que se manifiesta. De ahí que, en el análisis de la capacidad de culpabilidad, influye lo afectivo y emocional y el factor social cobra gran trascendencia (Muñoz Conde, 1991, p. 134).

En la doctrina y la jurisprudencia, se reconoce la incidencia de los trastornos de la personalidad sobre la capacidad de culpabilidad (García Fernández, 2013, pp. 149-156; García Fernández, diciembre de 2017, pp. 40-45). Para ello es necesario que merezcan el calificativo de «graves o acentuados» (descompensados) y guarden relación con el delito cometido (Quirós Pérez, 2007, t. 3, p. 177; Pérez González, 2005, p. 246).

Su diagnóstico incluye al individuo dentro de un grupo de riesgo de severos desajustes psicológicos que lo coloca en un estado de vulnerabilidad, razón que se considera al declarar estos trastornos como una causal de no aptitud para el servicio militar.

Esta decisión protege al individuo y a la institución armada de las indisciplinas, hechos extraordinarios y delictivos que estos pueden cometer en un estricto régimen disciplinario, especialmente en atención a que la LDM sanciona conductas que, fuera de este ámbito, carecen de relevancia jurídico-penal.

Su no detección por las familias y, consecuentemente, por las comisiones médicas de reclutamiento condiciona que jóvenes con esta afección ingresen al servicio, situación que los hace más proclives a actividades delictivas, a partir de la influencia del medio militar.

De ahí que, en las FAR, se debe valorar si se le puede exigir al aforado una determinada conducta (de no obrar en contra de los mandatos del ordenamiento jurídico o de las exigencias del medio militar), dados los condicionamientos concretos en que se encontraba, para el reproche por la conducta realizada.

Limitaciones del tratamiento normativo a los trastornos de la personalidad

A partir de los métodos empleados (revisión bibliográfica, hermenéutico, exegético-analítico y sistémico-estructural-funcional), se establecieron las siguientes limitaciones del tratamiento normativo:

En el orden sustantivo:

— El método biopsicológico que se sigue en el Artículo 20.1 del Código penal (CP), para la determinación de la capacidad de culpabilidad, constituyó un inconveniente para la investigación, ya que los trastornos de la personalidad no dependen de disturbios orgánicos.

— El sistema de cláusula cerrada para la conceptualización de los estados mentales está en incongruencia con el desarrollo alcanzado por la psiquiatría y no permite la consideración de otros trastornos mentales con incidencia en la capacidad de culpabilidad, como los de la personalidad.

— En el apartado 2 de este artículo, el requisito «sustancialmente disminuida» excluye a los trastornos mentales que dificultan o limitan las funciones psíquicas del sujeto, pero no de manera sustancial, lo que no garantiza un tratamiento diferente al de los sujetos con salud mental.

— La solución prevista para su punición se limita a la pena atenuada, sin que se establezca la posibilidad de aplicar medidas de seguridad para un tratamiento más individualizado y efectivo.

— Al restringirse la atenuación de la pena a la privación de libertad, queda constreñida con el principio de culpabilidad, pues al preverse para el delito otra clase de sanción sería imposible su disminución.

— La LDM no establece un tratamiento diferenciado para aquellos que cometen delitos bajo un trastorno de la personalidad.

Desde el punto de vista adjetivo:

— La causal de sobreseimiento libre del Artículo 244.4 de la LPPM equivale a una sentencia absolutoria, sin embargo, constituye una zona de desregulación para las leyes penales sustantivas, lo que afecta los principios de plenitud, unidad y coherencia de los ordenamientos jurídicos.

— En cuanto a su naturaleza jurídica, en sede de la culpabilidad, se valora la peligrosidad social, no realizándose de forma coherente y ordenada el análisis de los diferentes rasgos del delito.

— Su aplicación se limita a los delitos militares de poca peligrosidad social, por lo que no otorga relevancia jurídico-penal a los trastornos de la personalidad cuando el delito es común u ocasiona consecuencias graves o perjudiciales.

— A esto se unen las dificultades que ofrece el elemento normativo «delito de poca peligrosidad social», expresión que se utiliza en la propia ley para referirse a delitos cuya sanción máxima imponible no excedan de un año, lo que significaría reservar esta causal para un número muy reducido de tipos penales. De ahí que sea necesario determinar los criterios para definir el grado de peligrosidad social en el hecho.

— La técnica legislativa empleada remite, aunque no de manera expresa (los reglamentos vigentes), a la lista de afecciones médicas, normativa de rango inferior, que posibilita que se dispongan regulaciones administrativas con trascendencia en lo penal.

En 2004, teniendo en cuenta las necesidades de completamiento que impone la situación demográfica del país, se producen cambios en la lista de afecciones médicas para determinar el grado de aptitud requerido para el ingreso o permanencia en las FAR.

Se introduce el criterio operativo «actos con recomendaciones médicas», que permite que jóvenes con limitaciones de salud se incorporen a determinados cargos y se preparen para la defensa, siempre que se cumplan las indicaciones médicas correspondientes y reciban una preparación combativa, física, teórica y práctica adecuada a sus posibilidades.

Los trastornos de la personalidad en su estado habitual, compensado, que hasta ese momento eran no aptos, son considerados aptos con recomendaciones médicas, por lo que responderán penalmente.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

A partir de los fundamentos y las dificultades del tratamiento normativo expuestos, se elaboró una propuesta de interpretación, que se complementa con otra de modificación al ordenamiento jurídico penal vigente, para que la solución satisfaga las problemáticas que se suscitan cuando un militar comete un delito bajo un trastorno de la personalidad.

De *lege lata*, se plantea la aplicación de los artículos 1.2 de la LDM y 8.2 del CP, como respaldo sustantivo de la causal de sobreseimiento del Artículo 244.4 de la LPPM.

La escasa entidad de las consecuencias debe determinarse a partir de la afectación al bien jurídico, el resultado lesivo que se produce, la irreparabilidad del ataque y la evitabilidad del menoscabo por vías no penales.

En cuanto a las condiciones personales, deben ser consideradas las relacionadas con el hecho: el diagnóstico de la afección y el grado de aptitud,

la relación del trastorno con el delito, la influencia del medio militar y si la selección fue buena o mala.

En los peritados aptos con recomendaciones médicas, se debe considerar que su reclutamiento obedece a las necesidades de completamiento de las FAR, si se detectó el trastorno durante la selección, la ubicación para el cumplimiento del servicio militar, el cargo que ocupa, las obligaciones y actividades que cumple, el tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y la realización del peritaje, si recibió tratamiento psiquiátrico antes de ser peritado, si cumplió rebaja de servicio y dónde, si fue trasladado de unidad o cambió de actividad, etc.

A partir de esta interpretación, y para garantizar la uniformidad de las decisiones judiciales se propone:

— En denuncias, disponer su archivo por no ser el hecho constitutivo de delito, según los artículos 107.2 y 94.1 de la LPPM, en relación con los artículos 1.2 de la LDM u 8.2 del CP.

— En expediente de fase preparatoria y sesión dispositiva, proceder al sobreseimiento libre. Igual solución se plantea en delitos comunes y para los aptos con recomendaciones médicas.

— En el juicio oral se acordará un fallo absolutorio, según lo establecido en los artículos 1.2 de la LDM u 8.2 del CP.

— Cuando el trastorno de la personalidad se manifieste durante la ejecución de la sentencia, se procederá conforme a lo establecido en el procedimiento especial de revisión, al no ser conocida esta circunstancia por el tribunal en el momento de dictar la sentencia, la cual permite presumir la inocencia del sancionado, según se dispone en los artículos 463 y 464.5 de la LPPM.

A tenor de lo estipulado en el Artículo 474, en relación con el 449 del mismo texto legal, se podrá disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia, hasta tanto la causa sea vista en revisión; una vez examinada, puede ser revocada la sentencia firme y disponerse el sobreseimiento libre de la causa, según el Artículo 471.2 de la referida ley procedimental, por lo que se considerará extinguida la responsabilidad penal, en virtud de lo previsto en el Artículo 59 e) del CP.

En los delitos con consecuencias graves o perjudiciales, se propone:

— La aplicación del Artículo 20.2 del CP, a partir de que el método psicológico es el que establece las condiciones determinantes o requisitos de la capacidad de culpabilidad (Pérez González, 2005, p. 35). Para ello se requiere realizar peritaje psiquiátrico forense, siendo esencial la valoración jurídica de la prueba pericial para alcanzar un tratamiento justo y humano.

— Para adecuar la sanción se propone apreciar las características del inculpaado y las posibilidades de enmienda, según lo establecido en el Artículo 47.1 del CP, de la manera siguiente:

Las posibilidades de enmienda deben atender a los fines de prevención especial y las características del sujeto, que permitan determinar qué sanción sería más justa.

En cuanto a las características individuales, valorar el estado de vulnerabilidad del sujeto y su proclividad para incurrir en el delito, a partir de la interpretación que se realiza de las condiciones personales del autor.

Se propone interpretar las circunstancias excepcionales del hecho y las condiciones personales del acusado a que se refiere el Artículo 55.1 de la LDM en los términos expuestos para los artículos 1.2 del propio texto legal y 8.2 del CP.

Cuando al delito militar le subyace uno común en el CP,⁹ existe un concurso aparente de normas penales, por lo que, si en atención a los principios que lo resuelven, se determina que debe calificarse el delito militar, se plantea adoptar las decisiones propuestas para los delitos de escasa entidad o con consecuencias graves, teniendo en cuenta la peligrosidad del hecho.

A los efectos de la interpretación de la causal de sobreseimiento libre prevista en el Artículo 244.4 de la LPPM, para determinar cuándo un delito militar es de poca peligrosidad social, se debe tener en cuenta el desvalor de la acción y el del resultado.

Atendiendo a que los delitos que esencialmente se cometen son de peligro, se debe priorizar el desvalor de la acción, a partir de las formas en que se ejecuta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, lugar y contexto histórico-social en que ocurre, así como la finalidad y la motivación.

La expresión «bajo los efectos» exige un nexo causal o una relación del trastorno de la personalidad con el delito militar. Para su determinación se propone tomar declaración de testigo a los facultativos que realizan el peritaje médico-militar o incluir al perito en la relación de personas que deben ser citadas a juicio oral y agotar el asunto durante la práctica de la prueba pericial.

De *lege ferenda*, la propuesta de modificación del Artículo 20 del CP se dirige, en el apartado 1, a:

— Sustituir el sistema de cláusula cerrada por la expresión «trastornos mentales», siendo coherentes con los avances de la psiquiatría; así como la palabra *facultad* por *capacidad*, por tratarse de las condiciones o requisitos que debe reunir una persona para ser culpable e identificarse con la concepción que se asume.

— Complementar la expresión «o de dirigir su conducta» con la frase «conforme a esa comprensión», lo que significa que la capacidad de autogobierno del comportamiento presupone la de comprensión del injusto y, por tanto, no puede existir autodeterminación sin comprensión.

En el apartado 2, a:

— Sustituir la privación de libertad por la pena que corresponde al delito en sentido general, lo que garantizaría el principio de culpabilidad; así

⁹ A esta clase de delito se le denomina *especial impropio*.

como la frase «facultad del culpable» por «capacidad del sujeto», ya que no se han confirmado aún los restantes elementos de la culpabilidad.

— Incluir la aplicación de medidas de seguridad, en aras de un tratamiento más individualizado.

— Suprimir el requisito «sustancial» de la disminución, lo que permitiría mayores posibilidades de valoración jurídica.

Para garantizar la efectividad de la propuesta de modificación del Artículo 20.2 del CP, se propone, en los artículos 74 y 85 a), sustituir los términos estado de «enajenación mental» y «desarrollo mental retardado» por «trastorno mental» y ampliar el ámbito de aplicación a los supuestos comprendidos en el Artículo 20.2 del CP. En el Artículo 86, se recomienda remitir al 74, para una mayor economía legislativa y, en el 87.1, sustituir la expresión «sufra repentinamente de enajenación mental» por «manifieste un trastorno mental».

Teniendo en cuenta que la causal de sobreseimiento libre del Artículo 244.4 de la LPPM carece de fundamento sustantivo y esta decisión equivale a una sentencia absolutoria, se propone prever en la LDM, como eximente de la responsabilidad penal, el supuesto comprendido en dicha causal.

Para lograr un enfoque sistémico, la aplicación de la eximente no puede restringirse a los delitos de poca peligrosidad social. Solo será aplicable a los militares, aunque no se limitará a los delitos militares y constituye una exigencia que se demuestre la relación entre el delito y el trastorno de la personalidad, así como la influencia del medio militar.

En el Artículo 244.4 de la LPPM, se sugiere recurrir a la técnica de norma penal en blanco y remitir, de manera expresa, a la eximente que se propone para la LDM.

Validación de las propuestas de solución

Mediante la discusión y reseña,¹⁰ se logra tener una representación más objetiva de la aplicabilidad de las propuestas. El intercambio permite socializar los resultados de la investigación y conocer las opiniones de los operadores, desde sus vivencias en el enfrentamiento al problema. La reseña del grupo aporta valoraciones de carácter positivo y recomendaciones que contribuyen a perfilar las propuestas y a profundizar en sus fundamentos. En el cuestionario, se evaluaron de *bastante* y *muy adecuadas* sus indicadores. Como resultado final, se perfecciona la propuesta.

En la valoración integral de la propuesta de *lege lata*, el promedio de calificación es de 4,6, considerado muy adecuado, y la moda de 5, calificación

¹⁰ En la investigación, tanto en este método como en el de evaluación de expertos, se sometieron, a la consideración de los participantes, los indicadores de las propuestas y se evalúan integralmente estas. En el presente trabajo se exponen solo los resultados más generales y la evaluación integral de las propuestas de solución.

más alta en la escala seleccionada. La desviación estándar es de 0,5 y el coeficiente de concordancia del 89%, existiendo una alta coincidencia de las opiniones. Como aspectos positivos, se destaca su pertinencia y fundamentación, así como que satisface las diferentes situaciones que se pueden presentar en la práctica judicial.

La evaluación de la propuesta de *lege ferenda* alcanza el promedio de calificación más alto (4,7); la puntuación que más se repite es 5, considerada muy adecuada; la desviación estándar es de 0,5, inferior a la media del grupo, y el coeficiente de concordancia superior al 90%, que representa el mayor nivel de coincidencia de las votaciones. Se aprecia que las soluciones de modificación constituyen un complemento necesario de las de interpretación, en aras de superar las limitaciones que presenta la ley, lo que demuestra su coherencia y utilidad práctica.

El resultado del procesamiento estadístico no paramétrico de las evaluaciones emitidas por los expertos sobre las propuestas es el siguiente:

El 76,92% considera muy adecuada la solución de *lege lata* y el 23,08%, bastante adecuada, para un promedio de 9,3 y una desviación estándar igual a 0,8; el coeficiente de concordancia es de 91,2% y la moda de 10. De esta manera, se confirma su fundamentación, coherencia, comprensibilidad, utilidad y posibilidades de aplicación.

Como valores promedio generales se obtiene una media de 9,3, una desviación estándar de 0,9, un coeficiente de concordancia de 90,2% y una moda de 10, con lo que se concluye que las propuestas de interpretación son válidas y factibles su aplicación.

El 76,92% considera que la propuesta de *lege ferenda* es muy adecuada y el 23,08%, bastante adecuada, para un promedio de 9,2 y una desviación estándar de 1,0, el coeficiente de concordancia es de 89,5% y la moda es 10. Conforme a estas evaluaciones, se aprecia que la propuesta posee aceptación.

Como valores promedio generales, se alcanzan una media de 9,2 y una desviación estándar de 1,0, el coeficiente de concordancia es de 89% y la moda, 10. Estos resultados sirven de base para afirmar que la propuesta es válida y factible.

En sentido general, las evaluaciones emitidas por los expertos sobre las propuestas oscilan en los rangos de bastante adecuado y muy adecuado, la calificación más frecuente es 10, máxima puntuación en la escala escogida, con una alta coincidencia de las opiniones; por lo que se consideran válidas las propuestas en el contexto sociojurídico cubano actual.

CONCLUSIONES

A partir de los resultados alcanzados, se arribó a las siguientes conclusiones:

1. La capacidad de culpabilidad constituye el fundamento para determinar la responsabilidad jurídico-penal de los acusados con trastornos de la personalidad. Se define como la capacidad del individuo de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión, que debe incluir lo afectivo y emocional del hombre y en la cual el elemento sociológico adquiere gran trascendencia. Su esencia radica en la capacidad de autodeterminación humana individual, en el marco de determinadas condiciones objetivas, las cuales le ofrecen las diversas posibilidades para su actuación.
2. En las FAR, el tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad se debe fundamentar a partir de las condiciones de exigibilidad requeridas para cumplir con los mandatos del ordenamiento jurídico y las obligaciones del servicio militar, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto y su proclividad para incurrir en el delito, lo que permite delimitar su ámbito de autodeterminación o libertad, al momento del hecho, para ser objeto de reproche por el Derecho penal.
3. Se constataron limitaciones, falta de unidad y coherencia en el tratamiento normativo a los trastornos de la personalidad, lo que impide, en la práctica judicial, tomar decisiones uniformadas, argumentadas y justas. Se exigen modificaciones en el ordenamiento jurídico penal cubano para garantizar una mayor seguridad jurídica.
4. Las propuestas de *lege lata* y *ferenda* superan las limitaciones identificadas en la caracterización y constituyen una valiosa herramienta para una coherente interpretación y aplicación de las normas jurídico-penales y futuras modificaciones legislativas, las que contribuirán a una mayor seguridad jurídica, a la racionalidad y efectividad de las decisiones judiciales y al perfeccionamiento de la impartición de justicia en Cuba. El análisis de los resultados de los métodos aplicados para su validación permite concluir que son factibles y aplicables en el contexto sociojurídico cubano actual.

RECOMENDACIONES

Una vez concluida la investigación, se recomienda:

- Al presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular:
 - Que se valore la posibilidad de que las propuestas de *lege ferenda* sean consideradas para futuras modificaciones al CP, la LDM y la LPPM.
- Al vicefiscal general, jefe de la Fiscalía Militar y al vicepresidente del Tribunal Supremo Popular, jefe de la Dirección de Tribunales Militares:

- Que se analice la viabilidad de introducir en la práctica judicial las propuestas de *lege lata* elaboradas para el CP, la LDM y la LPPM, en aras de contribuir a la uniformidad, racionalidad y justedad de las decisiones judiciales.
 - Al jefe de la Cátedra de Derecho Penal de la UMCJ, al jefe del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y a los jefes de otros centros donde se imparten cursos de pregrado y superación postgraduada:
- Que se creen los espacios para el debate teórico sobre los fundamentos del tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad en las FAR, la generalización de las propuestas de *lege lata* y que se promueva la realización de investigaciones criminológicas sobre el tema vinculadas a la prevención y el tratamiento penitenciario de los acusados con trastornos de la personalidad, y que profundicen en los fundamentos para la regulación de medidas de seguridad, como alternativa para la punición de los supuestos de capacidad de culpabilidad sustancialmente disminuida que lo admitan.
- Que se considere la introducción de los fundamentos dogmáticos y las propuestas de solución de *lege lata* y *ferenda*, en los programas de estudio de los cursos de pregrado y postgrado, en aras de contribuir a la formación y superación del personal y al perfeccionamiento de la impartición de justicia.
- Que se tenga en cuenta la utilización de esta investigación como base material de estudio en la impartición de las asignaturas de Derecho penal (parte general) y Derecho procesal penal en cursos de pregrado y postgrado.

BIBLIOGRAFÍA

- Bustos Ramírez, J. M.: *Manual de Derecho penal, parte general*, 3.^a ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1989.
- Celis Mestre, F.: «Método delfos», en Colectivo de autores, *Ordenando el caos*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002.
- Colectivo de autores: *Metodología de la investigación socio-operativa*, La Habana, EMS Comandante Arides Estévez Sánchez, 2016.
- Falcioni, M. B.: *Imputabilidad*, Buenos Aires, Editorial Gráfica Pafebnor S. R. L., 1987.
- García Fernández, A.: «El tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad en las Fuerzas Armadas Revolucionarias» (tesis de especialidad), Facultad de Derecho (Universidad de La Habana), 2012.
- _____: «Los trastornos de la personalidad y la capacidad de culpabilidad», en Colectivo de autores, *Psicología jurídica, selección de textos*, t. 1, La

- Habana, EMS (actual UMCJ) Comandante Arides Estévez Sánchez, 2013, pp. 149-156.
- _____: «La evolución de la imputabilidad hacia la capacidad de culpabilidad», en *Boletín Jurídico Militar Comandante Arides Estévez Sánchez*, vol. 1, no. 2, 19 de noviembre, 2014, La Habana, pp. 13-25.
- _____: «El tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad en las Fuerzas Armadas Revolucionarias» (tarea temática no. 37, EMS Comandante Arides Estévez Sánchez, Cátedra de Derecho penal), La Habana, 2014.
- _____: «La responsabilidad penal de los acusados con trastornos de la personalidad», en *Justicia y Derecho*, año 15, no. 29, diciembre, 2017, La Habana, pp. 72-85.
- _____: «Una propuesta para perfeccionar el tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad en las Fuerzas Armadas Revolucionarias» (tesis doctoral), La Habana, EMS Comandante Arides Estévez Sánchez (Cátedra de Derecho penal), 2017.
- _____: «Propuestas para un adecuado tratamiento jurídico-penal a los trastornos de la personalidad en las Fuerzas Armadas Revolucionarias» (tarea temática no. 49, EMS Comandante Arides Estévez Sánchez, Cátedra de Derecho penal), La Habana, 2018.
- García González, G.: «La enfermedad mental como causa que excluye la capacidad de culpabilidad en el Derecho penal sustantivo cubano» (tesis doctoral), Universidad de La Habana, 2008.
- García Oliva, J. y E. Pérez González: «Consideraciones sobre la responsabilidad penal de los acusados afectados de trastornos de la personalidad», en A. Medina Cuenca y M. Goite Pierre, *Selección de lecturas de Derecho penal general*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000, pp. 112-118.
- Marquardt, E.: *Temas básicos de Derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1977.
- Muñoz Conde, F.: *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1991.
- Organización Mundial de la Salud: *Décima revisión de la clasificación internacional de las enfermedades (CIE 10). Trastornos mentales y del comportamiento: descripciones clínicas y pautas para el diagnóstico*, Madrid, Editorial Meditor, 1993.
- Pérez González, E.: *Manual de psiquiatría forense*, La Habana, Ediciones ONBC, 2005.
- _____: *Psicología, Derecho penal y Criminología*, La Habana, Ediciones ONBC, 2012.
- _____: *Psiquiatría forense*, Bogotá, Editorial Temis S. A., 2011.
- Quirós Pérez, R.: *Manual de Derecho penal*, t. 2 y 3, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.
- Roxin, C.: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de F. Muñoz Conde, Madrid, Editorial Reus, 1981.
- _____: *Derecho penal, parte general*, t. 1, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Silva Rodríguez, M. y H. Suanes Canet: «El método de las evaluaciones de los expertos y su aplicación en la confección de los planes de estudio», en Colectivo de

autores, *Cuestiones de la enseñanza en los CEM de las FAR*, La Habana, Imprenta Central de las FAR, 1986, pp. 108 y ss.

Valiente Cruz, N.: «Una concepción teórico-metodológica para el estudio de los grupos informales juveniles, en la prevención que realiza la Contrainteligencia Militar» (tesis doctoral), La Habana, EMS Comandante Arides Estévez Sánchez (Cátedra de Psicología), 2012.

Villabella Armangol, C. M., P. Fernández Olazábal y L. Pérez Hernández: «Los métodos de investigación», en C. M. Villabella Armangol, *Metodología de la investigación sociojurídica*, La Habana, EMS Comandante Arides Estévez Sánchez, [s/f], pp. 89-129.

Zaffaroni, E. R.: *Tratado de Derecho penal, parte general*, t. 4, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1981.

LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES EN CUBA: UN GIRO DEL ADMINISTRATIVO AL CIVIL

M.Sc. Lisbeth Infante Ruiz

*Jueza suplente no permanente, Sala de lo Civil,
de lo Administrativo y de lo Laboral, TPP de Holguín*

Esp. María de los Ángeles Escalona Fernández de la Vega
Profesora auxiliar, Universidad de Holguín

Dra. Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez
Profesora titular, Universidad de La Habana

Resumen: Ante la insuficiente regulación de los contratos de prestación de servicios personales (CPSP) en Cuba, toda vez que no se garantiza la efectiva protección del derecho a la salud e integridad física de los consumidores, se propone fundamentar, doctrinal e históricamente, la necesidad del perfeccionamiento normativo de este derecho en el contenido de tales contratos, en las actuales condiciones socioeconómicas cubanas.

Abstract: Given the insufficient regulation of contracts for the provision of personal services in Cuba, since the effective protection of the right to health and physical integrity of consumers is not guaranteed, it is proposed to substantiate, doctrinally and historically, the need for regulatory improvement of this right in the content of such contracts, in the current Cuban socioeconomic conditions.

Palabras clave: derecho a la salud e integridad física, derecho de consumidores, derecho a la vida, contratos de prestación de servicios, contratos de prestación de servicios personales.

Keywords: right to health and physical integrity, consumer rights, right to life, contracts for the provision of services, contracts for the provision of personal services.

En la actualidad, los CPSP en Cuba adquieren una importancia notoria en el ámbito administrativo; no obstante, en el llamado siglo de los contratos de consumo (siglo XXI), tal como expresara Flores Flores,¹ se necesita dar un giro en tal sentido y fundamentar una nueva mirada de aquellos en el orden civil. Además, con su regulación, se precisa la protección

¹ Flores Flores: «La sistematización de las normas contractuales. Del contrato civil al contrato de consumo» (tesis de especialidad), p. 1.

de uno de los más importantes derechos básicos de los consumidores: el relativo a la salud e integridad física.

Las autoras parten del criterio del reconocimiento nacional e internacional de los derechos de los consumidores como derechos fundamentales reconocidos en varias constituciones y como básicos en las leyes de consumidores; se está abogando por reconocerlos, también, como subjetivos.

El hecho de reconocerlos como derechos subjetivos implica enmarcar la relación existente entre los proveedores y los consumidores, que generalmente se manifiestan en el ámbito contractual. De ahí que las autoras asuman la propuesta de Flores Flores de una nueva línea de pensamiento jurídico, desarrollando la teoría del contrato de consumo y buscando la sistematización en la teoría general del contrato. Este busca construir una propuesta normativa sobre la base del contrato de consumo, como institución paradigmática de la contratación contemporánea, con la finalidad de lograr una adecuada integración en el Código civil (CC).² Además, la importancia radica en establecer un paradigma esencial y ampliar la protección a los consumidores, bajo un sistema normativo integral (civil/privado y administrativo/público) que desarrolle, fomente y contemple la protección al contratante débil en todas sus aristas, y que sea fuente primigenia de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.³

Una teoría del contrato de consumo contribuye al reconocimiento de los consumidores como sujetos de Derecho, y se integran a la protección de la parte débil de la relación contractual, propuesta por la normativa civil, de tal manera que la moderniza, robustece y contextualiza en el siglo de la contratación de consumo.⁴

Al sistema judicial y a los jueces, en el orden doctrinal, les tributa conocer las teorías que les sirven para la argumentación de las sentencias, como manifiesta Manuel Atienza:⁵ observar hacia dónde se inclinan los autores, cuáles son las tendencias en el orden normativo internacionalmente, para luego contextualizar y atemperar las propias, de acuerdo con las particularidades de Cuba.

En el orden práctico, coadyuva a reconocer las insuficiencias de que adolecen las normas internas, ante el nuevo contexto social, económico y político imperante, para su perfeccionamiento y, en adición a esto, resolver los conflictos que puedan sobrevenir entre dos personas naturales: una, que presta el servicio (por ejemplo, peluquería, barbería, maquillaje, mani-

² *Ibid.*, p. 1.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ Atienza: *El derecho como argumentación*, p. 316. Atienza es uno de los más célebres filósofos españoles del Derecho y, con su obra, ha contribuido poderosamente a renovar los estudios de teoría y filosofía jurídicas en el mundo hispanoparlante.

cura y masaje); y la otra, que los recibe, y le hayan provocado una afectación a la salud e integridad física.

Atienza plantea que el estado democrático y las prácticas democráticas exigen que el juez no tome sus decisiones exclusivamente mirando hacia el interior de la institución jurídica, sino que debe hacerlo de cara a la comunidad ante la cual debe responder. Todo ello, en un estado constitucional, supone el sometimiento completo del poder al Derecho y a la razón.⁶

Es un tema actual y pertinente, debido a que este constituye una preocupación de disímiles organizaciones internacionales, toda vez que, en los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030,⁷ aprobada por la Asamblea General de la ONU, se proyectan dos objetivos que se vinculan con él: el 3, sobre salud y bienestar; y el 12, producción y consumo responsables, los cuales deben ser asumidos por todos los países.

En la relación de consumo, entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor, se encuentran transversalmente involucrados bienes jurídicos o valores que su normativa tutela, y que contempla el derecho a la vida y a la dignidad y el derecho a la salud y la seguridad, entre otros.

Por tal motivo, el Derecho moderno le ha otorgado preferencia al derecho a la salud e integridad física de los consumidores, pues este tiene la connotación especial de aglutinar, en uno solo, la protección de cuatro derechos: los correspondientes a la vida, la salud, la integridad física y los consumidores, que tienen sus regulaciones independientes.

Cuba, no está ajena a esta problemática y el escenario actual ha traído consigo la constitución, modificación y extinción de algunas disposiciones normativas, cuestión esta que posibilita el análisis de este tema, ya que, en lo sucesivo, se pretende seguir perfeccionando la legislación, atemperándola a la realidad social imperante.

En los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución,⁸ el 264 plantea «perfeccionar la protección al consumidor adoptando medidas que coadyuven a asegurar sus derechos por quienes producen, comercializan y prestan servicios en general».

En consecuencia, se promulgó la Resolución No. 54/2018,⁹ del Ministerio de Comercio Interior, a los efectos de estipular algunas indicaciones para la organización y ejecución de la protección al consumidor en el sistema de comercio interno.

⁶ Cofré Lagos: «Recensión: El derecho como argumentación», en *Jurisprudencia*, vol. xix, no. 2, 2006, p. 286.

⁷ La Agenda 2030 consta de 17 objetivos y 169 metas conexas, de carácter integrado e indivisible.

⁸ Aprobados en el VII Congreso del Partido, en abril de 2016; y por la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), en julio de ese año.

⁹ *Gaceta Oficial de la República*, no. 26, ed. extraord., 4 de mayo de 2018.

Estas indicaciones constituyen un paso de avance, debido a que el Estado cubano muestra indicios de querer mejorar las normativas, en el ámbito administrativo, sobre la protección al consumidor. Sin embargo, se involuciona, pues lo que antes era considerado un derecho, ahora se considera un principio, de manera que no es la misma fuerza vinculante entre estos.¹⁰ Por otra parte, esto irradia a los CPSP, pero no hace referencia al contenido de estos, necesitándose que se regule en el CC, como un tipo contractual específico, por cuanto, en opinión de las autoras, la resolución es insuficiente en su regulación.

Posteriormente, a tono con los Lineamientos y la Resolución 54/2018, se produjo una reforma constitucional,¹¹ en la cual el Artículo 78¹² regulaba (por primera vez en Cuba) los derechos de los consumidores. Así, quedan sentadas las bases cubanas del derecho de consumo, cuya importancia y ordenación universal justifican el estudio de cualquiera de sus temas y este es uno de ellos.¹³

Los contratos de prestación de servicios (CPS) son un tipo contractual incorporado al CC, que produjo un cambio sustancial en la regulación de las relaciones jurídicas civiles, en especial en materia de protección al consumidor. Uno de los méritos del CC es, precisamente, hacer referencia a la noción de consumidor, además de establecer disposiciones sobre los CPS, en general, así como la regulación de aquellos que requieren la entrega de un objeto, y de tipos concretos de contratos de esta naturaleza.¹⁴

En la etapa exploratoria de la investigación, se pudo constatar que varios autores, internacionalmente, han escrito sobre estos derechos y contratos, no así en Cuba, donde han sido mencionados cuando se abordan los derechos de los consumidores, sin enfocar los CPSP.

En el ámbito mercantil, la Organización Mundial del Comercio se pronunció con respecto a los derechos a la vida, salud y seguridad física, dentro de los CPS comerciales; no obstante, con respecto a los servicios personales, no se ha encontrado asidero, ni doctrinal ni legislativo, en el

¹⁰ El inciso a) del sexto *resuelvo* recoge que uno de los derechos de los consumidores es «recibir productos o servicios que cumplan con los requisitos de calidad, insumos del servicio y de seguridad establecidos», a diferencia de la normativa anterior, que dejaba claro el derecho a protegerle al consumidor su vida, salud y seguridad física.

¹¹ Aprobada en referéndum el 24 de febrero de 2019 y, por la ANPP, el 10 de abril de ese año.

¹² Artículo 78. «Todas las personas tienen derecho a consumir bienes y servicios de calidad y que no atenten contra su salud y acceder a información precisa y veraz sobre estos, así como a recibir un trato equitativo y digno de conformidad con la ley».

¹³ Con respecto a estos derechos independientes, la Constitución, en el Artículo 46, estableció: «Todas las personas tienen derecho 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 a su desarrollo integral». Este artículo es el primero que relaciona los derechos por su preferencia e importancia.

¹⁴ Ojeda Rodríguez (coord.): *Derecho de contratos*, t. 2, p. 211.

marco internacional, por tanto, es típica de Cuba esta denominación.¹⁵ Lo anterior, en el plano teórico, aportó a la elaboración de este trabajo; sin embargo, hasta donde se ha investigado, no existen estudios sobre el tema, de forma específica.

Los elementos previamente analizados permiten formular el siguiente *problema científico*: insuficiente regulación de los CPSP en el ámbito administrativo cubano, que no garantiza la efectiva protección del derecho a la salud e integridad física de los consumidores en las condiciones socio-económicas actuales.

El *objetivo general* fue: Argumentar, desde los puntos de vista teórico, normativo y práctico, el paso de los CPSP en Cuba de la materia administrativa a la civil, demostrando la necesidad de su perfeccionamiento normativo y contribuyendo a la práctica judicial en las condiciones actuales.

En la labor investigativa, se emplearon los siguientes *métodos científicos teóricos*: *análisis, síntesis, inducción y deducción*, útiles en la realización de todo el estudio y en la apreciación del estado de la ciencia; *histórico jurídico*, para identificar su origen, cambios, regularidades y tendencias en tal evolución; el *jurídico comparado* permitió apreciar la regulación de los CPS vigente en diferentes países, en aras de descubrir semejanzas y diferencias, determinar regularidades y tendencias de estas instituciones; el *hermenéutico jurídico*, para lograr un diagnóstico acerca de la normas, evaluando, de manera especial, el cumplimiento de las invariantes para una legislación técnicamente depurada de la institución y la identificación de deficiencias en el Derecho positivo cubano.

De los métodos empíricos, la *observación científica* contribuyó a percibir el objeto y el campo de acción, directa e indirectamente. El *análisis de contenidos* se aplicó a la revisión de la documentación que sirvió de base al trabajo final; y, como técnica aplicada, las *entrevistas abiertas no estructuradas*, a especialistas de una gran experiencia en la materia y a personas prestadoras y consumidoras de estos servicios.

ESTUDIO DOCTRINAL E HISTÓRICO DE LOS CPS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

La economía de hoy es expresión de los avances científico-técnicos que se han producido en el transcurso de la historia de la humanidad, y continúan, en la medida que el hombre ha buscado mejorar lo que hoy se denomina «calidad de vida».

¹⁵ La figura jurídica que más se aproxima a los CPSP es la de los contratos de servicios profesionales que, en la actualidad, encuentran sustento legislativo en algunos códigos civiles, como los de México, Guatemala, Venezuela, Perú y Colombia, en los que se le reconoce como un tipo contractual específico, entre los contratos de servicios.

Como consecuencia del desarrollo del sector secundario de la economía, a partir de la Revolución industrial, se originó la llamada sociedad de consumo,¹⁶ que trajo importantes cambios que se reflejaron en el campo de la ciencia jurídica; muestra de esto es el reconocimiento legislativo de los CPS, como una institución jurídica y como un contrato de consumo.

Las operaciones de consumo, desde la óptica jurídica, en lo fundamental, se realizan a través de contratos; por ello, es legítimo hablar de contratos de consumo. Para enfatizar el carácter contractual de las operaciones de este tipo, basta la consideración de que una protección del consumo y de los consumidores actualmente, al producirse el paso del contrato por negociación (sin que haya sido abandonada totalmente) a la perfección del contrato, bajo condiciones generales, o los contratos por adhesión, en que la tradicional contratación por medio de negociación es prácticamente nula, no es óbice para que tales operaciones formen parte del Derecho civil.¹⁷

En materia de contratación, en la actualidad, hay que distinguir entre los contratos comunes en sentido estricto y los contratos de servicios, según la función social que desempeñan y el grado de autonomía de la voluntad que se reconoce para las partes.

Ahora bien, la noción de CPS está indisolublemente vinculada al consumo. En términos económicos, se entiende por *consumo* la etapa final del proceso económico, especialmente del productivo, definida como el momento en que un bien o servicio produce alguna utilidad al sujeto consumidor.

El consumo comprende las adquisiciones de bienes y servicios por parte de cualquier sujeto económico (tanto el sector privado como las administraciones públicas). Significa satisfacer las necesidades presentes o futuras. Constituye una actividad de tipo circular, por cuanto el ser humano produce para poder consumir y, a su vez, el consumo genera producción. En consecuencia, según Ojeda Rodríguez, el acto de consumo, jurídicamente, es un acto jurídico que permite al consumidor entrar en posesión de un bien o disfrutar de un servicio, que se caracteriza, además, por ser un acto material consistente en utilizar el bien o servicio, objeto del contrato.¹⁸

Los contratos de consumo son todos aquellos a través de los cuales los consumidores realizan el acto de consumo que tiene por objeto la prestación de servicios; entendiendo por servicio

¹⁶ Esta no designa, exclusivamente, el aspecto del consumo, como actividad humana necesaria y etapa propia del proceso económico, sino que implica una cultura, un modo de vida, una organización del tiempo humano privado, para el consumo, de lo que otros intereses producen. *Vid. Gherzi et al.: Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores*, pp. 33 y ss.

¹⁷ Ojeda Rodríguez: «Los consumidores en el Código civil cubano: ¿protagonistas o actores de reparto?», pp. 146 y ss.

¹⁸ Por ello, existe una distinción entre consumidor jurídico y consumidor material. Ojeda Rodríguez (coord.): *Derecho de contratos...*, p. 216.

aquella esfera de actuación que tiende a solventar necesidades genéricas y disímiles de carácter público y social a través de la entrega en posesión de un bien, la realización de cierta actividad o la ejecución de un trabajo, que será desplegada por personas naturales o jurídicas autorizadas para ello y que habitualmente se dedican a ese fin.¹⁹

Partiendo de que los CPS son aquellos en que una persona presta un servicio a otra, para la satisfacción de determinada necesidad, a cambio de que esta última pague el precio establecido o convenido al efecto, todo ello dentro del término fijado, la doctrina contractual cubana, representada por Ojeda Rodríguez, alude a asumir los CPS como un contrato de consumo, cuestión que comparten las autoras de este trabajo.

Además, sostiene que los contratos de consumo no constituyen un tipo contractual determinado, sino que, por el contrario, con esta expresión se hace alusión a una categoría que atraviesa prácticamente todo el universo de los contratos, resultando incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir, o no, el carácter de contrato de consumo (aquel a través del cual se establece una relación de consumo en que una de las partes es consumidor y como tal se le dispensa la protección jurídica reconocida por el ordenamiento).²⁰

No obstante, las autoras se unen a las palabras de Labañino Barrera, por la conveniencia de la utilización de los términos de relación de consumo, y no los de contrato de consumo en sí mismo, ya que la relación de consumo es más amplia que la definición doctrinal de contrato de consumo, que solo incluye al consumidor que contrata, el que no necesariamente puede llegar a ser quien usa el bien para el consumo final; por tanto, el contrato de consumo excluye al usuario, mientras que la relación de consumo abarca a ambas figuras, ya sea como sujetos individuales o una pluralidad de sujetos indeterminados.²¹

Asimismo, en opinión de las autoras, comprende el período precontractual, el contractual *per se* y el poscontractual; por tanto, es prudente perfilar la tesis de considerar los CPS enmarcados en las relaciones de consumo y se estará protegiendo al consumidor en todos los momentos de la contratación.

Por otra parte, los CPS constituyen una institución jurídica, por lo que el estudio de cualquiera de ellas requiere del innegable análisis de la evolución histórica de aquella, lo cual conduce a su examen, desde su desarrollo en Roma.

¹⁹ Vid. Horta Herrera, Ojeda Rodríguez y Pérez Gallardo: «Los derechos del consumidor y su protección jurídica», en *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, p. 325.

²⁰ Ojeda Rodríguez (coord.): *Derecho de contratos*, t. 2, p. 218.

²¹ Labañino Barrera: «La protección civil de los consumidores en la compraventa celebrada en el comercio minorista cubano», p. 39.

A pesar de su enredada raigambre, varios han sido los autores que han tratado los CPS, no así los servicios personales. No obstante, las autoras consideran que su génesis parte del CPS, apreciándolo como el género, y el CPSP como un tipo contractual específico o una modalidad de aquel.

Se comparte el criterio sostenido por Sánchez Parra:

Por cierto que la nomenclatura que se ha utilizado es teórica, pues la prestación de servicios no es un contrato *per se* sino el género de las distintas modalidades conocidas como locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito y secuestro. En cambio, esas denominaciones son aplicables a las modalidades de los contratos innominados de doy para que hagas y hago para que des.²²

Hasta donde se ha investigado, existen pocos autores que hayan tratado la evolución histórica de los CPS; extranjeros, solo se pueden señalar: Solé Resina²³ y Arteaga Arteaga²⁴ y, nacionales: Rapa Álvarez,²⁵ Ojeda Rodríguez, Pérez Martínez y Fernández Martínez,²⁶ entre otros que abordan la génesis de tan importante y complejo contrato.

Desde el año 1692 a.C., el *Código de Hammurabi*,²⁷ una de las mejores maravillas legadas por la antigüedad y uno de los primeros intentos legislativos del ser humano encontrados en la antigua Mesopotamia, en sus leyes, indistintamente, hacía referencia a la locación, el arrendamiento y utilizaban la palabra *alquiler*. De las fieles palabras ilustradas en las leyes, se colige que: *arrendamiento* lo utilizaban para la tierra o el campo; *locación*, generalmente, para el alquiler de personas (un barquero, un pastor) y para el transporte de buques; y, por último, *alquiler*, para los animales (bueyes). Sin embargo, se aprecian los primeros vestigios normativos respecto

²² Sánchez Parra: «La desnaturalización del contrato de locación de servicios», p. 66.

²³ Solé Resina: «Delimitación del objeto del contrato de arrendamiento de obras o servicios», pp. 2-124.

²⁴ Arteaga Arteaga: «Características del contrato de prestación de servicios suscrito con personas naturales», pp. 1-41.

²⁵ Rapa Álvarez: *Manual de obligaciones y contratos*, pp. 67-112.

²⁶ Ojeda Rodríguez *et al.*: «Contrato traslativo del derecho de uso y disfrute onerosamente de un bien: el contrato de arrendamiento», en Ojeda Rodríguez (coord.), *Derecho de contratos*, t. 2, pp. 103-106.

²⁷ Por solo citar algunas: Ley 42 (Si uno ha tomado en *arrendamiento* para cultivarlo un campo, y no ha hecho venir el trigo, se lo declara culpable de no haberlo trabajado y pagará al propietario según el rendimiento del vecino); Ley 236 (Si uno dio en *locación* un buque a un barquero y este ha sido negligente y lo hunde o pierde, este barquero dará un buque al dueño). Ley 253 (Si un hombre tomó a su *servicio en locación* a otro hombre para estar a su disposición y ocuparse de su campo, y le confió un *aldum* [arado], le confió los bueyes, lo comprometió a cultivar el campo. Si este hombre robó grano y alimentos y si eso se encuentra en sus manos, se le cortarían las manos).

al CPS, aunque no nombrado así; además, se reconoce su subordinación y más ligado a la contratación para labores en el campo.

Por otra parte, la génesis de este contrato tiene la especial y compleja particularidad de estar reconocido, no como hoy, que la doctrina científica reconoce al CPS, sino que surge en el Derecho romano, como contrato de arrendamiento o locación (*locatio conductio*). Tal como sostiene Solé Resina,²⁸ a mediados del siglo II a.C., la *locatio conductio* se configura en Roma, junto a la compraventa, la sociedad y el mandato, como un contrato consensual,²⁹ aunque no se puede señalar un concepto específico acerca de este, lo que, basado en una conveniencia lingüística y ante las nuevas situaciones que se suscitaban en los órdenes político, económico y social, le asignaban la amplia denominación de arrendamiento o locación a todos aquellos contratos que tenían en común ceder el uso o goce de algo, mediante un precio, pudiendo ser el objeto cedido una cosa o un servicio.³⁰

De ahí, surge la teoría de la concepción unitaria del arrendamiento, criticada fuertemente por Díez-Picazo, al plantear que

esta forma unitaria de configurar el arrendamiento procede de la concepción romanista para la que *locatio conductio* presentaba tres variantes: *locatio conductio rei*,³¹ *locatio conductio operarum*³² y *locatio conductio operis*.³³ Con el fin de abarcar las tres variantes en una sola definición, se dice que el contrato de arrendamiento es aquel por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra un precio y ésta, a cambio de ello, a proporcionarle el uso y disfrute temporal de una cosa, a prestarle determinados servicios o a llevar a cabo una obra.

²⁸ Solé Resina: *Op. cit.*, p. 3.

²⁹ *Instituciones de Goyo*, 3, 135: «Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conditionibus, societatibus, mandatis».

³⁰ Valverde Valverde: *Tratado de Derecho civil español*, t. 3, p. 450, citado por Rapa Álvarez, *op. cit.*, p. 76.

³¹ En la praxis romana, era entendida la *locatio conductio rei*: cuando una parte, *locator*, le entregaba a la otra, *conductor*, mediante remuneración, una cosa para que la usara y disfrutara. Al conductor le correspondía la *actio conducti* para obtener la entrega de la cosa arrendada y de su uso y disfrute, y la *actio locati* para exigir la remuneración.

³² La *locatio conductio operarum*: cuando una persona se obligaba a realizar, frente a otras, ciertos servicios mediante remuneración. El conductor era el patrono y el *locator* era el obrero, los cuales tenían la *actio conducti* para exigir que el trabajo fuera realizado cuidadosamente y según sus instrucciones y la *actio locati* para exigir la retribución convenida.

³³ En la *locatio conductio operis*: el conductor debía entregar una obra terminada o reformada, encargada por el *locator* para ese fin. La *actio locati* le correspondía al que encargaba la obra y podía exigir su terminación, y el ejecutor de la obra tenía la *actio conducti* para exigir el precio convenido.

Es claro, sin embargo, que la unificación es puramente formal y que falta toda razón de unidad entre los contratos referentes a cosas, a obras y a servicios, como lo demuestra el hecho de que las pretendidas disposiciones generales del Código civil no pasen de ser meros intentos de definición, sin que exista, en rigor, ninguna norma común a todas estas figuras. La doctrina moderna prescinde por completo de la artificial unificación que todavía recoge nuestro Código civil (español), distinguiendo tres tipos contractuales independientes de arrendamiento.³⁴

Tras esta referencia, la prestación de servicios aparece, en ocasiones, dentro del arrendamiento de cosas, para ilustrar algún punto en concreto, pero sin un tratamiento sistemático.

EN VARIOS CÓDIGOS CIVILES

El CC francés o CC napoleónico, de 1804, regula el contrato de arrendamiento desde el Artículo 1708 hasta el 1831. Este código asume los criterios existentes acerca del contrato de arrendamiento según el Derecho romano, aunque se manifiestan notables diferencias. El contrato de locación de servicios (al que los autores suelen denominar, frecuentemente, *arrendamiento de servicios*) o locación de criados u obreros, como lo llama el código napoleónico, es un contrato por el cual una persona (el locador, servidor, trabajador, criado u obrero) pone su actividad o trabajo personal al servicio de otra (el locatario, amo, patrón y, más modernamente, empleador), frente a cuya voluntad se subordina, a cambio de una remuneración.³⁵

Según el Artículo 1708, existen dos clases de arrendamiento: el de cosas y el de obras y de industria, por lo que los franceses se ampararon en la concepción bipartita, al considerar los contratos de arrendamiento de servicios y el de obra unidos, no por separado (como lo trataron en el Derecho romano), incluso denominan al contrato de arrendamiento de servicios como de industria.

El criterio que establece el *Code* para distinguir ambos contratos es, precisamente, el hecho de regularlos indistintamente, uno en la sección primera (trabajadores), que los dedica a los servicios, obras o trabajos, distribuidos según una cierta medida de tiempo y ampliados como medio para obtener un resultado general para el amo; mientras que, en la sección tercera (contratistas de obra a presupuesto o ajuste), el objeto del contratante es la ejecución de un resultado prefijado, definido, convenido, encargado desde un

³⁴ Díez-Picazo y Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. 2, 6.ª ed., 2.ª reimp., p. 319.

³⁵ Este contrato reguló todas las relaciones que tuvieran por objeto una prestación de servicios. Se aplicó así tanto al servicio doméstico y al trabajo fabril como al trabajo de los empleados, preceptores, enfermeros privados, institutrices, cajeros, etc.

principio al obrero, y que este ha prometido realizar con su trabajo, a cambio de un precio hecho, con independencia del tiempo que se emplee.³⁶

El contrato de trabajo fue entonces introducido en el CC, pese a la naturaleza especial de su objeto y las normas que lo rigen, a fin de establecer en él las bases sobre las que debe reposar la legislación laboral. Este contrato se distinguiría de la locación de servicios en que esta tiene por objeto la prestación de servicios con subordinación del comitente.

El Código suizo de las obligaciones, al cual citan los legisladores como modelo, legisla el contrato de trabajo en forma autónoma, pero también es verdad que no trata, dentro de la locación conducción, a la locación de servicios. A lo más, la doctrina alemana distinguió la prestación de servicios *dependientes* de la prestación de servicios *no dependientes*, pero enmarcando ambas figuras dentro del género del *contrato de servicios*. En ella, está comprometida siempre la actividad humana, que es inseparable del hombre que se obliga a prestarla, el cual no puede ser equiparado jurídicamente con una mercancía. El criterio podría funcionar, en todo caso, como expresa Valdez Tudela, respecto de la distinción entre prestación de servicios y ejecución de obras, ya que lo debido no es la actividad personal, sino una obra, pero nunca al interior de la prestación de servicios.³⁷

El CC español de 1889 heredó los tres contratos establecidos en el Derecho romano, pero se afilió a la concepción bipartita, siguiendo al CC napoleónico, y lo reguló como contrato de arrendamiento, en el Artículo 1542, al plantear que el arrendamiento puede ser de cosas, obras o servicios. Luego, en el Artículo 1543, conceptualiza al arrendamiento de cosas: «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» y, en el 1544, une los contratos de servicios y los de obra, al conceptualizar: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto». Esta unificación es la principal diferencia con lo abordado en el Derecho romano y con el francés es el cambio de la conjunción y por la o, de lo que se colige que, en el Derecho español, el legislador comienza a diferenciar el contrato de arrendamiento de servicios del de obra, la existencia de uno crea la inexistencia del otro.

Las autoras consideran que el CC español fue muy parco al regular el arrendamiento de servicios. Solo aborda en cinco artículos las cuestiones que versan sobre el servicio de criados y trabajadores asalariados, en el Capítulo III (Del arrendamiento de obras y servicios), en su Sección primera (Del servicio de criados y trabajadores asalariados). En este, hace referencia a la limitante del tiempo que causa nulidad, que puede despedirse o ser

³⁶ Troplong: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, vol. 2, p. 787.

³⁷ Solé Resina: *Op. cit.*, p. 56.

despedido, que el amo será creído, salvo prueba en contrario, mostrándose el desequilibrio en la relación contractual, así como expresa los que no pueden despedirse antes del cumplimiento del contrato y el derecho a desposeerles las herramientas, como los edificios que ocupasen por razón de su cargo.³⁸

En opinión de O'Callaghan,

el Código civil regula con deficiente terminología y sistemática el contrato de arrendamiento (Título VI del Libro IV) englobando el de cosas (arts. 1546 y ss.), el de servicios (arts. 1583 y ss.) y el de obra (arts. 1588 y ss.). Incluir la prestación de servicios dentro del arrendamiento y utilizar tal terminología es un error sólo explicable por la inercia de mantener una consideración de la época romana: en ésta, el trabajo —prestación de servicios— lo realizaban los esclavos, considerados jurídicamente como cosas y su contratación, lógicamente, era por arrendamiento de cosa. Así, es incorrecta la terminología del Código: no es ni debe llamarse arrendamiento, sino contrato de prestación de servicios.³⁹

El CC alemán se elaboró entre 1881 y 1895, sobre la base del Proyecto de 1887, fechas que revelan que aquel fue conocido, aun en su primer proyecto, en tiempos de la redacción del CC español de 1889.⁴⁰ Sin embargo, las influencias de este proyecto en dicho Código son inexistentes, aunque no puede afirmarse lo mismo de las influencias del CC de Alemania (en alemán, Bürgerliches Gesetzbuch o BGB), que entró en vigor el primero de enero de 1900 en la doctrina jurisprudencial española relativa al arrendamiento de servicios. Por esta razón, se expone brevemente cómo se trata, en él, este contrato.

Arrendamiento de cosas y contratos de obra y de servicios: los diversos códigos germanos han renunciado al concepto de arrendamiento de servicios y a su vinculación con el arrendamiento de cosas, partiendo del concepto genérico de contrato de trabajo remunerado que subsume tanto el contrato de servicios como el de obra. Así, el Código prusiano de 1794 regula el contrato de servicios bajo la rúbrica general de *contratos sobre actividades* (Preuss. A.L.R., I, 11, párrafos 869 y ss.; en 894 y ss., se trata del concepto general de contrato de servicios, mientras que el contrato de obra está regulado en el 925 y ss.).

³⁸ Artículo 1583. Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.

Artículo 1584. El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste, por tiempo determinado, puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término; pero, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más. El amo será creído, salvo prueba en contrario [...] (Vid. artículos 1586 y 1587 del CC de España).

³⁹ O'Callaghan: *Compendio de Derecho civil*, t. 2, vol. 2, p. 7.

⁴⁰ Fernández Villaverde: «La cuestión social y el Derecho civil» (discurso).

El Código austriaco de 1812, por su parte, trata del contrato de servicios en el apartado que dedica a *los contratos sobre prestaciones de servicios* (Osterr. A.B.G.B., párrafos 1151 y ss., trata conjuntamente el contrato de servicios y el de obra como «contrato de salario»). El Código sajón de 1863 le otorga independencia, bajo la denominación técnica de «contrato de servicios» (Sachs. G.B., párrafos 1.229-1.242). De la misma manera procede el Derecho suizo de las obligaciones de 1881 (Schweiz. O.R. a.338-349, nuevo a. 319-362).

En cuanto al BGB de esa época, reguló el contrato de arrendamiento en el Artículo 535; el de obra, en el 631; y el de servicios, en el 611. Esta sistemática seguida por este código rompe con lo que venía regulándose acerca del contrato de arrendamiento de manera general. De tal forma, surge la concepción tripartita derivada de esta nueva concepción, sustentada en que se separan los contratos de obra y de servicios del arrendamiento, denominándolos *contrato de obra* y *contrato de servicios*.

El Artículo 611 preconiza que, «por el contrato de servicios aquél que promete los servicios se obliga a la prestación de los servicios prometidos y la otra parte a procurar la remuneración pactada. Pueden ser objeto del contrato de servicios, servicios de cualquier clase».

Es opinión de las autoras que, en realidad, la sistemática de este CC, además de los «ajustes» jurisprudenciales y doctrinales que se han realizado, conduce no solo a acoger las ideas del Modelo doctrinal alemán, sino a llevarlas a su grado más extremo. Esta fue la sistemática más avanzada de su época y no sería desacertado que todos los países acogieran este modelo, donde se concibieron tres contratos independientes.

Todas estas legislaciones aportaron, unas más que otras, al Derecho contractual cubano, cuyo principal antecesor fue el Derecho español, asumiendo la concepción bipartita, inicialmente derivado del contrato de arrendamiento.

Para la doctrina cubana, por contrato de arrendamiento se ha entendido históricamente aquel por el cual una de las partes se obliga con otra a proporcionarle el goce o uso de una cosa —o ambas—, o a ejecutarle una obra, o a prestarle determinados servicios, a cambio de un precio cierto en dinero o signo que lo represente; sin embargo, estas figuras que han recibido igual denominación son perfectamente diversas entre sí; por ello, en la actualidad, constituyen tres tipos contractuales que tienen regímenes jurídicos propios; aun cuando, en algunas legislaciones, los regulan en un título, tal pretendida unificación es puramente nominal, pues a continuación se establecen regulaciones separadas para cada clase de arrendamiento (*cfr.* Título VI del CC español).

Actualmente, la doctrina científica⁴¹ exige la separación de todas las relaciones que han venido conformando el conjunto jurídico del contrato de

⁴¹ Vid. Rapa Álvarez: *Op. cit.*, pp. 249-250.

arrendamiento heredado del Derecho romano, de manera que los códigos modernos, en su técnica legislativa, siguen esta posición científica. En consecuencia, cuando se hace referencia al contrato de arrendamiento, se está aludiendo solo al de bienes, excluyéndose de este tipo contractual lo que los romanos denominaron arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios. Se trata de contratos que hoy tienen otra denominación, para evitar confusiones con el primero y porque, ante todo, tienen un objeto propio, diferente al del arrendamiento; así, las legislaciones modernas, al regularlos, los han denominado: contrato de obra o ejecución de obra y contrato de prestación de servicios.⁴²

Por ello, las autoras asumen el criterio sostenido por la doctrina moderna, basada en la concepción tripartita del contrato de arrendamiento, dadas las particularidades de cada uno de ellos. No obstante, se presenta un breve bosquejo de su reconocimiento y tratamiento legal, que constituyen precedentes necesarios para la aplicación actual.

Referentes legislativos en códigos civiles iberoamericanos

A continuación, desde una perspectiva comparada, se presenta el estudio de 11 CC de países pertenecientes al sistema jurídico romano-francés, por existir correspondencia con el de Cuba. La vigencia, las regularidades y principales tendencias de las normas civiles que regulan los CPS, contrastando a su vez las diferentes posiciones doctrinales, permiten aseverar los disímiles criterios que existen en torno a la institución. Resultaría insuficiente comprender un sistema jurídico sin hacer el estudio de otro sistema de Derecho positivo por lo que, para ello, se utilizó el método de Derecho jurídico comparado y los países seleccionados fueron: México, Venezuela, Uruguay, Argentina, Chile, Ecuador, Perú, Brasil, Puerto Rico, Guatemala y España.

Los indicadores que se tuvieron en cuenta fueron: concepción normativa del arrendamiento o locación de servicios, o prestación de estos, en los CC seleccionados; concepto de CPS; características; elementos personales, reales y formales; obligaciones de las partes; efectos jurídicos y extinción del contrato.

Del análisis de las normas civiles, se puede afirmar que existen como tendencias:⁴³

— Una estandarización a regular los CPS dentro del contrato de arrendamiento, en total consonancia con las raíces históricas heredadas del sistema romano-francés al que pertenecen los 11 países analizados.

— Propensión de las legislaciones a conceptualizar a los tres contratos: arrendamiento de cosas, de obra y de servicios.

⁴² Ojeda Rodríguez *et al.*: *Op. cit.*, p. 96.

⁴³ Tendencia: propensión o inclinación en los hombres y en las cosas hacia determinados fines o doctrinas (*vid. Diccionario enciclopédico UTEHA*, t. 9, p. 1235).

— La mayoría de los CC regulan al contrato de arrendamiento de cosas,⁴⁴ su definición, obligaciones de los arrendadores y de los arrendatarios, la forma de extinción y dedican regulaciones especiales respecto a determinados bienes, como: casas, edificios, predios rústicos, entre otros, a diferencia de los CPS, cuya regulación, en algunos, es mínima (ejemplo: Guatemala).

En cuanto a la concepción normativa del arrendamiento o locación de servicios o prestación de estos en los CC:

— Una inclinación a asumir la concepción tripartita proveniente del CC alemán de 1900: ocho países se afilian a esta concepción, tres a la bipartita y ninguno a la unitaria.⁴⁵

— No existe uniformidad en la sistemática seguida por los CC en relación con la denominación y en la manera de concebir el CPS.

— Los CPS pueden ser denominados como arrendamiento de servicios (dos), prestación de servicios (cinco) y locación de servicios (uno).⁴⁶

— Algunos CC conciben el CPS como servicios domésticos o los equiparan con el contrato laboral.⁴⁷

— Algunos siguen la sistemática de regular el CPS de manera general y, después, reconocen tipos contractuales específicos o modalidades de dicho contrato, como transporte, depósito, mandato, hospedaje, entre otros; existen CC que recogen los contratos de servicios profesionales⁴⁸ como un régimen especial propio, no así los de servicios personales.

⁴⁴ Casi todos los reconocen como arrendamiento de cosas, arrendamiento y como locación de cosas solo lo reconoce Argentina en el Artículo 1187.

⁴⁵ Se afilian a la concepción tripartita: México, Argentina, Guatemala, Chile, Perú, Puerto Rico, Brasil y Ecuador. A la bipartita: Uruguay, Venezuela y España.

⁴⁶ *Vid.* Como arrendamiento de servicios: artículos 1941 (Ecuador) y 2006 (Chile); como prestación de servicios: 1251 (Argentina), 1629 (Venezuela), 2605 (México) y 593 (Brasil). El CC de Perú asume dos denominaciones: prestación de servicios, de manera general (Artículo 1755) y locación de servicios (1764), donde se reconoce como una de las modalidades de contratos nominados de forma específica. art. e servicios: art.

⁴⁷ Conciben el CPS como servicio doméstico: México (Artículo 2605), España (1583 y 1584) —que hace referencia a los criados y trabajadores asalariados—, Puerto Rico (1473) y Chile solo indica que, entre los artículos 1987 y 1991, fueron derogados los referidos a criados domésticos. Como contrato de trabajo, lo reconoce Venezuela (1629) y Puerto Rico (1476), al decir para los trabajadores asalariados, y no lo reconocen de forma expresa, como un contrato laboral: Brasil (593), Argentina (1252) y Perú (1764).

⁴⁸ Como contrato de servicios profesionales: México (Artículo 2606), Guatemala (2027) y Puerto Rico (1473), estos tres en capítulos independientes; no obstante, en Guatemala no se regula el contrato de prestación de servicios de manera general (en el Título XII, se establecen los contratos de servicios profesionales en 10 artículos). Hay leyes que no tienen un capítulo independiente como estos, solo se recoge en alguno de sus artículos (ejemplos: el CC de Ecuador, al referirse a los servicios de las profesiones, Artículo 2022; y, en Uruguay, se infiere del 1833, cuando se mencionan los servicios liberales.

Referente al concepto de contrato de prestación de servicios:

— Inclinación por tres de los CC a conceptualizar los CPS en el propio concepto de arrendamiento: Ecuador (Artículo 1896), Uruguay (1776 y, después, lo concibe como un contrato de obra) y Chile (1915, donde único lo recoge y, luego, se aborda el arrendamiento de criados domésticos sin definir nada). Por otro lado, Venezuela lo remite a la legislación laboral.

— Tres de los países lo registran unido al contrato de obra: Argentina (1251), España (1544) y Puerto Rico (1434); además de ser regulados de manera independiente en cuatro legislaciones: Brasil (Artículo 593), México (2606, en la prestación de servicios profesionales), Guatemala (solo en los servicios profesionales) y Perú (Artículo 1755).

En cuanto a los puntos de contacto acerca del contenido expresado en los conceptos: dos países llevan la delantera en la regulación del CRS (Argentina y Perú), los que lo regulan de forma muy parecida, precisando todos sus elementos esenciales, a saber: las partes (el prestador y el comitente), las obligaciones de cada uno (la de prestar el servicio, y la de recibirlo y retribuirlo con un precio cierto).⁴⁹

— Ningún CC hace alusión a las características del CPS; solo de la propia conceptualización, se derivan algunas de ellas, como que es oneroso conmutativo; no obstante, el CC de Argentina, en el Artículo 1251, plantea que puede excepcionalmente ser gratuito, y el de Uruguay, también lo admite en el 1832.⁵⁰

— Con respecto a los elementos personales, reales y formales, no hacen alusión las normas sobre ello, solo en Argentina, el Artículo 1251, que establece como elemento personal al prestador, al que va a prestar el servicio, y al comitente, quien lo recibe; y el 1254 trata la cooperación de terceros como una posibilidad. En Perú, en el Artículo 1758, se expresa un acápite sobre la prestación de servicios entre ausentes.

— Referente a los elementos reales, solo Argentina es la que se ha pronunciado en este sentido. En el Artículo 1278, enuncia que las normas aplicables son las de las obligaciones de hacer.

— Además puede ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales, según el Artículo 1765 del CC de Perú. En Chile,

⁴⁹ Hay un elemento característico de este contrato que ha causado discusión en la doctrina, que aparece de forma aclaratoria en estos conceptos y es como lo establece Argentina: «actuando independiente»; o como plantea Perú: «sin estar subordinado el comitente», pues si hay subordinación es considerado un contrato de trabajo.

⁵⁰ Otra de las características que se aflora solo en el CC de Perú, resultando muy interesante su regulación: enuncia, de forma expresa, cuáles son los contratos nominados y cuáles los innominados, además de reconocerlo en un título general de la prestación de servicios; después, regula las modalidades de prestación de servicios nominados e innominados. Como nominado, regula la locación de servicios, tal como aparece en los artículos 1756 y 1757. También el 1832 del CC de Uruguay se infiere que, si el contrato analizado fuera sin retribución, sería innominado.

según el 2006, pueden ser materiales; y en Uruguay (1833), materiales o inmateriales, mecánico o liberal.

— Las obligaciones de las partes solo se recogen siguiendo lo planteado al abordar los elementos personales: en el Artículo 1256, las del contratista y del prestador y, en el 1257, las del comitente. Además, los CPS profesionales, en Guatemala (2033) y Uruguay (1834).

— Acerca de la extinción del contrato, hay una propensión a establecer, como formas de extinción, el desahucio o despido de los criados sin justa causa: Brasil (Artículo 603) y Chile (1992 y 1993). Otra de las causas es que el prestador del servicio no posea título de habilitación o no satisfaga los otros requisitos exigidos en la ley: podrá cobrar una retribución normalmente correspondiente al trabajo ejecutado, además, puede atribuirse una compensación razonable (ejemplo: Artículo 606 del CC brasileño).

— Acerca de la muerte hay distintas posiciones; la más absoluta es la del CC brasileño, que plantea que se acaba un contrato de este tipo con la muerte de cualquiera de las partes (Artículo 607); en Argentina se reconoce de otra forma (1259). Perú regula la muerte y agrega la incapacidad del prestador del servicio (1763).

— Se puede establecer la rescisión del contrato (CC de Brasil, Artículo 609).

— En Guatemala, al concebirse una prestación de servicios profesionales: en caso de que el profesional no pueda continuar prestando los servicios, debe avisar con tiempo y, por tanto, hacerse responsable de los daños que cause (Artículo 2034); se aboga, además, por la rescisión del contrato, en los casos en que no esté conforme con su desarrollo, acto o conducta del profesional (2035) y el 2036 hace alusión a las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal, presten servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho a retribución y serán responsables de los daños y perjuicios que hayan ocasionado.

— En Perú, se estipula la responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos (Artículo 1762).

— Una causa de extinción de este contrato es el desistimiento unilateral (Argentina, Artículo 1261). Sin embargo, en Ecuador, el 1943 aduce que: cualquiera de las dos partes podrá dar fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiese estipulado.

El derecho a la salud e integridad física de los consumidores en los CPSP

Motivadas por la existencia, tanto internacional como nacionalmente, de los CPSP, así como por las afectaciones que pueden ocasionar a la vida, salud e integridad física de los consumidores de estos servicios en la praxis, se hace

necesario su estudio, por cuanto no existen referentes en la doctrina, ni de forma legislativa, acerca de estos.

Sin embargo, se considera que su inclusión en el CC cubano, por lo que abogan las autoras, traería beneficios: en cuanto a su denominación, se comparte el criterio que arguye López de Zavalía, en cuanto a que la denominación del tipo contractual no debe ser igual que la del subtipo, argumento preferible al equívoco que resulta de dar el mismo nombre a uno y a otro, con la necesidad de aclarar a cada paso (v.g., se emplea la expresión *locación de servicios*, en sentido amplio, para designar al tipo, y en sentido estricto, para aludir al subtipo).⁵¹

Por tanto, el tipo contractual de forma genérica sería el CPS, que les sirve a todos los otros subtipos o modalidades que lleven implícito la prestación de servicios y, como subtipo, los CPSP, por la influencia que ejerce sobre las personas y las obligaciones personalísimas concertadas.

Por otro lado, el hecho de incluir el CPSP como un subtipo, una modalidad o un tipo contractual específico, según expresa Lorenzetti, beneficiaría por las funciones que esto ejerce: facilitadora, delimitativa y de programación, las cuales son compartidas y asumidas por las autoras de la investigación. *Facilitadora*: facilita la obra de los particulares, de modo que no necesitan inventar el contrato cada vez que quieran realizar la operación jurídica; *delimitativa*: el tipo legal especial consagra un deber ser y, como tal, muestra lo deseable en el desarrollo de una finalidad económico-social específica (el apartamiento injustificado, sin base en el sentido común, del derecho supletorio, provoca una «desnaturalización» que, aplicada en sectores específicos, tiene efectos delimitativos). El tipo especial cumple una función de control, junto al orden público; y *de programación*: según esta función, el tipo establece, apriorísticamente, las clases de finalidades que el Derecho considera susceptibles de protección, definiendo figuras contractuales y las cláusulas que las caracterizan.⁵²

Otra cuestión importante para el análisis de estos contratos parte del criterio que ofrece Lorenzetti sobre la expansión del sector de los servicios en la economía contemporánea, la importancia que tienen para el presente y el futuro, y que constituirán la base del impulso económico; también, muy a tono con lo que expresó Trurow, en el sentido de que cada día interesan menos los productos y, cada vez más, los procesos; además, que la *habilidad* y el *conocimiento* adquieren nuevo valor económico, ocupando en la actualidad un amplio sector de la actividad económica.

Las autoras incorporan a sus fundamentos los tipos de servicios a que Lorenzetti hace referencia, tales como: contratos de servicios de función pública, servicios de infraestructura empresarial, profesionales y a los con-

⁵¹ López de Zavalía: *Teoría de los contratos*, t. 3, p. 8 (nota al pie).

⁵² Lorenzetti: *Tratado de los contratos*, t. 2, pp. 24-25.

sumidores, de los cuales tributan a esta investigación los dos últimos, en los que la profesión y el oficio son aspectos imprescindibles para definir estos contratos.

Por otro lado, existen autores que clasifican a los servicios como públicos y privados, a partir de quiénes son los sujetos que los prestan: si es el Estado, son públicos; si son prestados por un particular, son los llamados servicios privados, cuestión que no se ajusta a los CPSP, dado que estos pueden ser prestados por una entidad estatal o por un cuentapropista, que es una persona natural o una cooperativa no agropecuaria. De modo que el criterio que sostienen las autoras es que son servicios que se les prestan a los consumidores, que generalmente son privados y la nota distintiva es que la obligación que se contrae es personalísima, de ahí que se reconozcan como servicios personales. Tal como se ha expuesto, existen disímiles prestaciones de servicios, lo que trae como consecuencia que existan tantos tipos de CPS como tipos de servicios que se presten.

Para definir los CPSP, las autoras recurrieron a analizar las seis teorías jurídicas que ofrece Lorenzetti⁵³ para los CPS profesionales que han sido reconocidos en Iberoamérica, dado que es el contrato al que más se asemeja, además de establecer una diferenciación de dicho contrato con otras figuras afines (*contratos de compraventa, mandato, laboral y CPS profesionales*), lo cual permitió identificar los rasgos esenciales que no pueden faltar en dicha definición.

Las autoras consideran que el CPSP es de carácter civil, que difiere de varios contratos y se puede definir como aquel en virtud del cual un empleado, un arrendatario o un cuentapropista independiente, capacitado técnicamente para desarrollar un oficio, se obliga a favor de otra persona, llamada consumidor o usuario, a realizar una serie de servicios, a cambio de un precio, y es dirigido al cumplimiento de metas, horas, objetivos o proyectos. Este acuerdo no exonera a las personas que prestan el servicio de cumplir con las exigencias legales y las que contrajeron en los contratos inicialmente contraídos.

Referente a las características de este tipo de contrato, las autoras se acogen a la clasificación que ofrece la doctrina contractual cubana, representada por Ojeda Rodríguez,⁵⁴ considerándolo un contrato esencialmente *bilateral*, aunque puede constituirse de forma *plurilateral* (cuando lo presta una entidad estatal o cuando los cuentapropistas tienen otras personas contratadas a su cargo y, cada uno de ellos, se encarga de una actividad específica).

⁵³ En *Tratado de los contratos* (t. 2, Capítulo XXIII, «Contratos de servicios profesionales»), aborda las seis teorías jurídicas: del mandato, de la locación de servicios, de la locación de obras, del contrato atípico, del contrato multiforme y del contrato profesional (Lorenzetti: *Op. cit.*, pp. 596-604). Estas pueden servir de sustento a los contratos analizados en este trabajo por su similitud.

⁵⁴ Ojeda Rodríguez (coord.): *Teoría general del contrato*, t. 1, pp. 101-134.

Un contrato esencialmente oneroso conmutativo, salvo pacto en contrario, podrá ser gratuito. Desde el Derecho romano hasta la actualidad, fue concebido como *consensual*. Es un contrato *principal*, ya que existe por sí mismo; *atípico*, porque carece de una regulación legal y es típico socialmente; *innominado*, debido a que (aun cuando tiene una denominación especial en la Resolución No. 54/2018, del Ministerio de Comercio Interior, MINCIN) carece de una reglamentación particular específica en el CC cubano; *intuitu personae*, por la importancia que posee la calidad de la persona que contrata; *de ejecución de tracto sucesivo o de duración*, debido a que el cumplimiento de la prestación se prolongará en el tiempo hasta que se efectúe lo consensuado.

En cuanto a los elementos personales: no se ofrece coincidencia con la doctrina científica moderna foránea ni con la nacional; por ello, se aprecian diversas acepciones (gestor, comitente, prestador, además de depositante, porteador, entre otros, en dependencia del tipo contractual específico de que se trate), de las cuales, las autoras se afilian a nombrarlo, de manera general, *prestador o proveedor*, a la parte que presta el servicio, y *consumidor*, a la persona que lo recibe.⁵⁵ Además, se le nombraría a la persona que presta el servicio personal, según la actividad realizada: peluquera, barbero, masajista, maquillista, fotógrafo, lavandero, así como tantos servicios sean prestados en este sentido. Respecto a la capacidad jurídica de las partes, se aplicará lo atinente en el CC para los actos jurídicos civiles.

Otra cuestión importante a tratar son los elementos reales para este tipo de contrato: encontrándose, en sentido lato, las prestaciones derivadas de las obligaciones de hacer o no hacer desarrolladas por los proveedores o prestadores y las derivadas de las obligaciones de dar, efectuadas por los consumidores; en sentido estricto, serían las actividades realizadas o los servicios prestados que causen bienestar personal y, por la otra parte, la obligación de entregar el dinero según el precio regulado legalmente o convenido. En adición a esto, el objeto tiene que cumplir con los requisitos de ser lícitos, posibles, determinados y admitirse en el comercio de los hombres.

Por su parte, no se aprecia formalidad alguna que deban de cumplir los contratantes como elementos formales para que sean válidos estos contratos; solo se perfeccionan con el consentimiento de las partes. Al respecto, las autoras consideran que, por las características de estos servicios, se debe apreciar el consentimiento informado que se aplica en la salud pública cubana, donde los prestadores le informen y adviertan a los consumidores de las afectaciones a la salud e integridad física que pueden traer consigo estos servicios. Se aboga por la libertad de forma; no obstante,

⁵⁵ Asumiendo la posición de reconocer al consumidor como destinatario final de la adquisición de un producto o de un servicio, tal como se asume en Cuba, pues, en el ámbito económico, también es llamado *cliente* o *usuario*.

nada dificulta que se efectúen de forma verbal o que, de alguna manera, quede constancia de las advertencias, para que, ante alguna situación desfavorable, se tenga evidencia.

Otro aspecto a tener presente son las obligaciones de ambas partes. Se le reconocería, a los prestadores o proveedores: prestar el servicio acorde con los parámetros de calidad de lo normado y lo consensuado; advertir de todos los riesgos que implica a la salud e integridad física de los consumidores y dejar constancia del consentimiento informado; cumplir con todas las medidas higiénicas del local, de los instrumentos, utensilios, la materia prima para la preparación de los productos a utilizar; responder por las acciones constitucionales, civiles, administrativas, laborales y penales, ante la negligencia, impericia, culpa, infracción, delito cometido, entre otras, conforme a las normas pertinentes, según el caso, y exigidas por el consumidor.

Mientras, serán obligaciones de los consumidores: recibir el servicio y cumplir con el pago del precio convenido o según tarifas establecidas con anterioridad; firmar el consentimiento informado y tener el derecho de reserva de asumir los riesgos anunciados; quejarse ante el incumplimiento del prestador o proveedor del servicio; y accionar ante los órganos competentes, según el hecho y las consecuencias causadas al consumidor, entre otras que se deriven de la naturaleza del contrato.

Estos contratos se extinguen por muerte de cualquiera de ellos; cumplimiento del servicio y el pago por parte del consumidor; desistimiento de una de las partes; resolución del contrato ante el cumplimiento de uno y el incumplimiento del otro, so pena de indemnización; compensación, solo si es posible; por cierre del local o de la autorización para prestar los servicios; indemnización de los perjuicios derivados por ilícitos civiles y penales debido a negligencia, impericia, culpa, dolo, delito cometido.

Precisamente, por la existencia de las prestaciones de servicios personales, existen en la práctica cotidiana y, dadas las implicaciones que pueden darse a la salud, integridad física y hasta en la vida de las personas, se ha sustentado este trabajo, sin dejar de tener presente que cada día aumentan más las prestaciones de estos servicios, lo cual indica que pueden incrementarse las acciones civiles, administrativas, penales, entre otras y los juristas deben conocer su conceptualización y los efectos jurídicos que esto trae consigo.

CONCLUSIONES

1. En el ámbito doctrinal e histórico, se concluye que los CPS han sido reconocidos como una institución jurídica, desde el *Código de Hammurabi*

hasta la actualidad, con una regulación compleja, como parte de los contratos de locación o arrendamiento de servicios, ostentando las concepciones unitarias bipartitas o tripartitas, de las cuales bebe la doctrina contractual cubana y, en el siglo XXI, encuentra fundamento en los contratos de consumo.

2. Desde una visión de Derecho comparado, en la regulación de los CPS, las principales tendencias son: una estandarización a regularlos dentro del contrato de arrendamiento; no existe uniformidad en la sistemática seguida por los CC, en relación con la denominación y la manera de concebir los CPS: algunos CC los conciben como servicios domésticos, los equiparan con el contrato laboral y los servicios profesionales.
3. A partir de la sistematización teórica, histórica y comparada, se aprecia que los CPSP, en las relaciones de consumo, no encuentran fundamento, doctrinal ni legislativo a nivel internacional.
4. En Cuba existe un despertar en cuanto al reconocimiento de los derechos del consumidor, refrendados ya en la Constitución, y con la entrada en vigor en el ámbito administrativo de la Resolución No. 54/2018 y la Instrucción No. 5/2019.
5. La propuesta teórica realizada servirá de base para su legislación y su posterior aplicación práctica y que los operadores del Derecho puedan tomar decisiones más certeras, así como fundamentar legalmente cualquier reclamación ante los tribunales.
6. Reconocer este derecho como un derecho subjetivo, pues los CPS han dado un giro de lo administrativo a lo civil, al ser considerados, en la actualidad, como contratos de consumo, y que los jueces, no pueden estar ajenos a la implicación teórica en la praxis judicial, ante las nuevas condiciones socio-económicas existentes.

RECOMENDACIONES

Ante las insuficiencias normativas, se recomienda que:

- En futuras modificaciones al CC cubano, se incluyan los CPSP como un tipo contractual específico, dentro del contenido de los CPS.
- Se promulguen la Ley de protección al consumidor y su reglamento, extensivos a los organismos de la Administración Central del Estado relacionados con esto.
- Se socialicen estos resultados, para contribuir en la educación de ambos contratantes y, especialmente, a los operadores del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Arteaga Arteaga, Juan C.: «Características del contrato de prestación de servicios suscrito con personas naturales», Bogotá, Universidad Militar de Nueva Granada, 2014.
- Asamblea General de la ONU: *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, Nueva York, 2015.
- Atienza, Manuel: *El derecho como argumentación*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006.
- Cofré Lagos, Juan Omar: «Recensión: El derecho como argumentación», en *Jurisprudencia*, vol. XIX, no. 2, diciembre, 2006, Valdivia (Chile), pp. 285-292.
- Diccionario enciclopédico UTEHA*, t. 9, México D. F., Editorial Pegaso, 1953.
- Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., 2.ª reimpr., Madrid, Editorial Tecnos, 1992.
- Fernández Villaverde, Raimundo: «La cuestión social y el Derecho civil» (discurso), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 17 de noviembre de 1900.
- Flores Flores, Pavel Josif: «La sistematización de las normas contractuales. Del contrato civil al contrato de consumo» (tesis de especialidad), Lima, Facultad de Derecho, 2019, en file:///D:/New%20folder/23710719/flores_fpj..pdf [consulta: 3/11/20].
- Gherzi, Carlos A. et al.: *Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Buenos Aires, Editorial Organización Mora Libros, 1994.
- Horta Herrera, Emilia, Nancy de la C. Ojeda Rodríguez y Leonardo B. Pérez Gallardo: «Los derechos del consumidor y su protección jurídica», en *Lecturas de Derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000.
- Labañino Barrera, Maidolis: «La protección civil de los consumidores en la compraventa celebrada en el comercio minorista cubano» (tesis doctoral en Ciencias Jurídicas), Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2012.
- López de Zavalía, Fernando J.: *Teoría de los contratos*, t. 3, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 1992.
- Lorenzetti, Ricardo Luis: *Tratado de los contratos*, t. 2, Buenos Aires, Editorial Rubinzal y Asociados, 2000.
- O'Callaghan, Xavier: *Compendio de Derecho civil*, t. 2, vol. 2, 3.ª ed. (revisada y puesta al día por María B. Fernández González), Madrid, 2020.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la C.: «Los consumidores en el Código civil cubano: ¿protagonistas o actores de reparto?» (ponencia), La Habana, 21-23 de junio 2017.
- Ojeda Rodríguez, Nancy, Y. Pérez Martínez y M. Fernández Martínez: «Contrato traslativo del derecho de uso y disfrute onerosamente de un bien: el contrato de arrendamiento», en Ojeda Rodríguez (coord.), *Derecho de contratos, contratos en especie y responsabilidad contractual*, t. 2, La Habana, Editorial Félix Varela, 2015.
- Ojeda Rodríguez, Nancy (coord.): *Derecho de contratos, contratos en especie y responsabilidad contractual*, t. 2, La Habana, Editorial Félix Varela, 2016.
- _____: *Teoría general del contrato, Derecho de contratos*, t. 1, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006.

Partido Comunista de Cuba: «Actualización de los Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021», en <http://bohemia.cu/wp-content/uploads/2016/09/01Folleto.Lineamientos-4.pdf> [consulta: 4/5/18].

Rapa Álvarez, Vicente: *Manual de obligaciones y contratos*, t. 2, La Habana, Editorial Félix Varela, 2009.

«Resolución 54/2018, del Ministerio de Comercio Interior», en *Gaceta Oficial de la República*, no. 26, ed. extraord., La Habana, 4 de mayo de 2018, en <http://www.gacetaoficial.cu/> [consulta: 20/9/18].

Sánchez Parra, Alcides N.: «La desnaturalización del contrato de locación de servicios» (tesis de maestría en Derecho privado), Puno (Perú), Universidad del Altiplano, 2005.

Solé Resina, Judith: «Delimitación del objeto del contrato de arrendamiento de obras o servicios» (tesis doctoral en Derecho privado), Universidad Autónoma de Barcelona, 1996.

Troplong, M: *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, vol. II, Paris, 1840.

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ÁMBITO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Lic. Belsaida Pérez Rodríguez

Vicepresidenta en funciones, TPP de Camagüey

Resumen: El principio de seguridad jurídica ha sido un tema recurrente, pero no agotado, forma parte del motor impulsor que mueve al Derecho y, en el proceso penal, debe estar presente al momento de la valoración de la prueba, como salvaguarda del debido proceso. La problemática que justificó la investigación precedente estuvo dada por la inexistencia de pautas teóricas jurídicas referentes a la valoración de las pruebas, en el proceso penal en Cuba, que pueden lacerar la seguridad jurídica. Este artículo, a partir del debate teórico y doctrinal, trata de acercar estos temas a las dificultades que se presentan en la práctica judicial y realiza un juicio crítico de la actuación del juez en el ámbito de la valoración de la prueba, en aras de contribuir al reforzamiento de este principio.

Abstract: The principle of legal certainty has been a recurring theme, but not exhausted, it is part of the driving force that moves the Law and, in criminal proceedings, it must be present at the time of the evaluation of the evidence, as a safeguard of due process. The problem that justified the preceding investigation was given by the inexistence of legal theoretical guidelines regarding the assessment of evidence, in the criminal process in Cuba, which can damage legal security. This article, based on the theoretical and doctrinal debate, tries to bring these issues closer to the difficulties that arise in judicial practice and makes a critical judgment of the judge's performance in the field of evaluating evidence, in order to contribute to the reinforcement of this principle.

Palabras clave: principio de seguridad jurídica, valoración de la prueba, debido proceso penal.

Keywords: principle of legal certainty, assessment of the evidence, criminal due process.

El Derecho es el conjunto de las normas y regulaciones generales para nuestra especie y su objetivo fundamental es lograr que exista equidad y justicia, partiendo de que todo ordenamiento jurídico está siempre vinculado al momento histórico que se vive, el fin de la justicia que

anima al derecho es la seguridad jurídica (Aftalión y García, 1956, p. 319.), lo que permite que todos los ciudadanos lleven una vida plena, donde se les respeten sus derechos y garantías fundamentales y se les garantice un debido proceso.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. Es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente. En su sentido positivo, se da cuando existen normas reguladoras de la conducta humana, siempre y cuando estas sean públicas, previas, claras, manifiestas y se apliquen a todos por igual, por instituciones independientes que hagan parte de una estructura democrática.

En el ámbito penal, específicamente en la valoración de las pruebas, este principio debe ser el primer presupuesto para la salvaguarda de cualquier letra normativa y un patrón a seguir por los juristas, en especial los jueces, que son los encargados de impartir justicia. Seguridad y justicia deben ir de la mano; su defensa teórica y práctica constituye una guía estratégica que permite la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Superadas antiguas concepciones, llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, sin importar el recurso a los tormentos y al método inquisitivo a ultranza, la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto, sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho.

La seguridad jurídica se expresa en la sensación de certeza y seguridad de justicia, de protección, que espera el ciudadano que le inspire el Derecho, obteniendo de él amparo ante cualquier situación que considere antijurídica. Esta certeza de justicia puede lacerarse ante la ausencia de criterios normativos preestablecidos que pauten a los jueces acerca de la manera y la medida en que se valoran las pruebas en el proceso penal, lo que garantiza el debido proceso como derecho de amplio contenido.

Delgado Martín (1994) sostiene que la prueba en el proceso penal acusatorio está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes, en colaboración con el tribunal, al objeto de desvirtuar el estado de no culpabilidad respecto al delito que se le atribuye al acusado o derecho a la presunción de inocencia, el cual es el punto de partida de toda consideración probatoria en este proceso, que se inicia con la verdad provisional o interina de que el imputado es inocente. Continúa exponiendo este autor que, si la clave de todo proceso radica en la prueba, en el penal, adquiere dimensiones más trascendentes, por cuanto el principio de seguridad jurídica debe ponerse de manifiesto en este ámbito, para lograr una justicia plena.

Los avances técnicos y las innovaciones científicas han desarrollado esta importante cuestión en la que el papel de la jurisprudencia es clave,

pues solo regula un número reducido de clases de pruebas: declaración del acusado, documentos, examen de testigos, informe pericial e inspección en el lugar de los hechos. De ahí lo significativo de la contribución de la doctrina y las decisiones judiciales y, por ello, la necesidad de profundizar en el conocimiento de sus aportaciones, respecto a otros medios probatorios, como intervenciones corporales y cacheos, intervención de las comunicaciones y las que van proporcionando las nuevas tecnologías, todos ellos ignorados en la legislación procesal penal, aunque susceptibles de ser considerados en definitiva como pruebas periciales.

Al ser objetivo fundamental del Estado cubano la preservación del orden legal en la sociedad, la garantía del cumplimiento de la ley y la búsqueda de la justicia, como baluarte axiológico, es preciso contar con criterios eficaces, en el ámbito de la valoración de las pruebas. El ordenamiento positivo y la práctica judicial cubana, en materia penal fundamentalmente, demandan una orientación normativa para este proceso.

En la investigación científica fue imprescindible el debate teórico y doctrinal, con vistas a reformulaciones en torno al tema, así como a la búsqueda y proposición de soluciones efectivas a este inevitable problema, para garantizar la eficacia del Derecho cubano y la salvaguarda del principio de seguridad jurídica. Por todo lo anterior, el eje central de la investigación lo constituyó el siguiente problema científico: La inexistencia de pautas teóricas jurídicas referentes a la valoración de las pruebas, en el proceso penal en Cuba, puede lacerar la seguridad jurídica en este ámbito.

Para dar respuesta al problema, se propuso, como hipótesis científica, esta afirmación: La definición de determinadas pautas teórico-jurídicas referentes a la valoración de las pruebas pueden contribuir a reforzar la seguridad jurídica en Cuba. El objetivo general fue: Valorar la actuación del juez en el acto de valoración de la prueba y su contribución al reforzamiento de la seguridad jurídica en el proceso penal cubano.

Con la seguridad jurídica, el ciudadano aspira a una sensación de certeza y seguridad de justicia que le inspira el Derecho, esperando de él amparo, ante cualquier situación que considere antijurídica, certeza de justicia que se lacera ante este persistente problema; de ahí se desprende la importancia de su estudio y su estrecha vinculación con las garantías del debido proceso.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La procesión nominal del principio de seguridad jurídica, como la de otras importantes categorías de la teoría del Derecho, no ha sido la consecuencia de una producción lógica, sino el resultado de las conquistas políticas de la sociedad. La seguridad se instituye en un deseo enraizado en la vida psíquica del

hombre, que siente miedo ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido; la exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad (Pérez, 2000, p. 1).

La necesidad de la existencia de la seguridad, como una garantía esencial de protección y límite del poder, subsiste desde los propios tiempos de la formulación del Derecho. En la sociedad romana, sobre los años 460 a.C., se reformaron las normas que expresaban lo concerniente a la aplicación de justicia y su publicidad, como garantía de la libertad, cuestión que, con el decurso del tiempo, cambiaría la Ley de las XII Tablas (Fernández, 2002, p. 201).

Ya en los albores del año 1215, en Reino Unido, la Carta Magna expresó el compromiso entre la nobleza y el usurpador, y reconoció derechos a favor de los nobles, a cambio de la entrega de bienes muebles al rey, fijando límites y obligaciones al cobro real, como garantía y seguridad.

Sobre el contexto histórico que aconteció en Francia sobre los años 1643 y 1715, bajo el mandato de un gobierno monárquico¹ y despótico, el cual no reconocía ni obedecía a la majestad de las leyes y, aun menos, si no velaban por sus intereses y subsistencia; de hecho, las leyes se elaboraban por manos de la monarquía, por lo cual se encontraban anulados los intereses de la justicia y prevalecían los de la clase en el poder; el despotismo limitó y dificultó la consagración del principio de seguridad jurídica y «el desarrollo de la soberana potestad pública»

Entre los años 1715 y 1774 reinó Luis XV, quien, con su mediocre liderazgo, provocó una intensa crisis en todos los aspectos, generando un profundo trance en los órdenes políticos, legales y económicos. El régimen totalitario, con imposiciones como el pago del 30% del sueldo devengado por los súbditos a favor de los nobles, confluyó en la Revolución francesa, enmarcada en una «cultura revolucionaria de los derechos y libertades», que intentó dar prioridad a aquellos por encima del poder del soberano (López, 2011, pp. 121-134).

En este contexto del siglo xvii, con la aparición y el desarrollo de la concepción del contrato social, se comienzan a elaborar formulaciones doctrinales acerca de la seguridad jurídica. Uno de los importantes exponentes de la época fue Hobbes (1985), quien brinda la primera construcción al respecto, planteando que los hombres, al formar el Estado, a través del contrato, autorizan a este a utilizar la fuerza que necesite para garantizar la

¹ Gobierno monárquico de Luis XIV, de 1643 a 1715: se manifestó un total despotismo, entendido como la centralización desmedida del poder, en este caso en manos del monarca, quien lo justificaba, apoyado en el argumento de la divinidad del reino. El régimen dominante se muestra en la afirmación realizada por dicho soberano, quién expresó: «L'Etat, c'est moi» (El Estado soy yo).

seguridad de la paz y la fuerza común. Sin embargo, no debe desecharse del todo la noción que brindan Beccaria (1958) y Spinoza (1985), quienes veían la seguridad jurídica más bien como fundamento legitimador del poder, desdoblando así otro enfoque del mismo fenómeno.

Ferrari (2010) ha expresado que el hecho de que pueda marcarse esta etapa como el inicio de una elaboración más amplia, con mayor atención enfocada a la seguridad jurídica, condicionada por su franca oposición ideológica al absolutismo feudal, no niega que anteriormente esta estuviera latente en la conciencia del legislador y en el alma de la ley, como valor intrínseco a alcanzar y principio a respetar.

La atención y elaboración doctrinales más acabadas y perfiladas se desarrollan en el siglo XVIII con el utilitarismo filosófico y, más específicamente, con Jeremías Bentham (1981), como su principal precursor. Para él, solo es justo lo útil y, por tanto, todo lo útil es justo, y la seguridad en sí misma es justa desde el momento en que es directamente útil para producir bienestar en la comunidad.

La ilustración, como movimiento político de gran impacto jurídico, brindó un espacio de desarrollo y formulación a la seguridad jurídica, la que se plasmó en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, en 1789, cuyo Artículo 16 dice: «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución». Esta concepción de seguridad se presenta con una aplicación práctica directamente dirigida a la garantía de los derechos personales y patrimoniales, estrechamente vinculada a la exigencia de la tripartición de poderes, como garantía política de seguridad. Tal enfoque está permeado de las ideas iusfilosóficas defendidas en ese momento por el pensamiento racionalista de la burguesía.

En el siglo XX, sería Radbruch (1951) quien reanimó esta teoría e incluyó la seguridad jurídica en la trilogía de objetivos del Derecho positivo que, para él, son: la justicia, la seguridad y la finalidad, entendida esta como la serie de fines u objetivos político-sociales concretos que cada gobierno o régimen se propone alcanzar a través de un ordenamiento jurídico determinado, utilizando el Derecho como instrumento de transformación social.

Para Radbruch (1951), la seguridad jurídica y la justicia son objetivos permanentes e invariables del Derecho, a diferencia de la llamada finalidad, que se convierte en el elemento contingente y *sui generis*, en el que se refleja con claridad no solo el carácter dinámico del Derecho, sino además sus dimensiones política e histórica, en cuanto defensor de intereses predominantes en la sociedad en un momento determinado. Pero, incluso, advierte que la seguridad es el primer valor del Derecho como instrumento de acción social, colocándolo por encima de la justicia. En este caso, se analiza la seguridad como un objetivo, y no cualquiera, sino el principal del

Derecho. Si este no genera seguridad en la sociedad, no tiene razón de ser, pues no alcanzará su fin esencial (Ferrari, 2010, p. 33).

Consecuentemente con lo antes expuesto, en la visión burguesa de la seguridad no se trata a esta solo como valor social, sino, ante todo, como una concepción totalizadora de la existencia humana, orientada hacia la seguridad y la comodidad; en consonancia con esta idea, Legaz (1953) afirma que, en la vida personal, la seguridad como ideal representa el aburguesamiento, el egoísmo, la renuncia a lo heroico; significa, además, el desconocimiento de que la vida humana es por excelencia peligro e inseguridad. Más que el desconocimiento del peligro y la inseguridad de la vida, lo que expresa la seguridad jurídica es un intento de protección ante ello. El hombre vive buscando seguridad y también la busca en el Derecho.

En el socialismo, la seguridad jurídica debe ser considerada un principio intrínseco al Derecho mismo, mientras que es su contenido quien cambia y matiza sus fines. No existe una sociedad que, por esencia, pretenda brindar mayor seguridad que la socialista, a través de su contenido social, la garantía de la legalidad y la forma de elaboración colectiva que caracteriza al ordenamiento, producto de un proceso popular.

Pudiera pensarse, entonces, que si es intrínseca al Derecho no sería necesaria su regulación, pero este argumento excluiría también al resto de los principios y valores; sin embargo, no se ha renunciado a aplicarlos y defenderlos desde su enunciación positiva. La seguridad jurídica tiene en su contenido vocación social, es útil reformularla sin estigmatizaciones, reconociéndola como medio de defensa de nuevos y mejores ideales políticos y sociales.

A criterio de la autora, el concepto acerca de la seguridad jurídica es intrínseco al de la justicia en un primer momento (esto por ser la ley el máximo exponente de tal idea proveniente del Estado de Derecho); en este sentido, deberán entenderse todas las reflexiones acerca de la investigación realizada. Siempre que se analice la seguridad, se hará indisolublemente ligada a la justicia. Algunos autores de la doctrina cubana, como Ferrari Yauner y Prieto Valdés, han citado con anterioridad las palabras de Menéndez (1959), quien expresó:

Desintegrando la seguridad y la justicia como finalidades del Derecho y analizadas como valores cuyo rango es diverso, se nos podrán ofrecer profundas enseñanzas para la axiología jurídica, pero esta escisión las hará inservibles para dar aliento a un ordenamiento jurídico cualquiera, que si solo atiende a la seguridad, desentendiéndose de la justicia, tendrá la misma vida precaria del organismo animal o vegetal al que se le ofreciera solo hidrógeno o únicamente oxígeno, pero no la síntesis que en su integridad da la vida y la mantiene (1959, p. 244).

Con este análisis histórico, pudiera decirse que la seguridad jurídica es entendida según la época en que se viva, la ideología del momento o los

intereses que se defiendan. Muy atinadamente dice Esser (1961) que «la seguridad jurídica, en la tabla de los supremos valores jurídicos, cambia de rango a tenor de las diferentes culturas y concepciones sociales» (p. 107). La manifestación más lamentable y bochornosa de esta afirmación de que no solo la idea de seguridad, sino también la de justicia, pueden ser susceptibles de manipulación por una doctrina política irracionalista y de culto a la autoridad y a la fuerza fue, sin duda, la bochornosa experiencia del fascismo vivida por los pueblos europeos. Lo que propició que, en determinados momentos, la seguridad jurídica se pusiera al servicio de teorías y prácticas ilegítimas fue, precisamente, la ausencia de un marco de realización constituido por las libertades esenciales y los derechos humanos fundamentales (Menéndez, 1959, pp. 241-242).

En la actualidad, la propia existencia de este marco, al menos formal, conformado por el reconocimiento de los derechos y las garantías ciudadanos, tanto en instrumentos jurídicos internacionales como en las propias constituciones, es un paso de avance con impacto positivo, en aras del despliegue de la seguridad jurídica. Esta se convierte en un presupuesto indispensable para que esas libertades y derechos hallen su realización efectiva y no queden en el plano de las expresiones poéticas (Mezquita Del Cacho, 2002, p. 201).

En la contemporaneidad el principio de seguridad jurídica, así como el resto de los principios de actuación judicial, se han visto situados en una posición difícil y polémica, ante los ojos del nuevo escenario constitucional, esto a raíz de la problemática del alcance de las facultades de los jueces en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley, al momento de tomar una decisión al caso concreto que se somete; por ello, el proceso de valoración de la prueba se convierte en una pieza importante, al impartir justicia, pues forma parte de las garantías judiciales y del debido proceso el derecho que tienen las partes a la prueba, en el entendido de que el «debido proceso» es lo que controla un procedimiento establecido por la ley, en cualquier tipo de actividad que implique reconocimiento, declaración o detrimento de derechos por parte de cualquier autoridad pública, donde debe asegurarse la legalidad de las actuaciones, la defensa, la contradicción y la igualdad de las partes involucradas en el proceso; hacer lo contrario sería irrespetar los principios que rigen el debido proceso y, por tanto, afectaría a la seguridad jurídica.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

En un sentido amplio, se define la prueba como todo medio o procedimiento que tiene por finalidad la demostración de la verdad o la falsedad de un hecho o de un acto llamado a crear efectos jurídicos, todo ello dentro de las formas admitidas por el Derecho.

Algunos autores han expresado su idea al respecto de la manera siguiente: Cernelutti (1997) define la prueba como el medio que sirve para comprobar el juicio por medio de la ley; Capitán (1939), como la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley; el profesor Froilán Tavarez la ve como «[...] el procedimiento que sirve para demostrar la verdad de una proposición o realidad de un hecho» (1991, p. 220).

Adentrándose en el concepto de la prueba, esta es enfocada a partir de diferentes ángulos. En primer lugar, desde el punto de vista de su utilidad, se pueden establecer dos tipos: *prueba fin* y *prueba medio*. La primera es la actividad lógica y material orientada a la búsqueda de la verdad dentro de la realidad que se trata de investigar; la segunda es el conjunto particular de recursos que pueden ser autorizados para obtener la demostración de la verdad. Ejemplo de ello pudieran ser la prueba testimonial y la literal.

En otro orden, puede considerarse el enfoque que se orienta a verificar la actividad que deben realizar las partes en un proceso, pudiendo estas jugar dos roles: uno positivo y otro negativo. En cuanto al primero, se entiende que «todo aquel que alega un hecho en justicia debe probarlo», *actori incumbit probatio* (Artículo 1315, Código civil). El aspecto negativo o prueba en contrario se enuncia así: «la persona que invoca un hecho en justicia contrario a una situación adquirida de su adversario debe probarla» (Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, 1998, p. 1289).

En materia procesal, el camino para el establecimiento de la verdad viene a ser la prueba, ya que, en un juicio, a través de ella, se puede demostrar la certeza sobre la existencia de un hecho o su veracidad. La consecución de la verdad debe ser aprehendida mediante los sentidos y el uso de la razón, circunscrita dentro de un marco gnoseológico o cognoscitivo. Más aun, en términos empíricos, la verdad es lo que está conteste con la realidad.

Ahora bien, en el juicio jurisdiccional, no basta la existencia del hecho, ha de existir, además, la verdad jurídica, lo que en voz latina se conoce como *quaestio iuris* y, en el idioma cervantino, como cuestión de derecho.

De esto se desprende que, frente a la existencia del hecho, el juez siempre habrá de atenerse a la realidad del orden jurídico, nunca podrá fundamentar su fallo en una norma jurídica inexistente, ni tampoco podrá obviarla, si esta existe. Por último, en lo que concierne a la *verdad procesal*, esta alude a toda verdad que es develada, tras instruirse el proceso en la fase de juicio.

La prueba es un eslabón fundamental en el trabajo de los jueces. Los derechos de las personas sometidas a una decisión judicial dependen de que el juez realice un uso eficaz de la valoración de la prueba. La aceptabilidad de la decisión por todos los demás miembros de la sociedad también está sujeta a que los hechos que la sostienen hayan sido efectivamente «probados». Esta es una forma de proteger la actividad jurisdiccional del riesgo de la arbitrariedad y de reforzar la seguridad jurídica.

El proceso, comenta Maier (1998), cualquiera que sea su naturaleza, tiene como meta el establecimiento de la verdad, puesto que sin ella no hay cabida para impartir objetivamente la justicia y, por vía de consecuencia, el error judicial vendría a campear por sus fueros. En materia procesal, el camino para el establecimiento de la verdad viene a ser la prueba. Esto así, en razón de que a través de ella se puede demostrar la certeza sobre la existencia de un hecho o sobre la veracidad de un juicio.

Desde el punto de vista lexicográfico, la prueba se concibe como aquella actividad procesal tendente a arrojar en un juicio la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, ya sea en la esfera de lo positivo, o bien en el ámbito de lo negativo. Partiendo del criterio de la doctrina, tras glosar a Jeremías Bentham, se puede establecer que la prueba es un medio utilizado para el descubrimiento de la verdad de un hecho (Bentham, 1981, p. 68).

En la justicia objetiva, el arte del proceso consiste en administrar las pruebas. Ahora bien, en el ámbito de la casuística, cabe establecer ciertas diferencias entre el proceso penal y el civil, en tanto que uno se rige por el principio de investigación, y el otro por el dispositivo o de aportación. En efecto, en el penal, por ser de orden público, el juez ostenta un papel activo y, en mérito al principio de investigación, cae dentro de su imperio de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva.

Entre los principios rectores de la jurisdicción penal, cabe traer a colación el relativo a la presunción de inocencia, y el *indubio pro reo*. En buen Derecho, por imperio del primer principio, corresponde al ministerio público, en un juicio penal, destruir la presunción de inocencia que protege judicialmente al acusado de la comisión de un hecho punible para que pueda resultar condenado.

Pero en la fase preparatoria que lleva a cabo el instructor, tales principios son vistos de modo distinto, toda vez que este solo tiene como objetivo recabar pruebas y examinar el mérito de estas, a los fines de remitir a los responsables de un hecho ante la jurisdicción represiva. Estos principios cobran todo su imperio en la fase procesal pública, oral y contradictoria, en vista de que es allí donde se va a determinar la responsabilidad (culpabilidad o inocencia) del procesado.

En el ámbito de la justicia penal, corresponde al ministerio público aportar el fardo de la prueba, sin dejar ninguna duda razonable, puesto que, si existe alguna duda, para evitar el error judicial, el reo habrá de ser absuelto.

Como premisa, no existe verdad sin prueba y, en consecuencia, el juez, en su sagrado ministerio de otorgar a cada quien lo suyo, habrá de averiguar la verdad para realizar una correcta valoración de la prueba, máxime en materia penal, en cuyo ámbito no puede renunciar conscientemente al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, pues se incurriría en un error judicial.

Desde antaño, en el Derecho romano, se estableció el concepto de prueba, partiendo de los distintos medios existentes para demostrar algo. Así, la acepción primaria de la prueba consistió en hacer alusión al conjunto de recursos utilizados para la comprobación de un hecho. En esa época, la legislación llegó a contemplar cuatro medios probatorios: la confesión del adversario, la prueba de testigos, la prueba conjetural o de presunción y la escrita o documental.

En la actualidad, los tribunales para resolver un conflicto penal, como una de sus prioridades, deben tener en cuenta la valoración de la prueba, pues será esta la que contribuirá a fortalecer la sentencia con argumentos jurídicos y justos; o sea, el juez tiene que absolver o condenar. De ahí que, necesariamente, la investigación esté circunscrita por su fin y sea muy relativa, dominada por puntos de vista relevantes para el Derecho, en el caso concreto.

El objeto del convencimiento del juez, deducidos los resultados de la investigación o del debate, debe ser la comprobación de los hechos o de las condiciones esenciales para la existencia o la inexistencia de la imputación. El contenido de la prueba debe ser tal que los hechos de que se trata aparezcan como que efectivamente existieron en el mundo de la realidad, esto es, que vale el convencimiento de la realidad del hecho.

Para el juez es suficiente el propio convencimiento, honesta y seriamente fundado sobre el material recogido, porque la certeza moral, si bien es una representación completamente subjetiva, no puede dejarse a merced del capricho o de simples impresiones. La certeza moral debe apoyarse sobre la base de las pruebas y convertirse de este modo en certeza jurídica justificada y demostrada.

En fin, la valoración de la prueba es una actividad esencial del proceso. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer la fuerza de convicción de los distintos medios de prueba. Mediante la valoración de la prueba, el juez llega a unas conclusiones o resultados, que son afirmaciones instrumentales depuradas, que sirven de término de comparación con las deducidas inicialmente por las partes en el intercambio de alegaciones. Es precisamente la valoración la que da sentido a la actividad procesal probatoria, en tanto, solo a través de ella, las pruebas practicadas rinden su fruto, en la medida en que sirvan de sustento a la determinación fáctica de la sentencia.

El dilema del enfrentamiento del juez al complicado proceso de la apreciación probatoria ha preocupado siempre al Derecho procesal. La técnica del proceso ha tenido que arbitrar esta actividad a través de los llamados sistemas de valoración de la prueba, cuya definición constituye un acto de decisión de política legislativa, en cuanto a cómo se van a manejar las máximas de experiencia en el contexto de la valoración probatoria.

En el modelo de valoración de las pruebas en el proceso penal cubano, ninguna tiene valor determinado, por lo que la autora se afilia al criterio de la libre valoración de aquellas. El Artículo 357 de la Ley de procedimiento penal (LPP), que es el que faculta al tribunal a fallar, apreciando conscientemente las pruebas practicadas en el juicio; las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los acusados, reproduce el enunciado del Artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal española, de 1882, norma que dejó instituido, con criterio general, el sistema de la íntima convicción, visto como aquel en que el tribunal no está sujeto a ninguna regla valorativa, ni al deber de ofrecer las razones de su decisión, lo que fue matizado por el Acuerdo No. 172, de 1985, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), que desplaza el criterio de la íntima convicción hacia un modelo de sana crítica.

De manera general, la autora entiende que, en el ámbito de la valoración de la prueba, es importante que el juzgador con jurisdicción, al emitir alguna resolución o tomar decisiones que afecten derechos o disuelvan situaciones jurídicas existentes, fundamente correctamente esas resoluciones o decisiones que haya emitido por cuanto la ley así lo ha prescrito. Esta fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de Derecho en que se basan sus decisiones, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba. La simple relación de los documentos en el procedimiento, o la mención de los requerimientos de las partes, no sustituirá, en ningún caso, la fundamentación y la motivación de la sentencia.

Respecto al último elemento mencionado, en el modelo procesal cubano, se puede decir que, a pesar de ser una institución de profundo impacto en la concepción del debido proceso, y hasta en el planteamiento de los derechos subjetivos fundamentales, el deber de motivación carece de respaldo directo en nuestra Constitución cubana y en las normas procesales vigentes; solo la vigencia del deber de motivación vino a concretarse mediante el mencionado Acuerdo No. 172, de 1985, el que instituye criterios para la fijación formal de la prueba y obliga a dejar constancia de las razones de la decisión fáctica del tribunal, por lo cual tiene un claro ámbito de proyección hacia el acta del juicio oral y la sentencia, lo que nos aproxima a una transparencia valorativa que consagra la conversión del sistema de la íntima convicción en una fórmula de sana crítica.

CONCLUSIONES

1. En el contexto actual de las actuaciones judiciales, en el ordenamiento jurídico cubano, ciertamente, se ha evidenciado un desuso del principio de seguridad jurídica así como del resto de los principios de actuación judicial, pero la cuestión importante a definir es ¿qué importancia

tiene la fundamentación de las resoluciones judiciales con el principio de seguridad jurídica? La respuesta está en que los jueces, en uso de sus facultades jurisdiccionales, deben estar conscientes de que se está modificando la forma de vida de las personas. En tal sentido, como máximos exponentes de la ley y la justicia, solo pueden asegurar la protección de los derechos fundamentales de las personas por medio del principio de seguridad jurídica, pues este representa el compromiso del Estado con sus derechos.

2. La seguridad jurídica, relacionada con la valoración de la prueba, será el elemento que, en definitiva, garantizará la motivación de la sentencia, motivación que debe estar erigida sobre los supuestos de igualdad y justicia, en especial en la jurisdicción penal, donde suele litigarse como la restricción, o no, de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aftalión, E. y F. García: *Introducción al Derecho*, t. 2, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1956.
- Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1958.
- Bentham, J.: *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, Editorial Nacional, 1991.
- Capitant, H.: *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1939.
- Carnelutti, F.: *Derecho procesal civil y penal*, México D. F., Editorial PubliMex, 1997.
- Delgado, J.: *Curso del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, CGPJ, 1994.
- Esser, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Editorial Bosch, 1961.
- Fernández, J.: *Manual de historia general del Estado y del Derecho I*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002.
- Ferrari, M.: «Los principios de legalidad y seguridad jurídica como fundamentos del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba» (tesis doctoral), La Habana, Universidad de La Habana, 2010.
- Hobbes, T.: *Leviatán*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.
- Kelsen, H.: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.
- Legaz, L.: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1953.
- López, J. O.: «La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789», en *Prolegómenos - Derechos y Valores*, vol. 14, no. 28, Bogotá, 2011, pp. 121-134.
- Maier, J.: «El recurso contra la sentencia de condena. ¿Una garantía procesal?», en *Memorias del II Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales*, Camagüey (Cuba), 1998.

- Menéndez, E.: «Seguridad y justicia», en *Repertorio Judicial*, año xxxv, no. 9, La Habana, 1959.
- Mezquita Del Cacho, J. L.: *Manual de historia general del Estado y del Derecho I*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2002.
- Pérez, A. E.: «La seguridad jurídica: una garantía del Derecho y la justicia», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, no. 15, Sevilla, 2000, p. 1.
- Radbruch, Gustav: *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 123-124
- Spinoza, B.: *Tratado teológico-político*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.
- Tavarez, F.: *Elementos de Derecho procesal civil dominicano*, vol. II, Santo Domingo, Editorial Tiempo S. A., 1991.

LAS FAMILIAS CUBANAS EN EL CONTEXTO LEGISLATIVO Y JUDICIAL ACTUAL

Esp. Irma Rodríguez Moreno
Jueza profesional, Sala de lo Civil, de lo Administrativo
y de lo Laboral, TPP de Holguín

*«El jardín del amor es verde sin límite
y produce muchas frutas distintas de la tristeza o la alegría.
El amor está más allá de cualquier condición:
sin primavera, sin otoño, siempre está fresco».*

RUMI (POETA PERSA Y MÍSTICO SUFÍ DEL SIGLO XIII)

Resumen: Este es un trabajo dedicado a las familias cubanas de hoy, que destacan como un complejo sistema de relaciones personales, de filiación y conyugales, en el que concurren factores sociológicos, teológicos y filosóficos de conjunto con todo su bagaje histórico, apreciándose en sus elementos comunes como un grupo primigenio, en el cual se desarrolla la colaboración y la reproducción y, subjetivamente, operan los lazos afectivos basados en la sangre y en la afinidad; es donde se constituyen las relaciones principales de la persona, por lo que no es plausible que nuestra sociedad produzca leyes, bienes y alegorías sin su concurso, de manera que esta mirada se dirige a la reciente formulación pluralizada del legislador, al matrimonio, las uniones de hecho y otras instituciones afines a las familias, permitiendo el aporte de recomendaciones encaminadas a su perfeccionamiento legislativo y práctico.

Abstract: This is a work dedicated to today's Cuban families, which stand out as a complex system of personal, filiation and conjugal relationships, in which sociological, theological and philosophical factors concur together with all their historical baggage, being appreciated in their common elements as a primitive group, in which collaboration and reproduction develop and, subjectively, affective ties based on blood and affinity operate; It is where the main relationships of the person are constituted, so it is not plausible that our society produces laws, goods and allegories without their participation, so that this look is directed to the recent pluralized formulation of the legislator, to marriage, de facto unions and other institutions related to families, allowing the contribution of recommendations aimed at their legislative and practical improvement.

Palabras clave: familias, unión de hecho, reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado, matrimonio.

Keywords: families, de facto union, judicial recognition of non-formal marriage, marriage.

Las últimas décadas han estado caracterizadas por disímiles cambios globales, desarrollo en las tecnologías, asunción por la mujer de roles laborales que en épocas más distantes estuvieron reservados a los hombres, sin olvidar los vaivenes económicos a nivel mundial, incluso los efectos de las crisis, que han conllevado el cambio de los modelos clásicos de familias, desde las compuestas por padres e hijos hasta las monoparentales, intergeneracionales y homoparentales.

En otro orden está la existencia de familias cuya organización deviene con uno de los padres viudo o divorciado, asumiendo el rol de ambos en la crianza de los hijos; familias reconstituidas, donde la mujer aporta uno o más hijos y, a su vez, deciden tener otro; familias con hijos adoptados o sin hijos; y las familias homosexuales, en las que el hecho de no tener el respaldo legal en muchos países no ha sido un freno para su constitución y funcionamiento.

En las relaciones de pareja modernas, no siempre sus miembros mantienen un hogar común, incluso con la existencia de hijos procreados, lo que tiene su fundamento en la libertad que ha sobrevenido.

El matrimonio religioso ha devenido como una cuestión de fe y no de esquemas preestablecidos, modificándose el modelo tradicional de familia por el cambio de los valores, más si se tiene en cuenta que el avance tecnológico y las redes sociales han expandido los horizontes, aumentando la migración de las familias y la creación de otras de índole multicultural. Estos cambios no han sido asimilados por todos, prevaleciendo muchas veces esquemas, no obstante imponerse cada día más el desarrollo ascendente en todas las esferas de la vida, que debe lógicamente tomar el curso previsor del legislador.

Son infinitas las variantes en la reorganización familiar con nuevas formas de convivencia, lo que conlleva un alto poder de gestión en las relaciones personales, porque los adultos conviven en domicilios con niños, niñas y adolescentes de edades diferentes, padres distintos, con patrones educativos, alimentarios y religiosos que pueden no ser coincidentes, en espacios ambientados conforme a la situación económica (pequeños, en muchos casos), que rebasan los límites de una familia tradicional, tal como reconoce la cubana Patricia Arés.¹

El Código de familia (CF), Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975, es la ley sustantiva que fundamenta las instituciones familiares cubanas, y la acción personal de familia reviste un interés superior, pues es la base de la pirámide social, de manera que, a tantos años de promulgado y aplicado

¹ Arés Muzio: *Mi familia es así*, p. 164.

ese cuerpo legal, adquiere más relevancia en las circunstancias actuales, en las que las familias se constituyen, primero, por vínculos afectivos y, después, los jurídicos.

Resulta imposible soslayar esta disertación en Cuba porque la sociedad no se ha quedado estática, ha avanzado en todas las esferas de la vida y el tema es uno de los que más relevancia ha tomado en la actualidad, a partir de la promulgación de la Constitución de la República (CRC) de 2019, lo que nos lleva a efectuar un análisis en el trabajo de las contradicciones que se generan en torno a las familias en el contexto legislativo y judicial actual.

Las familias cubanas son como engranajes en los que sus miembros constituyen fichas con variados rostros, sentimientos, emociones, necesidades, aspiraciones y propósitos, donde niños, jóvenes y adultos tienen un papel rector en su funcionamiento. No existen familias mejores ni peores, sino modelos que se han adaptado en cada una de las etapas por las que han atravesado como grupo social, y todas esas manifestaciones están presentes en la práctica judicial cubana, a partir de los procesos en los que subyacen las relaciones de pareja.

A partir de 2019, Cuba se ha hecho eco de las concepciones más modernas de la familia, manteniendo como base los derechos de todas las personas a su fundación y, al efecto, el Estado las reconoce y protege, cualquiera que sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y garantiza así la consecución de sus fines.²

El tema sobre las familias fue el que más polémica generó en todos los ámbitos de la sociedad cubana, al estar matizadas las opiniones de determinados sectores por criterios limitantes que van en contra de la esencia del ser humano.

Los nuevos elementos que introduce el Artículo 81 de dicha Carta Magna, que determina su constitución por vínculos jurídicos o de hecho, es la naturaleza afectiva; se rescata el elemento emotivo entre sus miembros, a diferencia del Artículo 35 de la CRC anterior, en el que, a la familia se le atribuían solo responsabilidades y funciones esenciales para la formación de las nuevas generaciones, sin ese elemento espiritual.³

Además, establece que la protección de los diversos tipos de familias es regulado por la ley y, en este caso, el Artículo 82 parte del matrimonio como una institución social y jurídica, y una de las formas de organización de las familias, basada en el libre consentimiento e igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges, concepto que elimina el binomio hombre-mujer, a tono con las tendencias internacionales sobre el tema, y asertivamente no lo define debido a la manifestación que ha tenido en la impronta cubana la existencia de parejas del mismo sexo, determinando

² Cfr. CRC.

³ Cfr. Artículo 35 de la CRC de 1976, referido a la familia.

la ley la forma en que aquellas se constituye y sus efectos, a diferencia del anterior Artículo 36, según el cual el matrimonio era la única forma de la familia, señalando que la ley regula la formalización, reconocimiento y disolución de este, funciones de dicha institución que no se avienen con la igualdad de efectos que preconizó el Artículo 2 del CF entre matrimonio y reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado, y que el resto del articulado contradice.

El citado Artículo 82 introduce, además, la unión estable y singular con aptitud legal, que forme de hecho un proyecto de vida en común y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley.

EL CONCEPTO FAMILIA A TRAVÉS DEL TIEMPO

La base de la familia, desde la antigüedad, la ha constituido las relaciones de pareja y han coexistido familias que nacieron del vínculo matrimonial y otras no, presentándose como alternativa al modelo ancestral.

La palabra *matrimonio* deriva de la latina *matrimonium*, y se define como «unión legal del hombre y la mujer».⁴

Modestito, según consta en el *Digesto*, definió el matrimonio como «la unión del hombre y la mujer, consorcio de toda la vida, comunidad de derecho divino y humano».⁵

Durante las civilizaciones precedentes, se establecieron diferentes definiciones, por tratarse de algo profundamente humano y encarnado en la historia misma de la humanidad; es también el símbolo y el rito más antiguo y cultural de cuantos existen. Al respecto, Engels plantea que «el poco amor conyugal que la antigüedad conoce no es una inclinación subjetiva, sino más bien un deber objetivo; no es la base, sino el complemento del matrimonio».⁶

Todos los pueblos y culturas tuvieron ritos y costumbres matrimoniales, en relación con su propia idiosincrasia y concepción matrimonial, en orden a significar los diversos pasos del proceso hacia el matrimonio: elección del cónyuge, intervención del grupo familiar y social, compromiso o consentimiento, forma de contraer matrimonio, modelo de vida matrimonial.

El Artículo 2 del CF cubano, en su momento, representó un hito a la concepción del matrimonio tradicional porque borró los rezagos burgueses y eclesiásticos, dándole el carácter de una unión voluntaria, heterosexual entre sus miembros, aptitud legal para contraerlo y hacer vida en común, lo que no ha sido óbice para que los futuros miembros de la pareja también contraigan

⁴ De Toro y Gisbert: *Pequeño Larousse Ilustrado*, p. 510.

⁵ Fernández, Carreras y Yáñez: *Manual de Derecho romano*, p. 71.

⁶ Engels: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, p. 88.

matrimonio por la religión que profesen. También señaló que producirá los mismos efectos, tanto el matrimonio legal como el reconocido judicialmente, cuando se formalice o se reconozca, de acuerdo con las reglas establecidas en la ley.

Sin embargo, el concepto que enarbola la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer hoy en día está sujeto a muchas consideraciones, puesto que cada vez son más las familias cubanas que se constituyen a partir de parejas del mismo sexo, incluso miembros de ellos que, en otros momentos de su vida, estuvieron unidos de facto o matrimoniados con personas del sexo contrario y que aportan hijos a las relaciones actuales, además de otras parejas jóvenes que tienen una tendencia a la estabilidad, aunque no convivan juntos porque el vínculo afectivo es el sustentador.

Son varios los elementos que, desde el punto de vista doctrinal, deben revisarse en cuanto a la forma de manifestación del consentimiento actual en las relaciones de pareja, conforme a lo previsto en el CF:

— *Unidad*. Para concertarse entre un hombre y una mujer, cuando debe decir «miembros de la pareja».

— *Consentimiento*. Se manifiesta, a criterio de la autora, solo en el caso del matrimonio, en el momento de la celebración del acto, expresado de modo inequívoco por los contrayentes, pues el reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado es un proceso ordinario, contencioso, con un efecto pretérito que se contrapone al señalado elemento.

— *Perpetuidad*. Concepto eminentemente patriarcal, basado en el añejo criterio condicionante de la relación para toda la vida.

— *Formalidad*. El matrimonio conlleva someterse a las formas legales que se establecen en el Derecho positivo, respecto a su validación, a partir de la voluntad de los contrayentes, decretada ante funcionario público, investido de facultades para ese acto; en el reconocimiento judicial, no existe porque se acciona ante el órgano jurisdiccional, cuando la pareja ya ha convivido sin legalizar la unión, por lo que la sentencia es declarativa de un acto pretérito.

— *Intervención del Estado*. Para que sea formalizado el vínculo matrimonial es necesaria la presencia de un funcionario público que de fe del acto, mediante una ceremonia nupcial, con los dos testigos rubricantes; por su parte, el reconocimiento judicial del matrimonio es un proceso ordinario, donde el litigio es el elemento predominante, con escritos polémicos, sujeto a debate y probidad.

— *Disolubilidad*. En el matrimonio, se produce por el divorcio; en el otro caso, no existe, pues después de la separación o la muerte de uno de los miembros de la pareja, se reconocen las de fechas de inicio y de culminación de la relación.

En España y países latinoamericanos como Brasil, en los registros del estado civil, se han habilitado libros donde las partes declaran que van a

vivir en unión de hecho con los efectos que haya previsto el legislador, es decir hay un consentimiento.

Por ejemplo, en Honduras, se habla de unión de hecho, la que puede ser reconocida judicialmente por una sola parte, en caso de que haya oposición de la otra o haya muerto; no obstante, la sentencia deja sentada una declaración de hecho y no de un matrimonio, a pesar de que las normas relativas a los deberes y derechos de los cónyuges, así como su régimen económico, le son aplicables. Puede legalizarse, además, compareciendo las partes ante el alcalde municipal, el presidente del Consejo Metropolitano del distrito central o ante notario, para formalizar la unión, surtiendo todos los efectos de un matrimonio legal.

En Ecuador y Perú, la unión estable de un hombre y una mujer que no estén casados con terceras personas da lugar a una sociedad de gananciales, por lo que sus efectos son meramente patrimoniales. En El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, dejan librada la regulación de las consecuencias de la unión de hecho, sin que se establezcan concretamente cuáles son estas.

En la CRC de 1940 fue donde se trató, por primera vez en el país, la institución del concubinato, con la denominación de *matrimonio por equiparación*, pues la barraganería (como se denominó el concubinato en el medioevo español) había desaparecido cual institución, legándonos los españoles solo el matrimonio, que incluso fue impuesto a los indios, tal como señaló Capdequí;⁷ la equiparación resultó de interés familiar, debido a los cánones de la época, quedando siempre su carácter de derecho privado subyacente porque el fallo judicial sería por razones de equidad, siendo aplicable a los cubanos en el plano del Derecho internacional privado, acorde con la capacidad y el estado de las personas en la ley personal; sin embargo, el nombre histórico de esta forma de familia se encubrió con el vocablo *unión* y, a juicio del profesor Le Riverend, «este tipo matrimonial consistía —tal vez consiste aún— en un verdadero matrimonio, pero carente de formalidades; se mantuvo históricamente por disidencia de credo religioso, al no admitirse por la Iglesia Anglicana el Concilio de Trento»,⁸ debido a que el consentimiento, en este caso, es de no matrimonio y de no solemnidades, aunque, finalmente, lo define como *matrimonio anómalo*; empero, a criterio de la autora, no alcanza el verdadero sentido del término *equiparar* (comparar dos cosas iguales entre sí) y la escasa aplicación que tuvo antes de 1959 fue directamente desde la norma constitucional, al no tener ley complementaria alguna que la respaldara.

⁷ Ots Capdequí: *El Estado español en las Indias*, p. 7.

⁸ Le Riverend Brusone: *Matrimonio anómalo*, p. 37. El autor hace referencia a la posición enconada que siempre mantuvo la Iglesia Católica en cuanto a la unión de hecho, debido a la aguda lucha entre el formalismo y el consensualismo.

Los cambios en las conductas sociales en los últimos años han conllevado una corrida entre las distintas administraciones por regular las uniones de hecho (tanto heterosexuales como homosexuales), institución cuya implantación, en la mayoría de los países, es cada vez mayor y se presenta como la opción distinta al modelo tradicional familiar, basado en el matrimonio.

En la mayoría de los países latinoamericanos, no existe una ordenación acabada de la unión de hecho, recibiendo Cuba una influencia preponderante de los países exsocialistas; tanto es así que, ya en el Código soviético sobre la familia, en 1926, se reconocía la unión de hecho con efecto retroactivo.⁹

LOS TRATADOS INTERNACIONALES, LA FAMILIA Y LA CONSTITUCIÓN

Las regulaciones internacionales que protegen a las familias parten del derecho del ser humano a fundarlas, como la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo Artículo 16.1 establece que

los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.¹⁰

Es decir, a pesar de ser el matrimonio una institución que atañe a los particulares, es objeto de protección gubernamental e internacional.

Siguiendo la secuencia universal a que se hace mención, no puede dejarse de mencionar el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, de 23 de marzo de 1976, cuyo Artículo 23.1 regula a la familia como «elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»,¹¹ siendo más explícita la Resolución No. 44 de la Asamblea General de la ONU, de 8 de diciembre de 1989; su principio 3b asume que las familias tienen diferentes formas o funciones, según los países y sociedades y aun más, al expresar que «en consecuencia, el Año internacional de la familia debe abarcar y tener en cuenta las necesidades de todos los tipos de familia»,¹² de lo que se desprende que su defensa no solo se ha extendido a lo concerniente al matrimonio, sino a todos los tipos de familia, por ser el elemento básico de cualquier sociedad, además de ser considerada un derecho fundamental.

⁹ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰ D'Estéfano: *Documentos de Derecho internacional público*, p. 17.

¹¹ *Ibid.*, p. 18.

¹² *Idem.*

Por su parte, el Artículo 8 de la Carta Magna patria establece que lo proscrito en los tratados internacionales en vigor para la isla forma parte o se integra, según corresponda, al ordenamiento jurídico nacional, y la CRC prima sobre estos tratados internacionales, lo que consagra el principio de supremacía en su interpretación y aplicación; en materia familiar, se acogerá lo que corresponda en el anunciado referendo del CF, por la disposición transitoria decimoprimera, en tanto la ley suprema no dispone sobre la incorporación de los tratados.

Ahora bien, Cuba es signataria de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969, según la cual los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*) los instrumentos internacionales por ellos ratificados, por lo que ningún Estado podrá invocar las normas de orden interno para su incumplimiento, recordando que la anterior CRC no efectuó previsión alguna sobre este tema.

CÓDIGO DE FAMILIA VERSUS CONSTITUCIÓN: INSTITUCIONES, CONCEPTOS, CRITERIOS

De la Ley No. 1289/1975, se pueden conceptuar las formas de constitución de familias que refrenda, a partir de la institución matrimonial:

- *Matrimonio formalizado* es el concertado voluntariamente entre un hombre y una mujer, con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común, acorde con el Artículo 2.
- *Matrimonio reconocido* es el declarado en la sentencia judicial donde se hace constar la fecha de inicio y la culminación de la unión de hecho, sostenida *a priori* por sus miembros, en consonancia con el Artículo 18.
- *Matrimonio retrotraído* es aquella unión formalizada entre un hombre y una mujer, que retrotrae sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización de aquel, conforme al Artículo 19.

Existe un mutismo total por el legislador sobre la unión factual propiamente dicha. A propósito, un estudio estadístico acerca del estado conyugal de las madres de los hijos nacidos vivos en 1996 y 2005, tomados como muestra, ofrece resultados muy reveladores:

- 1996. En los 140 276 nacidos, 5410 de las madres eran solteras (3,85%); casadas, 52 602 (37,50%); viudas, 187 (0,13%); divorciadas, 234 (0,17%); acompañadas, 81 250 (57,92%); no informados, 593 (0,42%).
- 2005. En los 120 716 nacidos: madres solteras, 7069 (5,86%); casadas, 26 298 (21,79%); viudas, 51 (0,04%); divorciadas, 131 (0,11%); acompañadas, 85 398 (70,74%); no informados, 1769 (1,47%).

Al efectuar el análisis del estado conyugal de las madres, se puede observar que, entre ambos años, se produjo un decrecimiento de un 15,71%

de nacimientos en madres casadas; sin embargo, las acompañadas subieron a un 12,82%, lo cual denota que, en el país durante décadas, ha existido una marcada tendencia a formar familias sin que los miembros de la pareja se encuentren unidos por los lazos conyugales, por lo que el legislador debe poner coto al eterno dueto entre el matrimonio y la unión reconocida judicialmente.

CONTRADICCIONES EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

Contradicción 1. Dada por el hecho de que el mayor porcentaje de familias cubanas no surgen a partir de la unión de hecho reconocida judicialmente ni del matrimonio, por lo que deben ser previstas por derecho propio en el proyecto de CF, anunciado en la disposición transitoria decimoprimer de la CRC, sin restricciones, no solo las que devienen de la relación de pareja, pues sobre ese tema no se debe pretender un concepto estricto de la palabra *familia*, por cuanto también se constituyen por personas que no tienen vínculos consanguíneos, con el fin de mantener relaciones de convivencia, afinidad o sencillamente por cuidados, atendiendo a razones de edad o enfermedad.

Contradicción 2. Se presenta a partir de la promulgación de la Instrucción No. 244, de 15 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), cuyo Artículo 4.1 requiere de otro análisis en el matrimonio y el reconocimiento judicial para los casos de discapacidad y de gradación de la capacidad, pues los supuestos refrendados en dicho precepto son absolutos y las personas que se encuentran en tales casos no pueden contraer matrimonio porque carecen de capacidad mental para otorgar el consentimiento, que no es más que un acuerdo de voluntades (etimológicamente, proviene de *sentire cum*: sentir juntos, querer la misma cosa) que se manifiesta a través de una declaración expresa y tácita, de tal forma que exista concordancia entre la voluntad interna y la declarada, encontrándose en ese caso las personas que estén privadas del discernimiento para consentir libre y conscientemente, ya sea los enfermos mentales, o los retrasados; sin embargo, existen patologías, como la esquizofrenia, que muchas de las personas que las padecen tienen largos períodos de lucidez, y es la razón por la que la mencionada instrucción vino a resolver un añejo conflicto sobre el tema que deberá ser objeto de previsión por el CF.

En caso de impugnación del juicio de capacidad, obraría una presunción *iuris tantum*. A tal efecto, la Sentencia No. 596, de 31 de julio de 1996, del TSP efectuó una especial valoración sobre el ejercicio de la capacidad entre los miembros de la pareja, al señalar que

[...] aun siendo cierto que se diagnosticó por los especialistas que el recurrente tiene retraso mental ligero, agravado por el envejecimiento

normal, concluyeron que posee la capacidad para conocer sus actos y dirigir su conducta, y en consecuencia no puede considerarse siquiera restringida su capacidad para realizar actos jurídicos [...].

Contradicción 3. Se da porque los menores de 18 años no pueden reconocer el matrimonio judicialmente; sin embargo, son autorizados, excepcionalmente, las hembras de 14 años cumplidos y de 16 los varones, por las personas previstas en el Artículo 3 del CF y, cuando alguna de estas se negase al otorgamiento a los interesados, una hermana o un hermano mayor de edad podrá instar al tribunal competente para que confiera la autorización requerida, por lo que cabe preguntarse si la edad de 18 años será la única a preverse para contraer matrimonio de pleno derecho por parte del legislador.

Contradicción 4. Se expone a partir del Artículo 82 de la CRC, que reconoce la unión estable y singular, con aptitud legal, que forme de hecho un proyecto de vida en común y que, bajo la condiciones y circunstancias que señale la ley, genere los derechos y obligaciones que esta disponga. La unión de hecho no debe tratar de parecerse indefinidamente al matrimonio, pues en la vida se eligen los afectos, la armonía, el amor, los sentimientos, a partir de un principio de autonomía privada que no puede estar sujeta a regulación alguna, de manera que sus miembros puedan elegir libremente su forma de vida familiar y legal, haciendo valer sus derechos patrimoniales en el proceso que corresponda.

Contradicción 5. Está en el reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado, tanto *intervivos* como *mortis causa*, promovido por el miembro de la pareja sobreviviente o cualquiera de sus herederos, matrimonio en contra del principio de autonomía privada.

Múltiples son los ejemplos que secundan este criterio, desde la *praxis* judicial, cuando los órganos jurisdiccionales están obligados por la letra del Artículo 18 del CF a tener en cuenta los requisitos de la singularidad y la estabilidad entre los miembros de la pareja. Federico Engels, en el siglo XIX señaló: «¿No bastará eso para que se desarrollen progresivamente unas relaciones sexuales más libres y también para hacer a la opinión pública menos rigorista de la honra?».

El sentido de mantener un efecto pretérito donde se reviven todas las emociones más negativas de la pareja y de la familia ha cambiado, lado por el que no pasan las familias unidas por el vínculo matrimonial y donde existe la infidelidad, tanto del hombre como de la mujer, permitida y sostenida, cuando la causal del divorcio alegada, en caso de solicitarse, es la incompatibilidad de caracteres en la mayoría de los casos y el haber perdido el sentido la unión para ambos y la familia, pues hace muchas décadas quedó atrás el apartado uno del Artículo 105 del Código civil español, que señalaba como causa legítima del divorcio el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la

mujer,¹³ de manera que, al ser de conocimiento público esta situación fáctica, en la mayoría de los casos, la oposición más fuerte al reconocimiento judicial es el reseñado anteriormente; la unión de hecho debe ser prevista como lo que es, pues, aunque el legislador no la institucionalizó con ese nombre, está implícita en la figura del reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado y no deben inscribirse; en todas las familias puede haber disgustos, separaciones temporales. Basta ya de paradigmas, la vida del ser humano solo es perfecta en sus imperfecciones, aunque el matrimonio siga el curso previsto.

Y tanto es así que el CGTSP adopta el Acuerdo No. 329, de 5 de agosto de 1980 (Dictamen No. 108), debido a la problemática generada por la interpretación del Artículo 18 del CF porque, en el proceso de reconocimiento judicial, la sentencia tiene carácter meramente declarativo, al constatarse en ella la situación de hecho enmarcada en una fecha de inicio y otra de culminación de la relación, sentando pauta el referido dictamen, cuando señala que el estado civil de las personas en ese período es el de casados, previsión que tuvo como fin darle a esta institución el mismo rango que al matrimonio, a pesar de que los efectos se aproximan más al de un divorcio o a un matrimonio extinguido por fallecimiento de uno de los cónyuges.

El matrimonio, igual que el otorgamiento del testamento, debe ser un acto personalísimo y de cara al interior de las familias, pues la CRC no las jerarquiza.

Al tener ese carácter meramente declarativo, los efectos son diferentes a los de la sentencia de divorcio, en las que se hacen pronunciamientos sobre la patria potestad, se determina cuál de los padres conservará la guarda y cuidado de los hijos menores habidos del matrimonio, se dispone la comunicación con el padre a quien no se le conceda aquella, se fija la cuantía de la pensión que el padre que no los tenga bajo su cuidado debe abonar, además de hacer pronunciamientos en cuanto a la vivienda, siempre que ambos cónyuges sean sus titulares, por lo que, al poder accionarse indistintamente para cada uno el reconocimiento judicial, lejos de allanar el camino, lo ralentiza.

Contradicción 6. Consiste en la posesión del estado conyugal previsto por el legislador en el Artículo 22 del CF. Se refiere a una unión de hecho que no ha sido reconocida; no está dirigido al proceso a que se hace referencia, sino a cualquier otro donde no se pueda probar la existencia de una unión matrimonial, conforme con la Ley del Registro del estado civil, a los fines de que haga prueba de su existencia un proceso civil, penal o administrativo. Al efecto, puede citarse el delito de asesinato, previsto en el Artículo 264.1,¹⁴ del Código penal (CP); sin embargo, al consignarse en la

¹³ Norma hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889.

¹⁴ Según este artículo, el cónyuge que mate a otro, en matrimonio formalizado o no, incurre en las mismas sanciones previstas en el 263, como privación de libertad de 15 a 30 años o muerte.

parte final «y con los efectos, según el caso del Artículo 18», es otra dosis de lo rebatido anteriormente.

Contradicción 7. Se presenta en el régimen económico del matrimonio. El Artículo 29 no da lugar a convenciones previas, las olvidadas capitulaciones matrimoniales, quedando todo sujeto a la probidad, ante el órgano jurisdiccional, de lo adquirido por los cónyuges en la vigencia del matrimonio, dando lugar a la concurrencia de terceras personas, situación innecesaria que ha creado la propia norma y que es utilizada por los justiciables para inclinar el material probatorio a su favor.

Los cónyuges extranjeros, sin residencia en el país, constituyen otro de los puntos a tenerse en cuenta, pues adquieren bienes muebles e inmuebles, de los que, incluso, no figura como dueña la parte cubana, bregando en los órganos jurisdiccionales en reconocimientos de compraventas de viviendas, vehículos y nulidades de escrituras públicas, instituciones que no transitan a la par por el mismo sendero de la institución matrimonial.

Contradicción 8. Está en la discordancia entre las normas sustantivas y adjetivas familiares, al presentar un evidente retraso legislativo el CF en relación con la ausencia de un procedimiento familiar y, al efecto, primero la Instrucción No. 187, de 20 de diciembre de 2007 y, luego, la 216, de 17 de mayo de 2012, ambas del CGTSP, vinieron a tender un puente a: figura de los abuelos; escucha de niños, niñas y adolescentes; asignación de su custodia provisional; aseguramiento de bienes con la adopción de medidas cautelares, entre otras, dos normas en franca armonía y más en concordancia con la especial naturaleza de la materia familiar.

Contradicción 9. Se manifiesta en las relaciones paterno-filiales que ameritan una nueva formulación en la impugnación del reconocimiento paterno, pues el materno no se encuentra previsto y, además, en el articulado, el legislador expresó varios términos para ejercitar la acción, que se prestan a confusión, a pesar de ser la identidad un derecho fundamental del ser humano, conforme al Artículo 48 de la CRC.

Contradicción 10. Presente en la patria potestad, pues no es un término recíproco; deviene de la palabra *poder*: respeto, consideración, ayuda y obediencia de los hijos hacia los padres; sin embargo, no se previó por el legislador el sentido inverso para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad, que debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, conforme a la Convención sobre los derechos del niño:¹⁵ los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez, conforme al Artículo 12.1.

¹⁵ Cfr. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el Artículo 49.

Debería llamarse: Ejercicio de las relaciones entre padres e hijos; y preverse con un vínculo concomitante basado en el amor, los derechos, los deberes y las obligaciones.

Contradicción 11. Está en la guarda y cuidado, que contiene un elemento discriminatorio de preferencia a la madre y adolece en su formulación de los derechos de los hijos a ser escuchados.

El legislador debe introducir, además, la figura de los abuelos. Las reglas de comunicación deben reformularse y tener en cuenta a estos, los padrastros y las madrastras.

Contradicción 12. Se da en la cohabitación como deber de la pareja cubana que señala el Artículo 25 del CF, que ha trascendido al Derecho civil, familiar y administrativo, conllevando a cercenar derechos por una cuestión que atañe a la familia, pues lo que debe regir es el amor y la certeza de sus miembros.

Contradicción 13. Está en la omisión en la regulación de figuras como la violencia intrafamiliar, pues aún no existe en el Derecho familiar cubano la figura de la violencia, que puede provocar un grave y profundo deterioro en sus integrantes, por cuanto su alcance va más allá de simples informaciones estadísticas, solo se dispone de estimaciones sobre su magnitud; este desconocimiento se debe a la falta de denuncia de los casos y a la ausencia de estudios realizados sobre el tema a grandes masas poblacionales, entre otros; de ahí, la importancia que se le atribuye al análisis interdisciplinario al respecto, el cual abarca las esferas sociológica, médica, psicológica, criminológica y jurídica.

Es novedoso el Artículo 85 de la CRC, cuya formulación condena la violencia familiar en cualquiera de sus manifestaciones, a la que se considera destructiva para las personas implicadas, y es sancionada por la ley. Requiere una especial atención porque, al efectuar un análisis de diferentes legislaciones sobre el tema, unas se inclinan por la promulgación de leyes en contra de la violencia (como España); en otras (por ejemplo, Venezuela) está tipificada en el CP, dentro del delito de amenazas. Por su parte, los artículos 284, 285 y 286 del vigente CP cubano prevén y sancionan los delitos de amenaza y de coacción; sin embargo, la figura de la violencia en sí misma no consta, tampoco en el CF, donde la formulación no rebasa el marco de las obligaciones, los derechos y deberes.

Son estas las razones que llevan a la autora a entender que la proyección legislativa, en cuanto a la violencia, deberá encaminarse a su prohibición, a partir de su formulación y tipificación en el CP, para que, en cualquier proceso de la materia que sea, pueda remitirse a la figura que esté plenamente caracterizada en sus diversas formas por el legislador. Tal parecer se basa en la observación efectuada a partir del ejercicio de labor propia en la impartición de justicia, al haber apreciado violencia (por citar algunos ejemplos) en procesos de familia (divorcios por justa causa, determinaciones de guarda y cuidado, liquidación de la comunidad matrimonial de

bienes, sumario de alimentos, privaciones de la patria potestad); administrativos (de cese de la convivencia, reclamaciones de derechos sobre herencias, límites y colindantes); y civiles (adjudicaciones de herencia, testamentarias, contratos), entre otros, lo que permitiría al juez actuante evaluar cualquier tipo de violencia y remitirlo a los fines de su investigación por la posible comisión del delito.

Contradicción 14. En los centros asistenciales del Sistema nacional de salud, se aplican las técnicas de reproducción humana asistida, consistentes en la inseminación artificial y la fecundación extracorporal o fertilización *in vitro*.¹⁶ Se presume legalmente la paternidad y la maternidad de los que recurran a tales técnicas para procrear, pero no constan previstas en la legislación familiar, a pesar de ser una práctica generalizada en el país y haber nacido muchos niños y niñas por esos métodos.

Contradicción 15. Ausencia de previsión, en el Derecho de familia cubano, de los adultos mayores, figura que debe comprender integralmente los aspectos físicos, geriátricos, psicológicos, sociales y jurídicos, puesto que la familia, el Estado y la sociedad deben procurar las medidas tendentes a garantizar el pleno desarrollo de estas personas y su integración familiar, comunitaria y social, así como el afecto, respeto, la consideración, tolerancia y conservación de su salud.

Contradicción 16. Está en el CF, que prevé la tutela solo para incapacitados judicialmente, pero no los supuestos de la restricción en el ejercicio de la capacidad y la gradación de la capacidad, a partir de tomar las consideraciones de la Instrucción No. 244, de 15 de marzo de 2019, del CGTSP.

CONCLUSIONES

1. En la última década de la impartición de justicia en Cuba, el modelo de familia matrimonial, vale señalar la unión matrimonial estable y duradera de un hombre y una mujer con el proyecto común de tener y educar a los hijos, enaltecido como el único socialmente aceptable, ha sufrido un proceso de fuerte debilitamiento.
2. Se consolida el paradigma de la pluralidad de modelos de familia, que se postulan como socialmente legítimas, en las que el sexo adquiere un sentido en sí mismo, tanto dentro del matrimonio como fuera de él, que no aparece ligado solamente a la procreación.
3. La maternidad, impactada por los métodos de contracepción, incide en la disminución del número de hijos y el envejecimiento poblacional, conllevando la necesidad de la inclusión en la denominación de familia, tanto

¹⁶ Taliercio: *Manual de Derecho privado*, p. 33. La autora explica el concepto de ambas técnicas vinculadas a la filiación.

a la nuclear (basada en el matrimonio), como la extendida, así como las nucleares y extendidas no basadas en la formalización de la unión de los padres, completas o incompletas, que originan el nexo familiar.

4. La CRC ha trazado un camino basado en el respeto en su interpretación y los jueces tienen un papel protagónico en ello, pues su labor debe garantizar una efectiva tutela pública, basada en el respeto a los justiciables, desde la perspectiva de un Derecho de familia integrador, flexible, afectivo, inclusivo, plural y humano.

RECOMENDACIONES

A la Comisión de Estudios Jurídicos y Constitucionales, de la Asamblea Nacional del Poder Popular: Que, en la formulación del nuevo CF, no sea objeto de previsión el reconocimiento judicial de matrimonio, se mantenga el matrimonio retrotraído, se reconozca la unión de hecho como institución familiar sin inscripción en los registros del estado civil y que sus miembros hagan valer los derechos patrimoniales en el proceso que corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

- Arés Muzio, Patricia: *Mi familia es así*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 2002.
- Asamblea General de la ONU: «Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (Convención sobre los derechos del niño)», en <http://www.unicef.org/spanish/crc>.
- Código civil español (hecho extensivo a Cuba en 1889)*, La Habana, Jesús Montero Editor, 1956.
- Código penal (actualizado)*, La Habana, Ministerio de Justicia, 1999.
- Constitución de la República de Cuba, 1940, 1976, 2019.
- D'Estéfano, Miguel: *Documentos de Derecho internacional público*, t. 1, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1976.
- De toro y Gisbert, Miguel: *Pequeño Larousse Ilustrado*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1979.
- Engels, F.: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, La Habana, Editorial Ciencias Sociales, 1975.
- Fernández Bulté, J., D. Carreras Cuevas, R. M. Yáñez: *Manual de Derecho romano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2004.
- Le Riverend Brusone, Eduardo: *Matrimonio anómalo*, La Habana, Cultural, S.A., 1942.
- Ots Capdequí, J. M.: *El Estado español en las Indias*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1975.
- Taliercio, M. E.: *Manual de Derecho privado*, Editorial Quorum, Buenos Aires, 2003.

Envejecimiento Poblacional en Cuba



19,4% de la población cubana tiene 60+ en 2015.

30,4 % de la población cubana tendrá 60+ en 2030.

10 % de la población cubana tendrá ≥ 80 en 2050

Figura 1: Proyección de personas adultas mayores en 2015, 2030 y 2050

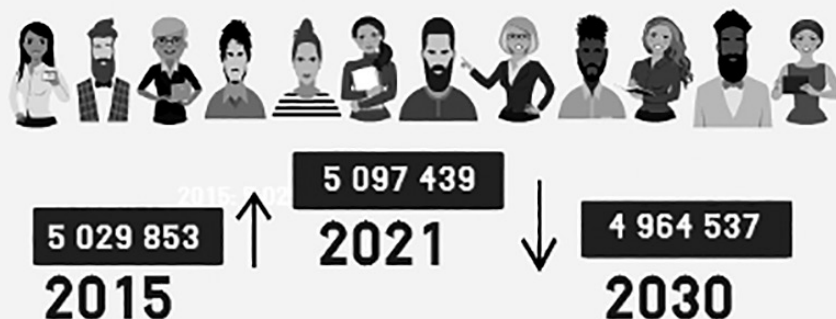


Figura 2: Proyección de Población Económicamente Activa en 2015, 2021 y 2030

Fuente: Anuario estadístico de Cuba (2015)

CUBA HORA

LA FAMILIA ENSAMBLADA CUBANA

Lic. Dayan Macías Vega

Juez profesional, TPP de Artemisa

Resumen: La familia ensamblada (FE), entre los tipos de familia de la contemporaneidad, es uno de los que más presencia tienen a nivel nacional e internacional. Se hace obligatorio su adecuado reconocimiento y protección, pues resulta contradictorio que, siendo tan alto su número, no cuente con un propicio régimen de amparo jurídico en los textos normativos cubanos. En este sentido, resulta atinado abordar lo referido a la responsabilidad alimentaria hacia el hijo de la pareja, como obligación subsidiaria y complementaria, la guarda y cuidado, un adecuado régimen de visitas y comunicación, el inadecuado vínculo por afinidad en sede de FE, la correlación que existe entre determinados artículos del Código penal (CP) y la Ley de procedimiento penal (LPP) con la FE, así como la relación que tiene el delito de encubrimiento con los miembros de esta tipología familiar, la posibilidad de que se reconozcan derechos sucesorios entre progenitores e hijos socioafectivos. En aras de contribuir a la solución de estas problemáticas, se desarrolló la investigación «Familias con derecho: La familia ensamblada cubana», con el objetivo general de demostrar la necesidad del reconocimiento y protección de la FE en los textos normativos cubanos, a los efectos de lograr amparo jurídico para sus miembros. En ese empeño, se utilizaron métodos teóricos y empíricos que han sido de vital utilidad para alcanzar los resultados esperados.

Abstract: The assembled family, among contemporary family types, is one of those with the greatest presence at the national and international level. Their adequate recognition and protection is mandatory, since it is contradictory that, being so high their number, they do not have an appropriate legal protection regime in Cuban normative texts. In this sense, it is wise to address what refers to the food responsibility towards the couple's child, as a subsidiary and complementary obligation, guardianship and care, an adequate regime of visits and communication, the inadequate bond by affinity in the seat of an assembled family, the correlation that exists between certain articles of the Criminal Code and the Criminal Procedure Law with the assembled family, as well as the relationship that the crime of concealment has with the members of this family typology, the possibility that inheritance rights are recognized between parents and socio-affective children. In order to contribute to the solution of these problems, the investigation

«Families with rights: The Cuban assembled family» was developed, with the general objective of demonstrating the need for recognition and protection of the assembled family in the Cuban normative texts, in order to obtain legal protection for its members. In this endeavor, theoretical and empirical methods were used that have been of vital utility to achieve the expected results.

Palabras clave: familia, familia ensamblada, alimentos, sucesiones, encubrimiento, reconocimiento.

Keywords: family, assembled family, food, inheritance, cover-up, recognition.

La familia representa la institución social más elemental, y ha estado presente en todas las civilizaciones conocidas hasta la fecha. Constituye un fenómeno activo que evoluciona de manera proporcional al ritmo de avance de la sociedad. Se puede asegurar que, a cada formación económico-social, le corresponde un tipo de familia preponderante; es decir, las relaciones materiales de la sociedad crean los diversos arquetipos de relaciones familiares. Así, un cambio en la estructura social implica otro en la correspondiente a la familia porque esta «refleja como una gota de agua las relaciones imperantes en la sociedad» (Mesa, 2007, p. 8).

Las últimas décadas, tanto en Cuba como a nivel internacional, han estado signadas por la transformación acelerada en casi todas las esferas de la sociedad. El modelo nuclear tradicional ha transmutado para lograr adaptarse a las exigencias y condiciones de la sociedad actual, adquiriendo nuevas características y denominaciones, por lo que se puede hablar de *familias* (no de *familia*), como resultado del surgimiento de estructuras anaparentales, monoparentales, homoparentales, extensas, compuestas y reconstituidas, siendo estas últimas las que ocupan el objeto de análisis en el presente artículo. Lo cotidiano de este fenómeno, su acelerado incremento y las cifras significativamente altas que lo demuestran han propiciado que se comiencen a gestar las bases de una configuración teórico-doctrinal por parte de los estudiosos del Derecho. En este sentido, autores como Cecilia P. Grosman, Gustavo A. González, Yosi M. Mango, Olga M. Castro, Rosa Velarde y Paula Siverino constituyen una muestra palpable del quehacer en todo lo referente a este tema. En el ámbito nacional, sin embargo, no abundan las investigaciones respecto a la FE, aunque cabe señalar la labor doctrinal de Leonardo B. Pérez Gallardo y Anabel Puentes Gómez.

Debido al escaso tratamiento de la temática por parte de los juristas, no existe un *nomen iuris* uniforme para este tipo de familia, por lo que se utilizan denominaciones tales como *familia reconstituida*, *ensamblada*, *recompuesta* o *mosaico*. Suelen ser definidas como las familias generadas a partir de la unión o matrimonio de una pareja, de los cuales al menos uno

de los miembros tiene un hijo o varios, que deberá(n) ser atendido(s) y educado(s) en el nuevo contexto familiar.

Los ordenamientos jurídicos actuales, en su mayoría, no brindan amparo a la FE como institución, permaneciendo sus miembros en un estado de indefensión. El progreso social ha dejado rezagada la norma jurídica, ocasionando insuficiencias y vacíos. La legislación acerca de la familia se ha centrado en la mujer, la protección al adulto mayor, los intereses de los menores, el matrimonio igualitario, pasando por alto lo relacionado con la protección de la familia reconstituida y sus miembros. No obstante, en países como Argentina y Perú, esta tipología familiar ha sido objeto de profundos estudios.¹

Las FE encuentran tutela legal en la Constitución de la República de Cuba (CRC) de 2019 y, aunque no se mencionan de manera específica, esto se puede inferir del análisis del articulado del Capítulo 3, denominado «Las familias». En el resto de la legislación que debe regular sus derechos y deberes, de forma específica, no se encuentra referencia directa a ellas. Por tanto, se precisa la incorporación en el normativo de un articulado que reglamente lo relativo a las relaciones entre los miembros de este tipo de familia, brindándole así la importancia que merecen y propiciando su correcto funcionamiento.

Con el objetivo de contribuir a la materialización de un adecuado régimen de protección a la FE, la autora desarrolló su investigación, centrando su interés en realizar, a partir de un análisis teórico-doctrinal, histórico y legislativo, un diagnóstico de las principales insuficiencias que hoy presenta la legislación cubana al respecto. A ello se sumó la elaboración de propuestas en el orden teórico y del perfeccionamiento normativo, conducentes a la configuración de mecanismos eficaces que, desde el Derecho, faciliten un efectivo amparo de la FE y las relaciones que mantienen sus integrantes. Hacia ahí se encauzan las conclusiones y recomendaciones incluidas en este artículo.

La investigación científica se realizó a partir de los siguientes presupuestos metodológicos:

Problema científico: ¿En qué medida la falta de reconocimiento de la FE, en los diferentes textos normativos cubanos, perjudica las relaciones existentes entre sus miembros y la protección de sus derechos? Con el propósito de ofrecer una respuesta anticipada al problema de investigación, se propuso como idea a defender la siguiente: Las leyes en las materias familiar, civil, penal y procesal no regulan de forma adecuada las relaciones que se generan a partir de los vínculos que se establecen entre los

¹ Vid. Código civil y comercial de la República Argentina (con una adecuada protección jurídica en este sentido) y la sentencia del Expediente No. 09332-2006-PA/TC, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de Perú, que da solución al caso conocido como Shols Pérez.

miembros de la FE, por lo que no encuentran la protección legal atinada en los diferentes textos normativos cubanos, lo cual atenta contra el adecuado desarrollo de las relaciones que emanan de este tipo de estructura familiar, provocando así una situación de desamparo y vulnerabilidad.

El *objetivo general* de la investigación fue: Demostrar las deficiencias en el reconocimiento y protección de la FE en los textos normativos cubanos, a los efectos de lograr amparo jurídico para sus miembros. Y los *objetivos específicos*: 1. Fundamentar los antecedentes históricos, jurídicos y doctrinales de la FE así como las principales insuficiencias que presenta la regulación de esta institución en sede familiar, penal y procesal penal; y 2. Argumentar los presupuestos teóricos que contribuyan, a partir del reconocimiento de los vínculos que se crean en el seno de la FE, a la eficaz protección de sus miembros en el ámbito penal y procesal penal.

Se emplearon tres *métodos* de investigación para la obtención de datos de fuentes teóricas (histórico-lógico, exegético-analítico y jurídico comparado) y otros tres para los de fuentes empíricas (observación científica, análisis de documentos y consulta a especialistas).

- *Histórico-lógico*: Con el propósito de esclarecer el contexto socio-jurídico en el que surge la FE y estudiar sus principales antecedentes. Desde una perspectiva doctrinal y normativa, permitió evaluar los principios rectores de la institución para construir el marco histórico y contextual del proceso de investigación.

- *Exegético-analítico*: Facilitó la comprensión y determinación del alcance de los diferentes cuerpos legales, partiendo de su articulado, para conformar los elementos que fundamentan la necesidad de una propuesta de criterios, en pos de perfeccionar el reconocimiento de la FE en los textos normativos cubanos.

- *Jurídico comparado*: Posibilitó el análisis de las diferentes corrientes doctrinales y legislaciones foráneas, con el objetivo de valorar las posturas que adoptan los ordenamientos jurídicos de otros países respecto al objeto de estudio, elementos que se tendrán en cuenta para el análisis de esa figura en el Derecho positivo cubano.

- *Observación científica*: Posibilitó el acopio de textos, artículos y legislación pertinentes, y experiencias aprehendidas en sede de FE, lo que permitió la constatación directa de la realidad de la aplicación de las normas referentes a la FE.

- *Análisis de documentos*: Útil para analizar, de forma coherente y sistemática, textos clásicos y modernos, de autores nacionales y extranjeros, con el objetivo de crear un criterio uniforme a partir del conocimiento de las polémicas existentes relacionadas a la FE.

- *Consulta a especialistas*: Permitió alcanzar una mayor comprensión acerca de las principales problemáticas que presenta el reconocimiento legislativo de la FE en los textos normativos cubanos.

La novedad e importancia del tema investigado están dadas por la determinación de las principales insuficiencias en la configuración teórica, doctrinal y normativa del reconocimiento de la FE y su protección en los textos sustantivos y adjetivos cubanos. Goza de actualidad, pues en este momento son necesarias propuestas para el perfeccionamiento de las normas reguladoras al respecto.

Para dar cumplimiento a los objetivos propuestos y brindar solución a la problemática que se plantea, la investigación se estructuró metodológicamente en dos capítulos, suficientes a juicio del autor, para alcanzar tales propósitos, dada la especialidad de la materia en la que se centró la investigación.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DOCTRINALES Y JURÍDICOS DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

La familia, célula fundamental de la sociedad, representa la institución donde se mezclan un conjunto de relaciones materiales y espirituales que, por lo general, se prolongan en el tiempo. Convergen en ella tanto el interés personal como el social. Es considerada la primera escuela del hombre, ya que es el «factor primario de transmisión de las pautas fundamentales de la vida social» (Mesa, 2007, p. 8). En ella, las relaciones intersubjetivas adquieren mayor presencia en la vida de los individuos, ya que implica un contacto y una interacción mayores a los que se dan en el mundo público.

En su origen, el vocablo *familia* se aplicaba a los esclavos: *famulus* es esclavo doméstico y *familia*, el conjunto de ellos (Fernández *et al.*, 2006, p. 67). Marx afirmaba que la familia moderna contiene el germen no solo de la esclavitud, sino también de la servidumbre, encerrando en miniatura todos los antagonismos que se desarrollan más adelante en la sociedad y en su Estado. Con el tiempo, el término sirvió, además, para designar a la esposa y los hijos, que también estaban bajo el poder del *pater familia*.²

Actualmente, la voz *familia* tiene diferentes acepciones, en dependencia de la ciencia que estudie el tema, e igualmente sus problemas serán enfocados desde ángulos distintos. No obstante, es a partir de la antropología y la sociología que la familia se convierte en objeto de estudio de otras ciencias.

En los documentos de las Naciones Unidas, la familia suele plantearse como una institución social de origen natural, basada en lazos de relación derivados del matrimonio, la descendencia o la adopción, y constituida —en su forma originaria o nuclear— por los padres, normalmente casados, aunque no necesariamente, y los hijos, unidos por lazos familiares

² Poseía amplias facultades de poder sobre todos los integrantes del grupo familiar.

fortalecidos por el amor y el respeto mutuos (Del Campo, 1995, p. 23). La Declaración universal de derechos humanos, en su Artículo 16.3, la define como «el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado», uno de los conceptos más conocidos y utilizados para referirse a ella como un grupo de personas con derechos y deberes. El Instituto Interamericano del Niño la reconoce como «conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan».³ La Real Academia de la Lengua Española contempla, entre sus acepciones, al grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.

Entre los diferentes autores no existe un consenso respecto a una definición uniforme del concepto de *familia*. Entre las más citadas, se encuentra la emitida por Castán Tobeñas, quien, en sentido amplio, la denomina como el conjunto de personas unidas por matrimonio o por el vínculo de parentesco natural o de adopción; se extiende a tres tipos de relaciones: conyugal, paterno-filial y parental (Castán, 1960, p. 25). Otra definición citada frecuentemente es la emitida por Díaz de Guijarro, quien la define como la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de filiación (Díaz de Guijarro, 1953, p. 313).

En el escenario jurídico cubano, y partiendo de las condiciones socioeconómicas imperantes, resulta atinado acogerse a la definición brindada por la cátedra de Derecho de la Universidad de La Habana, que considera a la familia como

un grupo de personas entre las que median relaciones económicas y sociales surgidas de una unión sexual duradera y del parentesco, en el seno del cual se da satisfacción a la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana; se mantienen, educan y forman los hijos y mediante una comprensión y colaboración mutua, socialista, se comparte [*sic*] la vida y los intereses comunes de toda la sociedad (Peral, 1980, p. 4).

NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

Mucho se ha debatido entre los estudiosos del tema acerca de la naturaleza jurídica de la familia, sin lograr arribar a un común acuerdo. Algunos autores radicales plantean que «carece de sentido pretender descubrir una específica naturaleza jurídica de la familia» (Bossert y Zannoni, 1988, p. 9), pues

³ <http://www.iin.oea.org/IIN2011/index.shtml> [consulta: 25/2/19].

esta no constituye una persona jurídica, ya que no es titular de derechos y obligaciones. Otros manifiestan todo lo contrario, sosteniendo la idea de que posee personalidad jurídica propia, basándose en elementos como el apellido, el domicilio familiar, la legítima y la existencia de un patrimonio dedicado a la satisfacción de las necesidades familiares.⁴

Algunos sostienen que la familia debe ser considerada una institución social conformada por el padre, la madre y los hijos menores no emancipados que conviven en el hogar familiar, reconociendo la autoridad materno-paterna y basándose en las pautas que dicta la sociedad. En este sentido, la familia es entendida como el núcleo de la sociedad, que actúa como un sistema, ya que sus miembros interactúan teniendo como base de funcionamiento las normas de convivencia de la sociedad organizada. Otros aseveran que la familia debe ser considerada una entidad natural, siendo, ante todo, prejurídica, no creada por el Derecho, y que este no alcanza a regularla totalmente, pues, más allá del parentesco, el matrimonio, la filiación y la patria potestad, existen aspectos psicológicos, afectivos, culturales y religiosos que sobrepasan las fronteras de la ley.

Por último, están los que catalogan a la familia como una institución jurídico-social, donde se establecen relaciones familiares, siendo reconocidas por el Estado a través de sus normas. Por tanto, los actos que se realizan tendrán la categoría de actos jurídicos. Esta postura es defendida por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: «la familia no solo es institución social, sino también jurídica dado que se organiza jurídicamente y es objeto de una reglamentación legal».

En las sociedades socialistas, y más específicamente en la cubana, el Estado protege, de manera singular, a las familias. Diversas leyes son ejemplo de la atención detallada que se les brinda, tratando de garantizarles las mejores condiciones para su desenvolvimiento y desarrollo adecuado en la sociedad. Tomando como base la legislación y, como referente, el actual contexto económico-social de Cuba, se puede afirmar que la familia «no es en sí una persona jurídica, sino una comunidad destinataria de afectaciones patrimoniales que el Estado tiene presente en los planes de desarrollo económico del país, como parte de la protección establecida en la Constitución de la República» (Peral, 1980, p. 4).

La familia desempeña un papel imprescindible para la adecuada estructuración y calidad de los procesos que se ponen de manifiesto a escala social. Las últimas décadas se han caracterizado por el aumento de estructu-

⁴ «Se podría definir el patrimonio familiar como cantidad limitada de bienes de cierta naturaleza, adscrita al sostenimiento de una familia y explotada directamente por la misma, que en razón de su propia adscripción y finalidad se declara por ley inembargable e inalienable y se somete a determinadas reglas de transmisión dentro del grupo familiar a que pertenece» (Fernández Clérigo: *El Derecho de familia en la legislación comparada*, pp. 507 y ss.).

ras familiares, que, si bien han existido desde siempre, no se manifestaban con la intensidad con que lo hacen en la actualidad. Esto no quiere decir que las funciones básicas de la familia, como por ejemplo, la crianza de los niños y su socialización, se vean afectadas. Todo lo contrario, el aumento y la diversificación de estructuras han permitido la adaptación de las familias a las nuevas realidades económico-sociales, posibilitando un mejor desempeño en cada una de sus funciones. La sociedad ha cambiado, y las familias han sabido responder a ese cambio; por lo que, en la actualidad, se puede hacer referencia a distintos tipos de estructuras familiares, entre las que se encuentran la familia nuclear, la extensa, la homoparental, la homoafectiva y la ensamblada.

FAMILIA ENSAMBLADA: DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS...

Por lo reciente que resulta el estudio de la FE a nivel mundial, no existe acuerdo entre los juristas respecto al *nomen iuris* que resulta más adecuado para referirse a ellas. Denominaciones como *FE*, *reconstituidas*, *reorganizadas*, *recompuestas*, *amalgamadas*, *mixtas*, *mosaico* o *familiastras*,⁵ *de segundas nupcias* o *rematrimoniadas* son usadas, indistintamente, por quienes han abordado el tema. Según Dora Davison, a pesar de que estas familias cuentan con una identidad propia, en la mayoría de los países carecen de nombre, lo cual redundaría en un perjuicio, ya que no se les confiere identidad y, además, no se establece quiénes pertenecen a ella y quiénes no, hechos estos muy nocivos, por cuanto identidad y pertenencia son necesidades básicas del ser humano (Davison, 2004, p. 24).

En diversos trabajos, sobre todo argentinos y peruanos, para referirse a esta estructura familiar, comúnmente, se utiliza el término *ensamblada*, acuñado por la psicóloga argentina María Silvia Donato, a fines de la década de los 80, tras la entrada en vigor de la ley de divorcio (1987). La creadora asegura que proviene de la música: un ensamble donde se pueden mezclar instrumentos musicales de diferentes características; y realmente sucede eso, pues repentinamente surge una formación, donde se combinan personas que poseen particularidades muy arraigadas y que, sin un vínculo previo lo suficientemente duradero, se ven envueltos en toda una dinámica familiar a la que no estaban adaptados (Donato, 2004, p. 14).

Diversos autores se han aventurado a definir lo que es la FE. Por ejemplo, la argentina Cecilia P. Grosman sostiene que *ensamblada* es aquella familia originada en el matrimonio o unión convivencial, cuando uno o am-

⁵ La terminología utilizada en inglés para designar a la familia ensamblada es *stepfamily*; aunque el prefijo *step* no posea una connotación tan despectiva como la tiene en el español el sufijo *astro(a)*.

bos integrantes de la pareja tienen hijos nacidos de una unión anterior, con o sin hijos comunes (Grosman y Martínez, 2000, p. 35). Enrique Varsi Rospigliosi, citando a la jurista María Berenice Díaz, mencionaba que la familia pluriparental o ensamblada es la estructura familiar que mantiene una persona con otra, en la que una de ellas, o ambas, tuvieron un compromiso previo (casado, separado, viudo, conviviente). Es la pareja en segundas nupcias, con hijos propios y comunes (Varsi, 2010, p. 50).

En el ámbito nacional, Leonardo B. Pérez Gallardo afirma que las FE están formadas por personas que constituyen una unión de hecho o un matrimonio, tras la extinción del primero (hoy, mayoritariamente, por divorcio), formando un nuevo hogar, en el que van a convivir, con carácter permanente o temporal, los hijos (generalmente los de la mujer) con los protagonistas de la nueva pareja. Fruto de esta unión podrán ser los nuevos hijos, a la sazón, medio hermanos de los anteriores de ambos progenitores (Pérez, 2012, p. 80). Por su parte, Anabel Puentes Gómez las define como aquellas familias que se ensamblan entre personas que han sido parte de una familia anterior y cuyo matrimonio ha sido extinguido por fallecimiento o divorcio de uno de los cónyuges, al igual que pudo haber existido una unión de hecho precedente, en la que se procrearon hijos (Pérez, 2012, p. 80).

Como se ha podido apreciar, no existen diferencias sustanciales entre las definiciones citadas anteriormente. No obstante, es un punto común entre todas el hecho de suponer que el (o los) hijo(s) aportados a la actual familia son fruto de una relación anterior. Si bien es cierto que el grueso de las FE lo constituyen viudos o divorciados, existen casos en los que los hijos no surgieron necesariamente de una unión. Resulta atinado pensar en la posibilidad que existe de que surja una FE por la unión de un hombre y una mujer que aporta a la relación una hija que es fruto de inseminación artificial. Es por ello que no debe hacerse referencia a la procedencia de los hijos. Entonces, se podría afirmar que la FE es aquella unión o matrimonio entre dos personas, en la que, al menos una de ellas, aporta uno o más hijos.

Como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la determinación del modelo de familia a constituir, dos personas pueden formar una FE sin necesidad de casarse, solo a través de una unión de hecho. Parejas heterosexuales y homosexuales tienen derecho a fundar FE, en pleno ejercicio de su derecho a la igualdad y a la no discriminación. Existen muchas legislaciones que han establecido el matrimonio entre personas, sin hacer distinción de género. Resulta esa una práctica que debería ser aceptada y adoptada por los diferentes Estados.

Teniendo como base el análisis expuesto sobre la definición de la FE, y tomando como referencia una investigación realizada por la psicóloga María Silvia Dameno, se puede presentar el siguiente conjunto de elementos distintivos que hacen que esta tipología familiar tenga estructura y dinámica propias:

1. Al menos uno de los cónyuges proviene de una relación anterior, es decir, sufrió la muerte de su pareja o atravesó un proceso de separación.

2. Se viola la secuencia natural por la que atraviesa una relación sin hijos, pues, desde el primer momento en que comienza la unión, surge la necesidad de lidiar con el (o los) hijo(s) existente(s).

3. Hay necesidad de establecer una relación (real o virtual) con el excónyuge y su familia, lo cual, en numerosas ocasiones, puede resultar molesto e incluso intolerante, sobre todo cuando existen discrepancias.

4. Existe un vínculo afectivo padre-hijo que precede a la relación y, por lo general, suele ser más intenso que el que pueda existir entre la nueva pareja.

5. Se duplica la familia extensa, pues se suman nuevos abuelos, tíos, sobrinos y primos, quienes deben fijar algún tipo de vínculo.

6. Es común que los hijos tengan dos casas (una de cada excónyuge), y que visiten con bastante frecuencia e, incluso, duerman en la casa del progenitor con el cual no conviven.

7. Se crean conflictos de convivencia, pues, por lo general, el nuevo miembro tiene hábitos distintos a los que ya posee el padre o la madre y su hijo o hijos (Damenó, 2001, pp. 4-6).

Una de las diferencias fundamentales entre las FE y las nucleares es que, desde que surgen las primeras, se pueden observar en ellas tres o más integrantes: los dos adultos con un(a) hijo(a), o más. Los términos para designar a los miembros de la FE son extremadamente peyorativos: padrastro, madrastra e hijastro(a).

Tanto las madrastras como los padrastros han sido estereotipados por la sociedad, presentándose como personas crueles e indeseables. El término *padrastro* proviene del latín *patraster*, despectivo de *padre*. En sentido figurado, puede significar «mal padre», «estorbo». El *Diccionario* de la Real Academia Española (RAE) define *padrastro* como «el marido de la madre, respecto a los hijos habidos antes por ella». Otra acepción es la que lo define como «obstáculo, impedimento o inconveniente que estorba o hace daño en una materia». Por su parte, el término *madrastra* es despectivo de *madre*, y según el *Diccionario* de la RAE es «la mujer del padre respecto a los hijos llevados por este al matrimonio» y «cosa que incomoda o que daña». El término *hijastro(a)* ha servido para designar al hijo(a) del padre o la madre que ha decidido tener una nueva unión familiar en contextos donde aquellos se han integrado satisfactoriamente. La utilización de términos despectivos atenta contra la cohesión de la FE y la consolidación de los vínculos entre sus miembros. Vale la pena recordar que este tipo de familia, por lo general, nace de una pérdida o una separación, y todo aspecto negativo pudiese atentar con su equilibrio y la construcción de los lazos afectivos.

Resulta necesaria la incorporación al vocabulario popular de términos ya existentes, adaptándolos ahora a un nuevo contexto, como, por ejemplo,

afín, utilizado para designar el parentesco existente entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Surgen así denominaciones tales como «padre afín», «madre afín», e «hijo afín». Por lo general, se asocia el término *afín* con el matrimonio existente entre la pareja, obviando el vínculo que se crea entre personas que han decidido desarrollar su relación amorosa mediante una unión de hecho. En estos casos, el vínculo socioafectivo es tan fuerte como cuando la unión se ha formalizado, y las personas lo sienten como si hubiese un matrimonio. Al respecto, Grosman y Martínez Alcorta apuntan que «no debemos olvidar que, desde el punto de vista del funcionamiento social, no es relevante distinguir si la nueva familia se ha originado en un matrimonio o en una mera unión de hecho, aun cuando desde la esfera legal se puedan marcar diferencias».⁶

Quizás sea prudente comenzar a utilizar otra expresión para designar a los miembros de esta tipología familiar, pues es bien sabido, entre los juristas, que el vocablo *afín* se utiliza para designar el parentesco entre los parientes consanguíneos de un cónyuge respecto al otro. Tanto *padre afín* y *madre afín* como *hijo(a) afín*, en este contexto, hacen referencia a la existencia de un matrimonio y, consecuentemente, al vínculo por afinidad, aunque sea doctrinalmente aceptada la creación de una FE a partir de una unión de hecho.

Sería oportuno encontrar una manera eficaz e inclusiva de designar a los miembros de estas familias, tanto las que se fundan a partir del matrimonio como las que lo hacen a partir de una unión de hecho. Por ello, se propone la utilización de *socioafectivo(a)*, en lugar de *afín*. Según Varsi Rospigliosi, «la socio-afectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo».

El término *socioafectivo* se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo sistema para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (Varsi, 2010, p. 50). Sin duda alguna, resulta más oportuna y atinada la utilización de los términos *socioafectivo* y *socioafectiva*, ya que no deja el menor espacio a la duda y pone en situación de igualdad a los miembros de la FE basada en el matrimonio y a la que constituye una unión de hecho. Toda diferenciación que se haga puede resultar nociva, por más sutil y delicada que parezca.

El vínculo que existe entre los miembros de la FE actúa como eje de esta, por lo que no deben existir palabras lacerantes que lo afecten. El reconocimiento y afianzamiento de estos términos, y consecuentemente

⁶ Grosman y Martínez: «Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padrastra/madrastra) y los derechos del niño», p. 35.

la concesión de diversos derechos y deberes entre los miembros de la FE, ayudaría a consolidar su relación, haciendo más seguro, eficaz, confiable y feliz el desarrollo de los hijos que pudiesen verse involucrados, y lograría el fortalecimiento del amor en la pareja, así como una mayor solidez en la relación.

REGULACIÓN EN LEGISLACIONES FORÁNEAS

Tanto en documentos internacionales como en las legislaciones de diversos países, se pone de manifiesto la importancia que tiene la protección de la familia y, más específicamente, la FE. Un ejemplo de ello lo constituye el Pacto de San José de Costa Rica sobre derechos humanos, cuyo Artículo 17.1 establece que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado».

La Convención sobre los derechos del niño (Artículo 5), y la forma en que se ha concretado este mandato en la Ley de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (Ley No. 26.061), y su reglamento (Decreto No. 415/2006, Artículo 7), evidencian un concepto amplio de familia. Además de los progenitores, incluye a las personas vinculadas a los niños, a través de líneas de consanguinidad o afinidad, e integrantes de la familia ampliada. Asimismo, la norma establece que podrán asimilarse a tal concepto «otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección» (Grosman, 1995, p. 86).

En Alemania, se le reconoce al padre afín un derecho de decidir, junto al que tiene la custodia individual, sobre las situaciones de la vida cotidiana del menor que conviva con él. En el Derecho suizo, las prerrogativas acordadas al padre o madre afín se basan en el deber de asistencia mutua de los esposos (Artículo 299, Código civil), que se extiende a los hijos del cónyuge. Esta obligación de asistencia implica «apoyar al cónyuge de manera apropiada en el ejercicio de la autoridad parental sobre los hijos nacidos de otra unión». Se trata de una asistencia consultiva, ya que la decisión final pertenece solo al titular de la autoridad parental (Puentes, 2014, p. 70).

Los códigos civiles de Italia y Francia incluyen, entre los parientes obligados a prestar alimentos a los parientes afines, al alimentista (artículos 433 y 434; y 206, respectivamente) (Puentes, 2014, p. 71). En España, el ordenamiento jurídico, mediante la Ley No. 40/2003, introduce un concepto innovador, al calificar a las familias numerosas como aquellas que se forman por uno o dos ascendientes, con tres o más hijos, sean comunes o no. A su vez, la Ley No. 18/2003 recepta el término de relaciones familiares de hecho, definiéndolas como las que se establecen entre una persona y los hijos de su cónyuge o de su pareja estable.

Resulta interesante lo regulado por el Código de la niñez y la adolescencia, de Uruguay. Por ejemplo, su Artículo 45 establece el deber de asistencia familiar, constituido por los deberes a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos. También indica que, en caso de imposibilidad o insuficiencia del servicio pensionario por parte de los padres, este será prestado subsidiariamente por los ascendientes más próximos. El Artículo 51 dispone lo relacionado con las personas que están obligadas a prestar alimentos y el orden de preferencia en que lo harán. En el segundo apartado, posterior a los ascendientes, establece que dicha obligación pudiese recaer en el «cónyuge respecto a los hijos del otro en cuanto conviva con el beneficiario».

Uno de los cuerpos normativos que ha regulado, de manera certera, las relaciones existentes entre los miembros de la FE es el Código civil y comercial de Argentina. En su Capítulo 7, se establecen los derechos y deberes entre los progenitores e hijos afines, brindando soluciones a problemáticas que se presentan cotidianamente y que con anterioridad no encontraban el debido amparo legal. En primer lugar, brinda una definición de lo que es *progenitor afín*. El Artículo 672 dispone: «Se entiende por “progenitor afín” al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente».

El Artículo 673 establece que el progenitor afín «debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia». El 674 dispone que el progenitor que conviva con su hijo puede «delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental», cuando no sea capaz de cumplir con sus funciones por cuestiones de «viaje, enfermedad o incapacidad transitoria».

El Artículo 676 resulta polémico en extremo, pues regula lo relacionado con la obligación de dar alimentos. En primer lugar, la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente tiene carácter subsidiario, cesando este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al menor y el cónyuge o conviviente asumió, durante la vida en común, el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez, de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. El Artículo 675 regula las causales que permiten que el progenitor afín pueda ejercer responsabilidades parentales junto a su cónyuge. La primera de ellas es la «muerte» de uno de los progenitores, por lo cual el mentado ejercicio sería definitivo. Las otras dos causales son la «ausencia» y la «incapacidad». En estos casos, las responsabilidades serían temporales, si el progenitor recuperase su capacidad o dejase de estar desaparecido.

Otro antecedente de obligatoria referencia, relativo al reconocimiento de los vínculos existentes entre miembros de la FE lo constituye la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú (*vid. supra*). En ella, el órgano jurisdiccional sienta las bases jurídicas necesarias para concretar el adecuado reconocimiento de este tipo de familia, tomando como referencia los diversos instrumentos internacionales, de los cuales esa nación es signataria, además de lo preceptuado en su Constitución.

LA FAMILIA ENSAMBLADA EN LA LEGISLACIÓN CUBANA

La regulación de la FE, y consecuentemente la relación que se establece entre sus miembros, en los distintos cuerpos normativos cubanos no resulta adecuada. El estudio de esta institución ha sido desarrollado por la doctrina del Derecho desde tiempos relativamente cercanos. Teniendo en cuenta que las principales leyes de la nación, a excepción de la CRC, datan de varias décadas, se puede entender la carencia de preceptos normativos que regulen esta tipología familiar y los correspondientes vínculos que nacen y se consolidan en ella.

Con la promulgación y entrada en vigor de la nueva CRC,⁷ parece que se alumbró el largo camino que debe andar la FE en la lucha por el reconocimiento de los derechos de sus miembros no consanguíneos. El Capítulo III («Las familias») hace una atinada alusión y un adecuado reconocimiento a las diversas formas en que se pueden estructurar aquellas, usando una denominación inclusiva, que no excluye a ninguna de las tipologías existentes en la actualidad. Se aprecia la superioridad sobre la derogada CRC de 1976,⁸ cuyo Capítulo IV se refería a la familia que históricamente ha ocupado el centro de la atención por parte de las diversas leyes: la nuclear.

El articulado de la actual ley de leyes resulta novedoso, ya que, sin duda alguna, se hace mención, aunque no de manera directa, a determinados derechos y obligaciones entre miembros de la FE. Un ejemplo de ello lo constituye el Artículo 81, el cual dispone que «[...] el Estado reconoce y protege a las familias, cualquiera que sea su forma de organización, como célula fundamental de la sociedad y crea las condiciones para garantizar que se favorezca integralmente». De esta manera, se rompe con el tabú del reconocimiento exclusivo de la familia nuclear, brindándole una oportunidad sin precedentes a las diversas tipologías familiares que hoy se manifiestan en la sociedad cubana.

Quizás sea el Artículo 84 de la Carta Magna el que, de una forma más concreta, haga referencia a la FE y a los vínculos que se establecen entre sus miembros. En el tercer apartado se estipula que

⁷ Vid. CRC, aprobada en referéndum popular el 24 de febrero de 2019.

⁸ Vid. CRC, aprobada en referéndum popular el 15 de febrero de 1976, y proclamada el 24 de ese mes.

las madres y los padres u otros parientes consanguíneos o afines que cumplan función de guarda y cuidado tienen el deber de dar alimentos a niñas, niños y adolescentes, respetar y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, protegerlos de todos los tipos de violencia y contribuir al desarrollo pleno de su personalidad.

No cabe duda de que ese apartado es representativo de la FE. Entre los «parientes consanguíneos o afines que cumplan función de guarda y cuidado», se incluye al cónyuge del progenitor con el cual convive el menor, a quien la ley le establece el deber de dar alimentos. Lo novedoso de este Capítulo III de la CRC hace de ella una ley digna, a la altura de su pueblo. La exquisitez y delicadeza en su redacción la convierten en una norma de referencia, no solo en Latinoamérica, sino también a nivel mundial.

La Ley No. 1289, Código de familia (CF), comenzó a regir a partir del 8 de marzo de 1975, escogido a propósito por ser el Día Internacional de la Mujer. La entrada en vigor de este cuerpo normativo se remonta a más de cuatro décadas atrás y, a pesar de que ha regulado exitosamente durante todo este tiempo las relaciones familiares que se han suscitado, hoy en día no cumple con su cometido con la misma eficacia. Según Pérez Gallardo, el CF cubano fue «calificado como uno de los más “progresistas” para la década de los setenta en Latinoamérica» (Pérez, 2012, p. 154), pero ha quedado desfasado por los cambios que [se] han operado en la sociedad cubana. Es una ley que casi no rebasa los límites de la familia nuclear y, entre otros aspectos, no regula lo relacionado con las diversas estructuras familiares que hoy tienen determinado reconocimiento social.

No obstante, esta ley reconoce, de manera directa, la posibilidad real de que exista una FE, aunque careciendo de las denominaciones que hoy en día la doctrina aporta respecto a este tema. El Artículo 33.1 del CF establece que «serán cargo de la comunidad matrimonial de bienes el sostenimiento de la familia y los gastos en que se incurra en la educación y formación de los hijos comunes y de los que sean de uno solo de los cónyuges».

De esta forma, quedó establecida, varias décadas atrás, la obligatoriedad que recaía sobre la economía de la pareja respecto a la «formación y la educación de los hijos», incluso cuando alguno de ellos no fuese fruto de esa relación. Pero, en el caso de que la pareja haya decidido llevar a cabo su relación a través de la unión de hecho y, consiguientemente, no existiese una comunidad matrimonial de bienes, ¿no sería necesario igualmente incurrir en gastos en la educación de los hijos, comunes o no? Sin duda alguna, cuando se hable de miembros de la FE, no debería hacerse mención al requisito de la afinidad.

Aun con las deficiencias que en él se aprecian, el Artículo 33 resulta un adelanto, respecto a lo que se encuentra normado en el resto de los cuerpos normativos cubanos en la actualidad. Quizás sea el único, a excepción

de los que se encuentran en la nueva CRC, que hace referencia, de manera directa y sin dejar espacio a la duda, a una FE. Pero, evidentemente, no resulta satisfactoria la regulación de esta tipología. El CF tiene la responsabilidad de brindar reconocimiento a todas las estructuras familiares que así lo demanden. Debe ser la brújula que guíe a la FE y los vínculos que en ella se gestan.

Los progenitores e hijos socioafectivos no deben ser considerados como simples parientes afines con la condición de existencia de un matrimonio. La realidad demuestra con elementos suficientes que, en Cuba, la tasa de parejas que han optado por la unión de hecho, en lugar del matrimonio, es muy alta y, por tanto, resultaría absurdo no reconocer una obligación entre un progenitor y un hijo socioafectivo solo porque no media un matrimonio. El trato equitativo entre unión de hecho y matrimonio, cuando de derechos y deberes entre miembros de la FE se habla, resultaría muy favorable para estas estructuras. Elementos como la guarda y cuidado, la obligación subsidiaria y complementaria de dar alimentos y un adecuado régimen de visitas, en caso de una futura ruptura, en sede de FE, deben ser cuestiones a tener en cuenta en el momento de redactar una nueva ley que realmente procure su fortalecimiento y garantice el amor, la asistencia y el respeto entre sus miembros. Una futura ley que regule el adecuado tratamiento de las familias que operan en el nuevo escenario cubano deberá tener en cuenta los vínculos que se crean entre padres e hijos socioafectivos en el seno de la FE; debe dotar esos vínculos de gran relevancia para que, a su vez, sean protegidos por las leyes que resulten atinadas a tal efecto.

El Código penal (CP) resulta de vital importancia en la delicada labor de conformar en los ciudadanos una conciencia de respeto por la legalidad y el mantenimiento del orden establecido en la sociedad socialista. Asimismo, protege el régimen económico, social y político, a las personas, y, por supuesto, a las familias. En este sentido, establece actos constitutivos de delito que traen sanciones que estarán en dependencia de la gravedad de la acción o la omisión cometidas.

Con respecto a la protección que se les brinda a las familias, la Ley No. 62/87 no es capaz de romper con el esquema basado en la estructura nuclear. En el ámbito que comprende a la FE y a los lazos que se generan entre sus miembros, en este cuerpo normativo, de manera directa, no existe un solo pronunciamiento que pretenda brindarles protección. A lo más que se acerca es a ofrecer cierto resguardo mediante la afinidad, que tiene como condición indispensable el matrimonio. Artículos como el 161.2 o el 341.1 a) son muestra de ello. Pero, como se mencionó, es requisito imprescindible que exista un vínculo formalizado entre el progenitor consanguíneo y su pareja, de lo contrario la ley no reconocerá sus derechos. En el Artículo 341.1 a), por ejemplo, se dispone lo referente a la salvedad que hace la ley en no establecer responsabilidad penal para «los cónyuges,

ascendientes, descendientes o afines en la misma línea» que entre sí se causen «hurtos, estafas, apropiaciones indebidas o daños». Este artículo es un ejemplo de lo que, en la teoría del Derecho penal, se denomina «excusas absolutorias».⁹

Estas excepciones existen para evitar que tales acciones sean tipificadas como delitos, cuando se cometan entre las personas que se establece y, por consiguiente, el consecuente proceso tenga que ser conocido por un tribunal. La intención del legislador, en este caso, ha sido mantener la unidad, la estabilidad y la cohesión de la familia, evitándole pasar por un proceso penal que, en el ámbito doméstico, podría traer consecuencias irreparables. ¿Acaso no se manifestarían esas consecuencias negativas entre los miembros de una FE donde no exista la formalización del matrimonio y, a los efectos legales, no se pueda hablar de afinidad? Por supuesto, se manifestarían las mismas consecuencias o, incluso, más, teniendo en cuenta las vulnerabilidades de la FE. No cabe duda de que la afinidad, en tal situación, debería ser sustituida por la socioafectividad de las relaciones.

Algo similar ocurre en el Artículo 161.1 del CP, donde se establece la obligación de denunciar la perpetración de un delito o que se intente cometer uno, así como la participación de determinada persona en un hecho delictivo, ante las autoridades competentes. No obstante, en el tercer apartado, se hace la salvedad, en pos de salvaguardar la integridad y el equilibrio de la familia, de contemplar la exención de la sanción penal respecto a determinadas personas. El apartado constituye lo que, en la teoría del Derecho penal, se conoce como «norma penal en blanco», ya que remite a la Ley de procedimiento penal (LPP), cuando establece que la obligación de denunciar no se aplica para «las personas que, según la ley, no están obligadas a denunciar». El artículo de referencia de la LPP es el 117, cuyo primer apartado regula que no están obligados a denunciar «los ascendientes o descendientes, su cónyuge y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad». Se repite la formulación que se observa en la redacción del Artículo 341 a) del CP, donde se reconoce el parentesco por afinidad, condicionado por el matrimonio.

Otro ejemplo contenido en la Ley No. 5, que lacera a los miembros de FE que se sustentan en uniones de hecho, lo constituye el Artículo 170 a), referente a la excusa de la obligación de declarar como testigos que pueden presentar determinadas personas. Ellas son «los ascendientes y descendientes del acusado, su cónyuge hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad». El apartado redundante en la misma insuficiencia detectada anteriormente. Igual ocurre respecto a la redacción del Artículo 23 de la LPP, en el que se regulan las causales de recusación de los jueces, previendo que estos puedan estar condicionados en determina-

⁹ Vid. *infra* «Excusa absolutoria del Artículo 160.3 del CP cubano».

do proceso. Nuevamente, se habla de «afinidad», siguiendo la formulación hasta ahora desarrollada por el legislador.

La realidad demanda un esfuerzo legislativo que se atempere a los tiempos actuales, donde las uniones de hecho se manifiestan tanto o más que los matrimonios. El requisito del matrimonio para reconocer un vínculo legal entre padres e hijos socioafectivos afecta en gran medida a FE que constituyen estructuras sólidas, con buenas relaciones entre sus miembros y reconocimiento social. La ley debe sincronizarse con la realidad y moldearse según la sociedad que ha de proteger.

Excusa absolutoria del Artículo 160.3 del CP cubano

Existe un especial vínculo entre los lazos que crean los miembros de la FE y la excusa absolutoria del Artículo 160.3 del CP. No es precisamente la certera redacción del apartado tercero lo que le hace merecedor de un análisis, sino todo lo contrario. El autor considera que la intención del legislador de brindar protección y cohesión a la familia no se cumple totalmente al omitir la posibilidad existente de la conformación de una FE y, consecuentemente, la creación de vínculos entre progenitores e hijos socioafectivos que son tan fuertes y perdurables como los que se crean entre progenitores e hijos biológicos.

En el Capítulo IX del Título II del CP cubano se encuentra ubicado el delito de encubrimiento. Las conductas previstas bajo este rubro tienden a impedir el descubrimiento de los delitos y el castigo de los culpables, lo que constituye una esencial tarea del Estado para la pacífica convivencia social (Goite *et al.*, 2005, p. 123). El mentado Artículo 160 consta de tres apartados, y es el tercero el que establece la exención de la pena al encubridor, cuando favorece a ciertos familiares, siempre que estos no se aprovechen de los efectos del delito (Goite *et al.*, 2005, p. 125). Conformo lo que, en la teoría del Derecho penal, se conoce como excusas absolutorias.¹⁰ Se trata, según la opinión doctrinal más generalizada, de circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad o conveniencia, determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable.

En el *Diccionario* de la RAE, se pueden encontrar los significados de las dos palabras que componen el sintagma «excusa absolutoria». Por *excusa*, se pueden observar tres significados: 1. Acción de excusar; 2. Motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión; y 3. Exención (motivo jurídico que hace ineficaz la acción del demandante).

Esta última acepción hace referencia a «algo» que impide que se produzca un efecto determinado. Por su parte, *absolutoria* se define como «dicho de un fallo, de una sentencia, de una declaración, de una actitud,

¹⁰ Según Renén Quiróz Pérez, la denominación «excusas absolutorias» es la más aceptada por los autores de habla española, aunque los autores alemanes la han sustituido por «causas personales que liberan de la pena» o por «causas personales que excluyen de la punibilidad».

etc.: que absuelven». Haciendo una suma de ambos conceptos, se puede afirmar que *excusa absoluta* es un motivo que impide que se produzca un efecto que se tiene por negativo.

Según el Tribunal Supremo de España (TSE), bajo la denominación de *excusas absolutas* se «vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica [...], que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad, tipificada y culpabilidad».¹¹ Renén Quiróz Pírez las define como «causas personales, intransferibles, determinantes de la impunidad de un hecho antijurídico, cometido por un sujeto imputable y culpable» (2007, p. 128). En Cuba, el fundamento de la aplicación de toda excusa absoluta responde a un principio político-penal basado en la utilidad social, en virtud del cual no se le impone a un sujeto una pena, aun cuando exista delito con todas sus características y el sujeto sea imputable y culpable. Se trata de hacer un sacrificio para lograr un bien social mucho mayor.

Las familias y los vínculos que se crean entre sus miembros merecen la mayor atención por parte del Estado. Como núcleo fundamental de la sociedad, como escenario donde se inculcan principios y valores, como el espacio natural donde se garantiza la procreación y el rejuvenecimiento de la sociedad, merece la mayor seguridad que se le pueda ofrecer. En ese sentido, está encaminada la inclusión de excusas absolutas en el CP cubano. Lo contradictorio es que aun en esta época, con las cifras extremadamente altas que muestra el ascenso de las FE a nivel mundial, el CP no se haya hecho eco de las nuevas tendencias, en las que se aboga por la igualdad entre las familias; y permanezca inerte, sin ofrecer el amparo adecuado, tanto a los progenitores como a los hijos socioafectivos, al no incluirlos entre las personas a las que el Artículo 160.3 del CP cubano excusa de sanción penal.

Pudiese citarse, como muestra palpable de la defensa de la integridad y funcionamiento de las familias y el buen desarrollo de las relaciones entre parientes, el Artículo 279 del CP argentino, que establece la exención de pena a quien haya realizado actos que tipificarían un delito de encubrimiento en beneficio de su «cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que debiesen especial gratitud». Como se puede apreciar, se manifiesta la intencionalidad del legislador argentino de proteger a las familias y los lazos que se generan entre los parientes, ya sean afines o consanguíneos. Pero no solo se limita a eso; el legislador es consciente de que la amistad íntima, e incluso la gratitud que se le pudiese deber a cierta persona, pueden condicionar el actuar del individuo, haciéndole elegir lo que para él es más justo, por encima de lo que esté establecido. En este caso, el CP cubano no

¹¹ Fragmento de una sentencia del TSE, de 26 de diciembre.

reconoce los vínculos que se crean en la FE y prohíbe, sin titubeo alguno, el encubrimiento entre los progenitores y los hijos afines. Incluso cuando haya sido el progenitor socioafectivo quien haya desempeñado un rol parental más determinante que el progenitor biológico, aun cuando los lazos sean tan fuertes que progenitores e hijos socioafectivos se reconozcan como padres e hijos, no obstante esté en juego la integridad de una familia; la ley ha decidido no darles la oportunidad de ayudarse, apoyarse, a pesar de que lo que se pretenda encubrir sea un supuesto delito.

Es lógico que se proteja a los progenitores biológicos, a pesar de que existan muchos que no se hayan desempeñado como tal, obviando todo tipo de responsabilidad parental, y quizás delegando sus deberes y responsabilidades en un progenitor socioafectivo que, sin tener ligadura sanguínea alguna, actúe con total responsabilidad, de modo que merecería llamarse padre/madre. Resultará prudente y necesario que se le brinde protección al progenitor socioafectivo, pues no cabe duda de que, ante una situación que pudiese comprometerlo judicialmente, actuaría conforme le resulte más atinado y justo, obviando lo que la ley dispone. Quizás resulte necesario buscar una manera de decidir en qué casos se pudiese aplicar la mentada excusa absolutoria del Artículo 160.3 para los progenitores e hijos socioafectivos, evitando que ciertas personas puedan abusar de ella. Es probable que, en estos casos, resulte preciso probar la existencia de una relación amorosa entre el progenitor socioafectivo y el biológico, que esta deba ser estable, singular, contar con cierta notoriedad pública, y que exista convivencia, pues, es a partir de esta que se aprecia la cooperación, la participación en la organización de la vida diaria, la transmisión de valores y modelos de conducta. Pudiese ser necesario, además, tener en cuenta la durabilidad de la pareja, como un elemento más para valorar la magnitud de la relación que se establece.

Se hace urgente reflexionar respecto a este tema, para obtener una solución lo más adecuada e inclusiva posible y lograr que se respeten y reconozcan apropiadamente los vínculos entre los progenitores e hijos socioafectivos. Resultaría conveniente estudiar y evaluar las experiencias en otros países, analizar el articulado regulador en este sentido y así tratar de adaptar a la realidad cubana las normas que resulten eficaces. Tener en cuenta no solo el parentesco por afinidad, sino también el de índole socioafectiva en sede de excusas absolutorias, sería una forma adecuada de brindarle solidez a una estructura familiar tan delicada como la FE.

POR UNA ADECUADA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA ENSAMBLADA CUBANA

El análisis realizado *up supra* a los diferentes cuerpos legales demuestra las deficiencias que impiden el correcto reconocimiento de derechos y deberes en

el seno de la FE. La CRC resulta innovadora en ese sentido, pues reconoce la existencia de «familias» en la sociedad cubana actual. No obstante, debe hacerse extensiva esta postura inclusiva adoptada por la Carta Magna, y reflejarse igualmente en las distintas leyes que, poco a poco, surgirán, como resultado del proceso codificador que se lleva a cabo en el país. El articulado de la ley de leyes debe necesariamente ser desarrollado de forma certera por los cuerpos legales que resulten oportunos para que los postulados y principios que en ella se enarbolan no pasen a ser tan solo «letra muerta».

Es por ello que, en este sentido, se precisa, en primer lugar, un nuevo CF, que esté a tono con los cambios que se han operado en sede familiar en la nación. El parentesco por afinidad debe quedar modificado de tal forma que no sea solo el matrimonio el requisito indispensable para el reconocimiento de determinados vínculos. La solución a esta problemática debe ser la adecuada regulación jurídica del parentesco socioafectivo, en el que el requisito fundamental sea el amor y el respeto entre las personas. De esta manera, se ampararían jurídicamente, de forma similar, las FE que tienen como base el matrimonio y las que encuentran su sustento en la unión de hecho.

En sede penal, resultaría adecuado tener en cuenta a los parientes socioafectivos de la FE, entre los que la ley establece la exención de la pena, ante un posible delito de encubrimiento. Con el reconocimiento del vínculo socioafectivo, se protegerían igualmente miembros de la FE basada en la unión de hecho y los integrantes de las mismas estructuras que se sustentan en el matrimonio, brindándoles la adecuada protección, respecto a la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 161.2 y 341.1 a). Igualmente, se ampararían, de forma atinada, los miembros de ambas estructuras, ante la dispensa de la obligación de denunciar, la excusa de declarar como testigos y las causales de recusación de los jueces, previstas en los artículos 117, 170 y 23, respectivamente, en la vigente LPP cubana.

Son aspectos a tener en cuenta por el legislador, el que deberá presumir, ante todo, el amor y la solidaridad que se manifiestan en todas las estructuras familiares. Quizás sea necesario tener presente la concurrencia de determinadas circunstancias, como la singularidad y el respeto en la relación, así como su perdurabilidad en el tiempo, además de la condición de haber trabajado la tierra durante cinco años, antes de la muerte del causante, en el caso de heredar la tierra o los bienes agropecuarios pertenecientes al agricultor pequeño. El reconocimiento y protección de los vínculos que se crean entre progenitores e hijos socioafectivos en el seno de la FE parte de la CRC y debe expandirse a través de los diversos cuerpos legales. En tiempos en los que la sociedad sufre tantas transformaciones, se precisan leyes que protejan, de forma inclusiva, a todos los que pudiesen resultar vulnerables.

CONCLUSIONES

1. La familia es la institución básica de toda sociedad. La dinámica socialista actual ha hecho que afloren nuevas estructuras familiares, como la monoparental, la extendida, la homoafectiva y la ensamblada.
2. Existen deficiencias en los cuerpos legales cubanos, ya que, a excepción de los artículos 81 y 84 de la CRC y 33 del vigente CF, en ninguna disposición normativa se hace referencia al reconocimiento y protección de los miembros de la FE, teniendo en cuenta el vínculo socioafectivo que los une.
3. Para la adecuada protección de los miembros de la FE, la legislación debe reconocer el vínculo socioafectivo entre ellos. En este sentido, el CP debe romper la barrera de proteger la afinidad que tiene como requisito el matrimonio y darle una adecuada redacción a la excusa.

RECOMENDACIONES

1. Que los resultados a los que se arribó con la investigación sean utilizados como base teórica para la construcción normativa de la FE en el Derecho cubano e integren el fondo bibliográfico del TPP de Artemisa, pues pueden coadyuvar a la doble tarea de servir como material bibliográfico actualizado, en cuanto al objeto de la investigación y cual incentivo para futuras indagaciones teóricas, fundamentalmente dirigidas a los aspectos no abordados de la FE.
2. *A los responsables del programa de la asignatura Derecho de familia:* Que tengan en cuenta los resultados obtenidos en esta investigación, para que sean incluidos entre los temas de estudio, complementando la formación integral de los futuros juristas, atemperada a las exigencias actuales de la sociedad cubana.
3. *A la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia, su correspondiente capítulo provincial y los miembros de la UNJC:* Que fomenten la difusión del tema objeto de estudio para crear, entre los juristas y la población en general, la aceptación y el respeto hacia esta tipología familiar, que permitan vencer prejuicios y desconocimiento que aún existen.
4. *A la FMC y la Casa de Orientación de la Mujer y la Familia:* Que incluyan el tema de la FE en los talleres de capacitación.

BIBLIOGRAFÍA

Bossert, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni: *Manual de Derecho de familia*, Buenos Aires, Editorial Astrea y Depalma, 1988.

- Castán Tobeñas: *Derecho civil español, común y foral*, vol. I, t. 5, 8.ª ed., Madrid, 1960.
- Coletivo de autores: *Derecho penal especial*, t. 1, La Habana, Editorial Félix Varela, 2005.
- Dameno, María Silvia: *Familias ensambladas*, Buenos Aires, 2001, en <http://www.ihp-gestalt.com.mx/revista/5/dameno.html>.
- Davison, Dora: *Familias ensambladas: los tuyos, los míos y los nuestros*, Buenos Aires, Editorial Dinámica, 2004.
- Del Campo Urbano, Salustiano: *Familias: sociología y política*, Madrid, Editorial Complutense S. A., 1995.
- Díaz de Guijarro, Enrique: *Tratado de Derecho de familia*, t. 1, Buenos Aires, 1953.
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, Madrid, Editorial Tecnos, 1992.
- Fernández Bulté, Julio, Delio Carreras y Rosa María Yáñez: *Manual de Derecho romano*, Ciudad de La Habana, Editorial Félix Varela, 2006.
- Fernández Clérigo, Luis: *El Derecho de familia en la legislación comparada*, México D. F., Editorial Uteha, 1947.
- Grosman, Cecilia e Irene Martínez: *Familias ensambladas, nuevas uniones después del matrimonio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.
- Grosman, Cecilia: «Sumar realidades familiares: la familia ensamblada en la Reforma del Código civil», en *Revista de Derecho de Familia*, no. 42, marzo, Valencia (España), 2010.
- <http://www.iin.oea.org/IIIN2011/index.shtml> [consulta: 25/2/19].
- <http://www.un.org/es/documents/udhr/> [consulta: 25/2/19].
- Mesa Castillo, Olga: *Derecho de familia*, Ciudad de La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.
- Peral Collado, Daniel A.: *Derecho de familia*, Ciudad de La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980.
- Pérez Gallardo, Leonardo B.: «Familia y herencia en el Derecho cubano: ¿realidades sincrónicas?», en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año VI, no. 29, enero-junio, Puebla (México), 2012.
- Puentes Gómez, Anabel: «Las familias ensambladas: un acercamiento desde el Derecho de familia», en *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, no. 6, diciembre, 2014 [s. m. d.].
- Quiróz Pérez, Renén: *Manual de Derecho penal I*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2007.
- Sala Primera del Tribunal Constitucional de Perú: Sentencia del Expediente No. 09332-2006-PA/TC, 30 de noviembre, 2007.
- Varsi Rospigliosi, Enrique: «Paternidad socio-afectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto», en *Revista de Familia y de las Personas*, año 2, no. 3, Buenos Aires, 2010.

Legislación

Código civil de la República de Francia, París, Editorial Dalloz, 1977.

Código Civil de la República de Italia, Piacenza (Italia), Editorial La Tribuna, 1993.

- Código civil de la República Federal de Alemania*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1998.
- Código civil de Suiza, 1912.
- Código civil del Reino de España*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
- Código civil y comercial de la República Argentina, 2015.
- Código de familia de la República de Cuba*, Ciudad de La Habana, Ministerio de Justicia, 1975.
- «Código penal cubano», en [http:// www.cubanet.org/htdocs/ref/dis/codigo_penal.htm](http://www.cubanet.org/htdocs/ref/dis/codigo_penal.htm) [consulta: 24-2-2019].
- Constitución de la República de Cuba*, La Habana, Ministerio de Justicia, 2004.
- Constitución de la República de Cuba*, La Habana, Editora Política, 2019.
- Convención sobre los derechos del niño, UNICEF, 2012.
- Decreto No. 415/2006 (Reglamento de la Ley 26.061, «De protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes»).
- Ley de procedimiento penal de la República de Cuba de 1977, Ley No. 5*, La Habana, ONBC, 2017.

