

BOLETÍN ONBC No. 52

Publicación de la Abogacía Cubana

Junio-Diciembre 2014

Consejo Editorial:

Responsable del Consejo Editorial:

Prof. Danilo Rivero García

Miembros:

Dra. Yanet Souto Fernández
Dr. José Julio Carbonell García
Dr. Gabriel Modesto Rodríguez Pérez de Agreda
Dra. Maritza de la Caridad McCormack Bequer
Esp. María Teresa Benito Menéndez
Esp. Gladys de los Ángeles Castro Rodríguez
Esp. Ana Isabel Zamora Surí
Esp. Vicente Alejandro Estrialgo León

El Consejo de Redacción no se responsabiliza con la opinión emitida por los autores

Edición y diagramación
computarizadas: Sachy Labrada Armas
Emplane y diseño
de cubierta: René Alfara Leyva

Obra editada e impresa en:

Ediciones ONBC
Vicepresidencia JDN/ONBC
Calle 41 no. 7208 entre 72 y 74, Playa,
La Habana
Tel: 2144208
E-mail: jsuperacion@onbc.cu

RNPS 0491

ISSN 2308-2240

Organización Nacional
de Bufetes Colectivos

Calle 41 no. 7208 entre 72 y 74,
Playa, La Habana

SUMARIO

- ⊙ La impugnación de documentos en el proceso civil.
Una mirada a la LPCALE / 3
LIC. MARÍA KARLA GÓMEZ NÚÑEZ
LIC. LUIS ALBERTO HIERRO SÁNCHEZ
- ⊙ ¿Cómo lograr un buen interrogatorio en el acto del juicio oral? / 12
ESP. REDIS MARÍA HERNÁNDEZ NARANJO
- ⊙ El trabajador por cuenta propia y los signos distintivos, una visión desde la Sentencia 519, de 31 de octubre de 2013 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular / 21
LIC. MARICEL DE LA CARIDAD MOLINA AGUILERA
- ⊙ Abogado-cliente, ¿una relación con límites? / 24
MSC. MARÍA TERESA BENITO MENÉNDEZ
- ⊙ Los procesos de amparo en Cuba: ¿Por qué no extenderlos a la tutela de los derechos individuales vulnerados? / 36
OSVALDO MANUEL ÁLVAREZ TORRES
- ⊙ Fórmulas matemáticas y derechos reales sobre el suelo urbano en Cuba. Dificil ecuación jurídico-práctica / 42
DRA. MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
MSC. ROBERTO CARLOS SABORIT BELTRÁN
- ⊙ Nuevas fronteras del derecho al honor en el siglo XXI / 49
CAROLINA SANCHIS CRESPO
- ⊙ Curiosidad / Ejercicios físicos para los abogados que prestan servicio en la ONBC / 61
JESÚS BÁRBARO ALEMÁN YNSUA
HUGO YOSVANY MARTÍNEZ FERNÁNDEZ
BÁRBARA DUBÉ SÁNCHEZ
- ⊙ Dictamen del Tribunal Supremo Popular / 63
- ⊙ Dictamen del Tribunal Supremo Popular / 65

La impugnación de documentos en el proceso civil. Una mirada a la LPCALE

LIC. MARÍA KARLA GÓMEZ NÚÑEZ*
LIC. LUIS ALBERTO HIERRO SÁNCHEZ**

SUMARIO

I. Introducción. II. El documento como medio de prueba. Documento público y documento privado. III. Discordancia de parte con el documento prueba. La impugnación de documentos. III.1. Vías para efectuar la impugnación de documentos. III.2. Oportunidad procesal conteste a su propuesta. III.3. Causales de impugnación de documentos. III.4. Las casuales de impugnación en la LPCALE. Valoración desde el carácter público y privado de los documentos. III.5. Indebida identidad objetiva de las causales de impugnación de cara a la valoración del documento prueba. III.6. Valor legal y valoración judicial del documento prueba. 4. Consideraciones finales.

I. Introducción

El tema de la prueba documental –en su condición de medio de probanza–, ha sido tratado a profundidad por la doctrina y encuentra amplia regulación en las legislaciones; pero el específico apartado de su impugnación no ha corrido igual suerte, ni en el ámbito procesal patrio ni en el foráneo. La complejidad del tema estriba en las tipicidades de la impugnación –cuestionamiento de legitimidad, autenticidad o exactitud–, en el procedimiento a seguir para su tramitación y en su trascendencia para el juicio de convicción que expresa el tribunal en la resolución que pone fin al proceso.

Precisamente, como concreta expresión de la carga de la prueba surge la posibilidad de impugnar los documentos aportados de contrario, pero ello no encuentra acertada expresión en nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), ya que establece un procedimiento poco riguroso en su tramitación.

En clave doctrinal, la polémica se centra, fundamentalmente, en las causales de impugnación. Un significativo sector solo hace referencia a la falta de autenticidad como razón omnicompreensiva de objeción de los documentos, y ello encuentra correlato en las legislaciones nacionales;¹ por el contrario, otro sector más reducido deriva de su significado varios motivos que nuestra LPCALE reconoce con diferentes *nomen iuris*. Así, su construcción teórica y normativa resulta insuficiente, lo cual limita su adecuado ejercicio en el ámbito del proceso civil, por lo que resta perfeccionarlo con un explícito procedimiento que favorezca su utilización, acorde a cada una de las causales y en atención al carácter público y privado de los documentos.

II. El documento como medio de prueba. Documento público y documento privado

Desde la óptica procesal, el documento desempeña un papel trascendental en la dinámica de los medios probatorios, de manera que el documento traído al proceso por una de las partes en interés y defensa de su derecho, se hace común, por lo que la otra puede aprovechar también las facilidades y ventajas que le pudiere ofrecer el instrumento presentado de contrario o, de serle perjudicial, proceder a su impugnación.

Como mecanismo probatorio, manifiesta aptitud para llegar al conocimiento de la verdad, y como esta puede estar tanto del lado del actor como del demandado, el documento ofrece el sostén necesario para alcanzar certidumbre sobre los hechos.² Su finalidad es dejar creada constancia, con vocación de perpetuidad, de los datos que aporta al proceso. El documento es reflejo de su contenido, ya que reproduce un pensamiento o acto volitivo de una o ambas partes; por supuesto, siempre que se enmarque en los límites objetivos de la actividad probatoria y sea contentivo de los requisitos de fehaciencia, exactitud y legitimidad, en cuya virtud se tendrán por eficaces.

¹ Tal situación parte de que el Código Modelo para el proceso civil iberoamericano significa la presunción de autenticidad del documento, mientras que no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad, por lo que se puede apreciar que se mezclan y confunden la falta de autenticidad con la falta de legitimidad. Esta postura la siguen el Código General del Proceso del Uruguay, el Código del Procedimiento Civil de Colombia y el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, entre otros.

² Véase Ricci, Francisco: *Tratado de las pruebas*, t. I, Ed. La Nueva España, Madrid, p. 66.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de La Habana, 2014. Asesora jurídica del Centro de Neurociencias de Cuba (CNEURO).

** Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana, 2014. Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Por *documento público* se entiende todo instrumento autorizado por un funcionario competente para expedirlo, siempre y cuando se cumplan las formalidades previstas en la ley para ello. La intervención de un funcionario estatal en su creación, representa el principal criterio para su configuración como tal. En atención a ello, indubitado resulta que lo distintivo del documento público está en su fuerza jurídica especial, al estar dotado de fe pública.³

El documento privado se crea entre particulares sin la intervención de un funcionario público. Su principal característica estriba en su redacción, solamente efectuada entre sujetos privados sin la presencia de otras personas fuera de los propios interesados en su contenido. Rige en estos casos el principio de libertad de forma, ya que las partes pueden conformar el documento de acuerdo a los intereses que persiguen.

En cuanto a las diferencias con el público, la primera que aflora a la vista está referida al carácter de su autor. La intervención de un sujeto oficialmente designado por el Estado resulta la característica fundamental que permite diferenciarlos. El otro elemento diferenciador es la presunción de autenticidad propia del instrumento público, pues no precisa demostrar su validez al ser presentado ante los tribunales; mientras que el privado, para la acertada materialización de su eficacia probatoria, requiere la demostración de su autenticidad en sede judicial.

III. Discordancia de parte con el documento prueba. La impugnación de documentos

Como concreta expresión del principio de derecho a la defensa, una vez unido un documento al proceso, las partes tienen la oportunidad procesal de rechazarlos a través de la oposición a su admisión o con la impugnación. Se trata de la no concordancia de parte con los efectos jurídicos —incluyendo los probatorios— que se persiguen con su aportación al proceso. Estamos en presencia de una carga procesal, de aceptar o negar el documento presentado por la contraparte, la cual solo puede llevarse a cabo mediante un concreto pronunciamiento, que en el caso de la impugnación —aun siendo pertinente, útil y relevante— indica que el instrumento contiene defectos tales que ponen en tela de juicio su eficacia probatoria.

Impugnar un documento, es resultado del acto de admisión de pruebas que realiza el tribunal. La parte contraria a quien propone el documento, procede a su examen con posterioridad a su admisión y lo hace con vistas a formarse un juicio sobre dicho instrumento y, en caso de estar inconforme, procede a impugnarlo.

La impugnación —en la normativa patria— no resulta clara, aunque sí cerrada, al referirse a tres causales que parecieren dibujadas para combatir la forma del documento y no su contenido. Afirmación que realizamos por cuanto el procedimiento que establece nuestra LPCALE está referido a la posibilidad de que se realice cotejo, como vía para desacreditar letra o firma de autor, a fin de oponerse al continente, que no al contenido. La *ratio* de la impugnación, y así lo dejó establecido el legislador —en propia interpretación—, es solo para documentos deformados, por soportar algún defecto formal que interese su autenticidad, legitimidad o exactitud.

Impugnar significa combatir, refutar, objetar, redargüir; objeción que debe llevarse a cabo mediante el cauce procesal que determina la ley y con proposición de las pruebas pertinentes para tal fin. Configura, por tanto, el medio procesal de parte que se encamina a restar valor probatorio a un documento que ha sido traído al proceso.

Como indica Mantecón Ramos: «en una prueba como la documental, donde el hecho se representa en un instrumento conformado de forma previa al proceso, hay posibilidades de que se manifiesten distorsiones entre la realidad anterior a este y lo que llega a reflejarse en el documento aportado al tribunal. La impugnación es una acción que atribuye la ley a favor de la parte a quien le ofrezca dudas la calidad del documento incorporado por la parte contraria».⁴

Mediante la refutación documental se cuestiona la calidad en la conformación del documento, no su fuerza probatoria de fondo. De impugnarse un documento, la parte que a ello proceda debe proponer pruebas acerca de su falta de autenticidad, legitimidad o exactitud, o de conjunto, si se comprueba la presencia de más de uno de estos motivos. La proposición de pruebas en este sentido constituye una consecuencia lógica de ese específico pronunciamiento de parte, correspondiendo al interesado la carga de demostrar la falsedad documental.⁵

³ Véase Montero Aroca, Juan: *La prueba en el proceso civil*, 4ª. ed., Ed. Arazandi S.A, Valencia, 2005, p. 65.

⁴ Mantecón Ramos, Ariel: «La prueba en el Proceso Civil. Los medios de prueba», Pérez Gutiérrez, Ivonne (Coord.): *Derecho Procesal Civil*, en proceso de edición, págs. 204 y 205.

⁵ Véase Queral Carbonell, Anna: «Impugnación de documentos», Picó I. Junoy, Joan y Xavier Abel Lluch: *La prueba documental*, Bosch Editor, Barcelona, 2010, p. 475.

Siguiendo el tenor literal del artículo 284 de la LPCALE, la impugnación debe hacerse razonando los motivos que se tengan, sin lo cual se rechazará de plano, sin ulterior recurso. Aunado a ello, de la lectura del artículo 285 se deduce que si los documentos no son impugnados en el plazo que determina la ley para ello, se tendrán por eficaces, así como cuando fuere inadmisibile la impugnación. Dicho análisis de la ley ritual cubana indica que la carga de la prueba de la impugnación recae en quien la alega, ya que ha de fundamentar las razones que lo motivan y, en consecuencia, proceder a su probanza, a fin de que pueda confirmarse el estatus de inautenticidad, inexactitud e ilegitimidad del documento.

III.1. Vías para efectuar la impugnación de documentos

En razón de la carga de la prueba que le asiste a los justiciables, la contradicción de documentos puede realizarse tanto por vía principal como por derrotero incidental. La objeción realizada por uno y otro cauce, presenta objetivos diferentes, ya que, a su vez, despliega distintos efectos.

Al decir de Alsina, la redargución de falsedad, deducida por vía principal, implica el ejercicio de una acción meramente declarativa,⁶ promovida al margen de toda contienda litigiosa, cuando la sentencia a obtener se refiere a la simple declaración del derecho pedido. Por tanto, la acción va encaminada a obtener la ineficacia de un documento que colisiona con los derechos de la parte que se ve afectada por este.⁷

Por senda incidental, carece de autonomía la impugnación de documentos, pues se trata de un procedimiento que depende de la existencia de un proceso principal en el que se inserta. Aún cuando implica guardar algún grado de conexión con la pretensión objeto del mismo, ello no incide, al menos directamente, en que esta sea declarada o no con lugar.

La impugnación del documento prueba debe hacerse concomitantemente a la sustanciación del proceso principal, lo que puede llevarse a cabo en dos momentos procesales distintos, en la tramitación de los escritos polémicos o dentro de segundo día luego de admitidos los medios de

prueba. Con la impugnación se busca restar la eficacia de ese medio probatorio, lo que nos permite afirmar que la vía incidental resulta idónea para su sustanciación.

III.2. Oportunidad procesal conteste a su propuesta

El presente apartado merece especial atención, ya que centra su objeto en el momento procesal que corresponde a la impugnación, en lo fundamental, respecto a su regulación legal y a su incidencia en la práctica.

El artículo 284 de la LPCALE establece que los documentos directamente presentados al tribunal, son impugnables en los escritos polémicos o dentro de segundo día de traslado o notificación de haber sido unidos al proceso. Por su parte, el segundo párrafo del artículo 285, regula que una vez transcurrido el periodo de dos días sin que medie impugnación, los documentos se tendrán por eficaces.

Se precisa entonces diferenciar entre momentos, plazos y posibilidades de impugnación, en primer término porque el demandado ostenta mayores posibilidades en virtud de que cuenta con un plazo superlativo para la impugnación documentaria y no solo ello, sino que cuenta con varios momentos –dentro de ese plazo para contestar– como factible oportunidad de combate. Se trata de que el demandado tiene cuatro posibilidades: presentar escrito dentro de segundo día al solo efecto de impugnar documentos, acompañar esta impugnación a la petición de una medida cautelar –que pueden guardar relación entre sí–,⁸ o a la de excepción dilatoria –que también pueden estar vinculados–,⁹ o, por último, el momento de la contestación que resulta al que pareciere que, de forma expresa, se refiere la ley.

En relación con la contestación, el demandado cuenta con un plazo de veinte días, contados a partir de que se le confiere traslado de la admisión de la demanda por el tribunal. Como regla, el demandado debe impugnar el documento propuesto de contrario en su escrito de contestación, bien

⁸ Nos referimos a una medida cautelar que encuentra sustento en el propio documento adjuntado por la contraparte, en el sentido de que, por ejemplo, el instrumento puede aludir a una deuda y, al mismo tiempo, constar en dicho título, su vencimiento o falta de reconocimiento, lo que provocaría una falta de exactitud en cuanto a la alegación del actor sobre la veracidad y existencia cierta de la deuda.

⁹ Pudiera estar presente en el caso de que la parte actora acompañe un documento del que resulte claramente apreciable que existe un tercero que debe ser llamado al proceso, con lo cual se configuraría una falta de estado, a tenor del art. 233. 6 de la LPCALE.

⁶ Véase Alsina, Hugo: *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. II, Compañía Argentina de Editores Sociedad SRL, Buenos Aires, 1942, p. 332.

⁷ Este es el caso, por ejemplo, de iniciar un proceso ordinario teniendo por pretensión que se declare la nulidad de una escritura pública notarial, por carecer de uno de los requisitos formales que determina el art. 16 de la Ley de Notarías Estatales.

sean los justificativos de la representación y del carácter con que se comparece al proceso, o aquellos en que la parte actora funda el derecho que alega. Siendo así, cuenta con igual lapso de tiempo para objetar los documentos que acompañan la demanda.

En caso de formularse demanda reconvenzional, tiene el actor –ahora demandado– el plazo de diez días para contestar. Respecto a los escritos de réplica y dúplica, una vez que se da traslado a las partes, estas cuentan, en cada caso, con un plazo de cinco días para formular sus defensas, incluyendo la impugnación documentaria.

Como puede apreciarse, los plazos se acortan, a tenor de los principios de economía y celeridad procesales. Empero, como se trata de plazos diferentes se quebranta el principio de igualdad procesal, aunque tales plazos se insertan en la lógica que determina la LPCALE para que las partes aleguen sus respectivos derechos. Así, el actor viene al proceso en desventaja, porque ha existido un incumplimiento que le perjudica, para luego correr con la responsabilidad que supone la carga de la prueba que refuerza dicha perniciosa postura. De *lege ferenda*, pudiera limitarse el plazo para contradecir los documentos dentro del trámite de contestación, a fin de equiparar las oportunidades procesales entre las partes.¹⁰

¿Qué sucede entonces con los documentos que no hayan sido impugnados en los escritos polémicos porque no se contaba con elementos suficientes que pusieran en duda su fehaciencia? ¿Qué sucede si se intenta impugnar en la fase probatoria? ¿El tribunal debe declararla improcedente por no ser el momento procesal oportuno, teniéndose los documentos por reconocidos? ¿Quiere ello decir que esos documentos no combatidos en los escritos polémicos no pueden ser refutados en una nueva oportunidad?

A todas luces, parece resultar claro que precluyó la posibilidad de hacerlo, pero el tribunal, en su labor de alcanzar la verdad en el proceso, debe valorar si se articulan con la intención de certificar circunstancias diferentes de las del escrito polémico en que fueron presentados, y siendo así, pudieran ser objetados, dentro del segundo día de haber-

se unido a las actuaciones, pues no puede permitirse que la judicatura abrigue dudas en cuanto a si el instrumento fue reconocido o no. Empero, la regla general es que los instrumentos que pueden objetarse en esta nueva oportunidad son los que se insertan como medio de probanza.¹¹ Se trata, por tanto, de oportunidades diferentes, en dos momentos procesales también diferentes, por lo que cada una se ajusta a las particularidades del procedimiento que establece la ley.

Otra oportunidad para impugnar los documentos puede presentarse en caso de que, ya en la fase conclusiva del proceso, el tribunal acordase *ex officio* o a solicitud de parte, las diligencias de prueba que considerare indispensables para llegar al cabal conocimiento de la verdad en relación con las cuestiones planteadas, según lo establecido en el artículo 248 de la LPCALE; dándose traslado a la contraparte, para que, en el plazo de dos días que establece el artículo 284, pueda refutar la prueba documental razonando los motivos que amparan la causal de impugnación.

Por último, también puede suscitarse la impugnación de documentos a tenor de las facultades de tribunal. El artículo 42 de la LPCALE atribuye al tribunal una importante herramienta procesal que lo faculta, en cualquier estado del proceso, para hacer comparecer a las partes e interrogarlas sobre los hechos controvertidos, disponer la inspección de las cosas objeto del pleito y de los libros o documentos que guarden relación con el mismo. Puede entonces ser este momento de oralidad, a discreción del tribunal, el oportuno para delimitar los términos de la impugnación, subsanando aquellos que desvirtúen la práctica y valoración de la prueba documental, incluyendo, por supuesto, su trascendencia al fallo.

III.3. Causales de impugnación de documentos

Al tratar el procedimiento para la impugnación del documento prueba, la doctrina y la ley centran su examen en la falta de autenticidad como causal omnicomprensiva de la misma, no así en la falta de legitimidad y de exactitud. Por su parte, el legislador procesal de 1977 incluyó en el texto –de la actual y reformada LPCALE– las tres causales de

¹⁰ Posición interesante que regula el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba, en Argentina, y en su art. 197 establece que cuando en la contestación de la demanda o en la de la reconvencción, se hubiesen acompañado documentos, se dará de ellos traslado a la contraparte por el plazo de seis días, a fin de que se reconozca o niegue su autenticidad o su recepción. Nótese que se trata de una oportunidad procesal para la impugnación de documentos dentro del plazo de la contestación –siendo este más amplio– que tributa a la igualdad procesal.

¹¹ Respecto a esa oportunidad para la contradicción de la prueba documental, refiere el CGTSP, en su acuerdo 127/1983, que si se tratare de documentos presentados después de realizados los trámites correspondientes a los escritos polémicos, procede la impugnación dentro de los dos días a partir de la notificación de la providencia que dispone que el documento en cuestión ha sido unido a las actuaciones.

impugnación en su artículo 285. Ahora bien, no se deduce del texto de la normativa cubana qué entender por falta de autenticidad, de exactitud y de legitimidad, de ahí lo necesario de dedicarle un espacio a cada una.

III.3.1. Falta de autenticidad

El concepto de falta de autenticidad deriva del sentido negativo de esta, es decir, cuando el documento carece de ella. Tanto en el documento público como en el privado, la falta de autenticidad se vincula con la firma de su autor.¹² La autenticidad se fija desde la óptica de la coincidencia absoluta entre el autor formal que expresa el propio documento y el verdadero y genuino autor material, de manera que cuando se refuta, el peticionario deberá demostrar la ausencia de identidad entre quien firmó y quien se señala como firmante.

El maestro Carnelutti pone de relieve –con total tino– la importancia que ostenta respecto a la prueba documental la persona de su autor.¹³ El problema estriba en la incertidumbre que puede surgir en torno a la autoría, por lo que se hace necesaria su acreditación. Así, a la certeza de la procedencia o paternidad del documento, se le denomina *autenticidad*.

Como expresamos, no caben dudas de que los documentos que nacen con el carácter de públicos son auténticos, en tanto emanan de un funcionario dotado de fe pública. En similar situación se encuentran los privados cuyas firmas sean reconocidas por las personas a quienes se le atribuya su autoría formal, o que, en sentido negativo, no haya sido cuestionada o impugnada su autenticidad por aquellas personas a quienes pudiera perjudicar. Claro ha quedado que los documentos públicos llevan implícita –en atención a su carácter de preconstituidos– la prueba de su procedencia y, por tanto, no se precisa de otros medios para proporcionar al tribunal certeza sobre su autoría. Los privados, por su parte, no brindan dicha certidumbre y, por tanto, requieren que se practiquen otros medios de prueba, ajenos al documento mismo, para llegar a alcanzarla.

Por tanto, cuando se alude a falta de autenticidad se pretende crear incertidumbre en el tribunal respecto al autor de un documento que ha sido aportado por la parte contraria. Se trata de una calificación de la autoridad y/o

personas –en el caso de los privados– que confeccionan el documento, en relación con el acto propio que ejercen, ya sea de carácter público como en el caso de las escrituras notariales, o privados como cualquier negocio jurídico documentado.

III.3.2. Falta de exactitud

El profesor Mendoza Díaz, al referirse a la prueba documental y a su impugnación, denota la estrecha relación existente entre esta causal y la falta de autenticidad. Sostiene el citado autor que se trata de *instrumento exacto* cuando «exista coincidencia en los restantes datos contenidos en el documento, entre el original y la copia».¹⁴ Cuando hace alusión a los restantes datos, se refiere a aquellos, además del autor, que integran el documento. Esa posición está en consonancia con la sostenida por Bonnier –y que retoma Mantecón Ramos–¹⁵ quien plantea que la fe que se le otorga al documento en forma auténtica se apoya en la presunción de apariencia de autenticidad, cuando procede de un oficial público y no presenta alteraciones materiales.¹⁶

La exactitud se refiere a los hechos en tiempo presente y exige la adecuación impoluta de la narración a los hechos que contiene el documento, sin omitir ningún elemento, adecuación que responde a circunstancias específicas: de tipo funcional, legal, material, de tiempo, de lugar, u otras que refieran el motivo de la materialización del documento y su aportación posterior al proceso.

Para que un instrumento sea exacto, debe ser reflejo fiel del original, conteniendo los mismos datos, sin alteración de ninguna índole. La copia que se intenta hacer valer en el proceso como prueba, debe encontrar su imagen exacta, al calco, en el original. De no ser así, el documento no se aprecia exacto y, en consecuencia, carece de un presupuesto imprescindible para su correcta apreciación por la judicatura, previa impugnación articulada por la parte contraria.

Se trata, por tanto, de la calificación de las afirmaciones que se contengan en el documento, con la consiguiente evaluación de los datos que comprenda. Con la falta de exactitud lo que se persigue es, sencillamente, discutir la correspondencia entre la copia y el original, con vistas a crear dudas en el órgano juzgador acerca de la fidelidad que debe existir entre ambas.

¹² Legislaciones como la brasileña regulan la autenticidad en relación con la firma, e incluso declaran que el documento se entenderá auténtico cuando el funcionario reconoce la firma del signatario hecha en su presencia y contenida en el documento.

¹³ Véanse Carnelutti, Francesco: *Sistema...*, op. cit., p. 425 y Bentham, Jeremías: *Op. cit.*, p. 271.

¹⁴ Mendoza Díaz, Juan: *La prueba...*, op. cit., p. 48.

¹⁵ Véase Mantecón Ramos, Ariel: *Op. cit.*

¹⁶ Véase Bonnier, Eduardo: *Tratado teórico-práctico de las pruebas en Derecho Civil y Penal*, t. II, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1869, p. 192.

Que se impugne un documento por falta de exactitud, no excluye en lo absoluto que se refute por falta de autenticidad, pues además de no coincidir el autor, pudieran no coincidir las restantes cuestiones que señala el documento. De presentarse los dos supuestos, deben sostenerse los motivos que fundamentan cada uno. Al tratarse de la autenticidad, se impugna la procedencia del documento, su autoría, resultando una impugnación de carácter subjetivo, mientras que la exactitud refiere cuestiones de tipo objetivo, como la fecha, el lugar o los motivos del documento.

III.3.3. Falta de legitimidad

Sin dudas, se trata de la causal de impugnación más difícil de conceptualizar y, consecuentemente, de caracterizar, producto de que la doctrina y legislaciones foráneas centran su atención en la inautenticidad del documento como causal omnicomprendensiva para su contradicción.

Ante esta laguna, encontramos respuesta y asidero en el pensamiento de Ramos Méndez, quien ofrece explicaciones sobre la falta de legitimidad como motivo de esta particular forma de impugnación. Explica el autor que «el concepto de documento legítimo se opone al de falso, ya sea por razones de fondo o de forma».¹⁷ En esa misma línea, en la doctrina patria, se pronuncian Mendoza Díaz y Mantecón Ramos, al aducir que existe falta de legitimidad cuando en el documento son incluidos hechos falsos.¹⁸

Ese tipo de impugnación puede ventilarse tanto en sede penal como civil, por supuesto, en dependencia de que se configure el tipo penal de falsificación de documentos o no. La impugnación por falsedad documental exige una declaración prejudicial sobre la misma. Si una de las partes sostiene la falsedad de un documento, al promover la acción penal en descubrimiento del delito, y de su autor, se suspende el litigio civil en el estado en que se halle, hasta que recaiga la ejecutoria de la causa penal.

Estamos en presencia de uno de los casos que la doctrina reconoce como típico de prejudicialidad penal en el proceso civil.¹⁹ La falsedad documental ventilada en sede penal puede colisionar con el objeto del proceso civil y con los hechos objeto de la actividad probatoria y, por tanto,

incidir directamente en el fallo; razón por la que se requiere, necesariamente, de una previa calificación jurídico penal. De ventilarse en clave penal puede no solo afectar directamente el fallo civil, sino, además, al resto de los actos procesales sustanciados con anterioridad a este y, por tanto, se precisa la suspensión del proceso civil.

Como se aprecia, dicho supuesto de impugnación roza con la falsedad documental propia del Derecho Penal, ya que se pone en tela de juicio la delgadísima línea que separa al ilícito civil del ilícito penal en el contexto de la falsedad documentaria. Así, explica Redenti que la querrela de falsedad «puede tener curso en sede civil solamente cuando no pueda haber lugar al procedimiento penal para la declaración de certeza de la falsedad como delito».²⁰

Pero tratándose de impugnación por falta de legitimidad, puede darse el caso de que se configure la falsedad de orden civil, en la que se pretende destruir el valor probatorio del documento y no precisamente la persecución penal. Se trata de lo que Bonnier denomina *falsedad incidental propiamente civil*, en aquellos casos en que la persecución penal resulta innecesaria.²¹

En nuestro criterio, existe también falta de legitimidad, cuando el funcionario público que expide el documento no es el competente ni autorizado por la ley para hacerlo. Se trata de un tema de cuestionamiento de la calidad del funcionario que expide el documento. Puede que el documento resulte *auténtico* por coincidir su autor real con el formal, y *exacto* por no presentar alteraciones en su contenido, pero no se presenta *legítimo* porque el funcionario que lo emite no es, por razón de su competencia, el facultado para ello²² y, por tanto, resulta impugnabile por esta razón.

III.4. Las causales de impugnación en la LPCALE. Valoración desde el carácter público y privado de los documentos

Vistas las causales de impugnación desde el punto de vista teórico, corresponde ahora analizar su tratamiento

¹⁷ Véase Ramos Méndez, Francisco: *Derecho Procesal Civil*, t. I, 3ª. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 567-574.

¹⁸ Véanse Mendoza Díaz, Juan: *Aspectos generales sobre la prueba y la eficacia del instrumento público notarial en el proceso civil*, disponible en formato digital en la intranet de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, p. 18 y Mantecón Ramos, Ariel: *Op. cit.*, p. 367.

¹⁹ En este sentido véase Oliva, Andrés de la y Miguel Ángel Fernández: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª. ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 457-464.

²⁰ Redenti, Enrico: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, págs. 250 y 251.

²¹ Véase Bonnier, Eduardo: *Op. cit.*, pp. 179-186. Asimismo, véase Ricci, Francisco: *Op. cit.*, pp. 230-234.

²² A modo de ejemplo, en caso de que la copia de sentencia firme se encuentre firmada por el presidente del tribunal, cuando lo que procede es que esté firmada por el secretario judicial, único facultado para expedir las copias certificadas de las resoluciones judiciales, el documento, aunque auténtico y exacto, no es legítimo.

desde la óptica de la LPCALE, haciendo hincapié en el procedimiento de cada una a partir del carácter público y privado del documento.

III.4.1. Respetto al documento público

Regula la LPCALE en su artículo 285, que con el decursar del plazo para impugnar, o de no prosperar la impugnación, los documentos se tendrán por eficaces, lo que torna evidente la continuidad del carácter de prueba plena respecto a ese documento que no soporta los efectos de la impugnación.

A contrario sensu, cuando la impugnación ha prosperado, se produce como principal consecuencia la pérdida de eficacia del medio probatorio. Este análisis no se deduce del tenor literal de la ley, sino que llega a comprenderse de manera indirecta, pues si el propio artículo 285 determina que de no impugnarse el documento se tendrá por eficaz, indica con ello que si la impugnación se admite, el instrumento deviene ineficaz.

En cuanto al procedimiento a seguir, el artículo 286 de la LPCALE dispone que una vez admitida la solicitud de impugnación por falta de autenticidad opera el cotejo con su original, con citación de las partes, a fin de conocer la coincidencia o no entre ambos. Cotejo que está encaminado a examinar dos escritos, comparándolos entre sí con vistas a determinar la identidad entre ambos o si, al menos, existe correspondencia entre ellos.

Por su parte, el artículo 287 ordena, de igual forma, la práctica del cotejo de letras cuando se tenga duda en torno a la autenticidad, siempre y cuando el funcionario público que lo expidió no pueda reconocerlo. El cotejo de letras se realiza a través de un perito caligráfico, de manera que la esencia de tal acto se equipara a la práctica de un examen pericial, por lo que el documento aparece en ese caso como objeto de la prueba de peritos.

En caso de no conocerse los originales o estos hubiesen desaparecido, y ante la insuficiencia probatoria por la parte actora, los documentos se tendrán por eficaces. Entonces, la ausencia probatoria tiene los mismos efectos que la inadmisión del escrito de solicitud de impugnación, lo que deviene en presunción de veracidad cuando no existe original, acorde con el artículo 286 de la LPCALE. Esta misma fórmula se utilizará cuando se trate de la firma que no pueda ser reconocida por el funcionario que la expidió, por lo que debe procederse al cotejo de la firma con otra indubitada del propio funcionario.

Por su parte, la falta de exactitud se refiere a la introducción o supresión de hechos. La inclusión de nuevos acontecimientos o la ausencia de ellos en el documento,

originan un desequilibrio en el mismo y lo colocan en tela de juicio. La ausencia de coincidencia entre los datos contenidos en el original y los expresados en la copia, según el artículo 286, conlleva también a la ineficacia del documento. Empero, somos del criterio que ello no puede ser causal de desestimación total del medio de prueba, por lo que podrá ser ineficaz en cuanto a los datos que no son ciertos, pero no respecto al resto del documento. En cuanto a dicha causal, en los documentos públicos, la fórmula a seguir para el procedimiento resulta idéntica a la estipulada en el artículo 286 respecto a la falta de autenticidad.

Cuestión diferente sucede con la legitimidad en los documentos públicos, no encontrando asidero legislativo el procedimiento a seguir en esos casos. La ley no confiere la posibilidad de oponerse a la impugnación de la otra parte, sino a la decisión del tribunal, lo que provoca sin dudas un estado de indefensión. No existe un procedimiento para cuestionar la legitimidad ni para oponerse a esa razón de impugnación. La LPCALE no contiene un cauce procesal incidental para solucionar el tema de la objeción por falta de legitimidad, por lo que es el momento de la sentencia, el oportuno para que el tribunal adopte la decisión que en Derecho proceda.

III.4.2. Respetto al documento privado

El documento privado corre similar suerte que el público, pero con matices que le distinguen de aquel. En caso de configurarse cualquiera de las tres causales, si ha transcurrido el lapso de dos días para instar la impugnación o esta se ha declarado *inadmisibile*, el documento se tendrá por eficaz, a tenor del artículo 297 de la LPCALE. Por el contrario, de prosperar la impugnación, se le resta su valor probatorio.

La impugnación de ese tipo de instrumento por inauténtico, se regula en los artículos 287 y 288 de la LPCALE. El primer paso, según el artículo 288, es el cotejo, a través de un perito caligráfico, respecto a las firmas o letras indubitadas que señale la parte interesada. De no haber firma, pero existiendo una autorización por conducto de impresiones digitales, procede su comparación bajo la apreciación de peritos en dactiloscopia.

De no resultar posible la práctica del cotejo por una u otra vía, el documento impugnado se tendrá por auténtico en virtud de no haber prosperado la objeción. Aun cuando el artículo 288 no hace referencia a una causal en particular, sí se puede apreciar que ambos cotejos se realizan para conocer la autoría del documento, por lo que se refieren —específicamente— a su autenticidad.

Queda entonces desprovisto de un procedimiento a seguir para la falta de exactitud de los documentos privados. Quizás la justificación se encuentre en el artículo 282, al

disponerse que se presentarán a través de sus originales, pero si se prosigue con su lectura, nos percatamos de que puede presentarse copia o certificación auténtica, caso para el cual la ley no brinda solución. La salida, en nuestro criterio, la encontramos por analogía en el artículo 286, en razón del posible cotejo con el original, pues la copia o la certificación auténtica del documento privado pueden contrastarse con el original, en aras de conocer si existen o no modificaciones en su texto.

Respecto a la falta de legitimidad del documento privado, el cauce legal para su demostración requiere, primeramente, el reconocimiento por la persona que lo suscribió, y de no resultar ello por negación expresa de la parte o por su imposibilidad, se procede al cotejo con las formalidades pertinentes. La norma no hace referencia expresa a las formalidades a seguir para su caso, sino que lo hace de manera indirecta, apreciándose así una laguna de ley que no encuentra respuesta en el cuerpo de la LPCALE.

III.5. Indebida identidad objetiva de las causales de impugnación de cara a la valoración del documento prueba

Tanto en la doctrina como en las legislaciones, se aprecia una notable sinonimia entre las causales de impugnación de documentos. Es cierto que lo importante radica en que se cuestione la trascendencia del instrumento para el proceso, con independencia de los motivos que la sostengan, pero también resulta incuestionable que cada causal de impugnación tiene efectos propios.

El efecto principal de la impugnación de documentos es la pérdida de su valor probatorio, criterio seguido mayoritariamente por la doctrina y las legislaciones, incluyendo la LPCALE. Empero, ello no puede constituir una afirmación categórica respecto a todas las causales de impugnación, pues –en criterio propio– a tenor del principio de divisibilidad del documento, aquella parte que no fue impugnada puede hacer prueba respecto a los hechos que contiene y, en ese sentido, debe ser valorada por el tribunal.²³

²³ Este criterio es acogido por el legislador argentino en el art. 393 del Código Procesal Civil, al hacer referencia -como indubitado- al documento impugnado, en la parte en que haya sido reconocido como cierto por el litigante a quien perjudique. Nótese la posibilidad de analizar los documentos por partes, aunado al hecho de que su impugnación no implica la pérdida total de su eficacia probatoria, solo en la parte impugnada, manteniendo el resto su eficacia para el proceso. En igual sentido se pronuncia el artículo 350.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Es así que, si se ataca la autenticidad del instrumento, ya sea público o privado, ante la confirmación resultante del cotejo, perderá su carácter de prueba plena; pero no siempre el efecto será desecharlo. En cuanto a la falta de exactitud sucede algo similar, en tanto se ve restada la eficacia probatoria respecto al elemento en que la causal de impugnación fue corroborada, mientras que el resto mantiene su carácter de prueba plena, análisis válido tanto para el documento público como para el privado, a tono con la interpretación del artículo 297 de la LPCALE.

Respecto a la falta de legitimidad, el tema adquiere otra connotación, pues de sustanciarse por vía penal, el documento emerge ineficaz al configurarse el delito de falsedad documentaria. Pero si se trata de falta de legitimidad tramitada en sede civil, porque el instrumento no fue expedido por funcionario facultado expresamente para ello, a tono con las formalidades que prescribe la ley, el documento –no legítimo– pierde su carácter público, pero su contenido se mantiene exacto, así como también se mantiene incólume su autenticidad. A tenor de ello, es que el documento no puede ser valorado conforme al criterio de prueba plena, sino mediante criterios racionales, de conformidad con el resto de los medios probatorios.

Como se aprecia, consideramos perfectamente posible la divisibilidad del documento prueba, en cuanto a sus efectos, siempre y cuando la parte impugnada –de resultar aceptada la causa alegada– no afecte directamente al resto del documento. Ese criterio de divisibilidad permite la valoración parcial del documento, por lo que cada causal de impugnación puede afectarlo total o parcialmente.

La LPCALE –en interpretación propia–, en su artículo 294, permite la divisibilidad del documento. En primer lugar, respecto a las partes, las declaraciones que contenga el documento hacen prueba plena –incluyendo la fecha y el motivo de su otorgamiento–, mientras que los restantes elementos, al no tener una mención expresa en la ley, por exclusión, conlleva a un criterio de libre valoración.²⁴ Lo mismo sucede respecto a terceros, haciendo prueba plena en cuanto a la fecha y al motivo del otorgamiento del instrumento.

Por tanto, es perfectamente divisible el documento en cuanto a su valoración, ya que la propia norma le atribuye valores probatorios diferentes a un mismo instrumento. Así, respecto a determinados aspectos, el documento hace prueba plena, y en cuanto a otros da cabida a la libre valoración.

²⁴ Este es el caso, por ejemplo, del juicio de capacidad que hace el notario en la escritura pública.

III.6. Valor legal y valoración judicial del documento prueba

El valor legal y judicial del documento prueba se relaciona con la validez y eficacia que presenta en el proceso. El valor legal nace del carácter preestablecido que le imprime la ley procesal al medio probatorio, mientras que el judicial radica en el valor que le concede la judicatura –con trascendencia al fallo– al momento de dictar sentencia.

El ámbito del valor legal se bifurca en dos sentidos, el de prueba tasada y la libre valoración. De este modo, el valor legal presupone una fuerza probatoria más pronunciada en el proceso y repercute, por consiguiente, en el grado de certeza que se le atribuye al medio de prueba en concreto.

A los documentos públicos, por disposición legal, le es inherente el carácter de prueba plena. Si se admite alguna prueba de oposición y finalmente es corroborada, el documento pierde su carácter de prueba plena y será ineficaz para el proceso, en dependencia de que la causal de impugnación abarque la totalidad del título o una parte del mismo. El privado, por su parte, como no nace con la presunción de autenticidad, requiere de su reconocimiento. Una vez que esto sucede, el documento privado se presume auténtico, por lo que alcanza el mismo valor probatorio de prueba plena.

La normativa reputa como eficaz al documento cuando la impugnación de que fuere objeto resulta inadmisibles, pero no queda claro si se refiere al momento en que se presenta el escrito y a sus formalidades, o ya a la valoración resultante del procedimiento o cauce impugnatorio con trascendencia al fallo. A nuestro juicio, ha de referirse al momento de admisión del escrito y no a la valoración resultante, pues el momento procesal para ello encuentra expresión en la sentencia, máxime si la ley considera como ineficaz al documento cuando se hubiere admitido la impugnación de marras.

Por su parte, el *valor judicial* consiste en el convencimiento o no que la judicatura ha alcanzado a la hora de dictar el fallo, lo que queda asentado en los Considerandos de su sentencia. Al recaer la valoración de la prueba –principalmente– en el juicio de existencia de los hechos, en aquellos casos en que la ley expresamente no defina el valor por el cual se registrará el medio probatorio en concreto, entonces la sentencia habrá de constituirse en reflejo material del criterio de valoración seguido por el juzgador.

Luego, cuando el instrumento no ha sido impugnado o cuando no ha prosperado la impugnación, deberá existir correlación entre el valor preestablecido y el que le dota el tribunal en su pronunciamiento definitivo, apreciando-

se de esta forma, la identidad entre el valor legal y el judicial que ha de existir en la valoración de la prueba documental.

IV. Consideraciones finales

Come se ha podido apreciar, la *impugnación documentaria* constituye un mecanismo eficaz de ejercicio del derecho a la defensa que le asiste a los justiciables. Puede llevarse a cabo tanto por vía principal como por vía de incidentes, siendo esta última la idónea para combatir los documentos aportados de contrario en un determinado proceso como medio de prueba.

En consecuencia, frente al documento aportado de parte contraria pueden asumirse varias posiciones. Es así que puede mostrarse conformidad o no con su introducción como medio de prueba en el proceso; y a partir de su definitiva admisión-incorporación puede ser reconocido, o impugnado por las causales que establece la ley en diferentes momentos procesales. Siguiendo esta secuencia, existen varias oportunidades en diferentes momentos procesales para establecer la objeción documentaria, para lo cual se cuenta en cada uno con distintos plazos.

Por otra parte, es preciso acotar que la sinonimia existente entre las voces *autenticidad*, *exactitud* y *legitimidad*, tanto en sede doctrinal como legal, conduce a frecuentes errores en la práctica judicial, respecto a las causales de impugnación que se invocan, pues el procedimiento regulado en la LPCALE resulta insuficiente.

Por último, y respecto a la valoración del documento, solo hacer referencia a que, en caso de no ser impugnado el documento o de no prosperar dicha objeción, debe coincidir la valoración que del instrumento realiza el tribunal, con la que determina la ley para este medio de prueba; pero de tratarse de documento impugnado, habiéndose admitido y corroborado la causal de objeción, puede perder su valor de prueba plena, mantenerlo en parte, o pasar a libre valoración, en dependencia de cada una de las causales y del carácter público o privado del documento.

* * * * *

¿Cómo lograr un buen interrogatorio en el acto del juicio oral?

ESP. REDIS MARÍA HERNÁNDEZ NARANJO*

SUMARIO

I. Introducción. II. El interrogatorio en el proceso penal. Aspectos generales. II.1. De la regulación jurídico-procesal del interrogatorio en Cuba. Limitaciones más importantes. III. La preparación del abogado defensor para el interrogatorio a los testigos. III.1. De la formulación de interrogantes para acusados, víctimas y testigos. III.2. El interrogatorio a los peritos. Particularidades. IV. Conclusiones

I. Introducción

El interrogatorio se ha establecido de diferentes formas a través de los diversos regímenes económicos. En la antigüedad y en algunos estados burgueses contemporáneos ha sido utilizado como un medio para afianzar el poder de las clases explotadoras, utilizando métodos inhumanos que no se corresponden con los objetivos y esencia para lo que se ha concebido la acción de interrogar en el proceso penal. En este, el interrogatorio constituye un medio auxiliar, una acción táctica, basada en preguntas bien elaboradas y dirigidas, encaminadas a un objetivo previamente concebido, en busca de esclarecer sobre un acontecimiento delictivo, lo que indica que se rige por indicaciones jurídicas que apuntan a la observancia de los principios del procedimiento y facilitan penetrar en los detalles de la pista conducente a la verdad, mediante los testimonios de las personas llamadas a declarar.

La importancia que merece el aporte del interrogatorio en el proceso penal, por lo decisivo que resulta para la obtención de la verdad y las lagunas que en ocasiones se aprecian a partir de la acción de interrogar, nos han impulsado a realizar algunas indagaciones en el tema, haciendo énfasis en el análisis de las dificultades que se presentan al practicar las pruebas personales en el acto del juicio oral, sobre todo cuando las declaraciones que constan en el expediente, en determinados casos, no resuelven con efectividad las inesperadas retractaciones o modificaciones de lo declarado en la etapa investigativa, perdiendo así virtuosidad esta acción de instrucción en el momento crucial que se somete a consideración del órgano jurisdiccional, con sus consiguientes consecuencias.

Los objetivos que nos planteamos están encaminados a despertar el interés, por parte de los abogados, sobre el estudio de los fundamentos y habilidades para interrogar, lo cual le ofrece al proceso mayor garantía y credibilidad, al eliminar la posibilidad de dudas en cuanto a las pruebas que se aportan en cada caso, todo ello, en busca de la verdad objetiva que debe salir a la luz en el juicio oral. Simultáneamente, pretendemos ilustrar acerca de la importancia de un buen interrogatorio en el acto del juicio oral, en la búsqueda de la equidad entre las partes, evitando que la acusadora afecte los legítimos intereses individuales de los acusados, quienes son parte en el proceso en igualdad de condiciones, posibilidades y derechos que los reservados a su oponente, ante un órgano imparcial que decidirá sobre los hechos que considere probados y sus consecuencias jurídico-penales, guiándose por su sincera apreciación y su interpretación de la ley, al ser considerado el juicio oral, desde el punto de vista del debido proceso, la más importante de las formalidades, de las garantías y, en resumen, el requisito más significativo que se debe cumplir previo a la imposición de una sanción a un ciudadano.

II. El interrogatorio en el proceso penal. Generalidades

El interrogatorio ha sido la más extendida fuente de información en el esclarecimiento de hechos delictivos. Cuando aún no se habían hecho descubrimientos en el campo de las huellas y los indicios, la única forma de obtención de pruebas era la confesión del propio sujeto imputado, lo que caracterizó al sistema inquisitivo de enjuiciar, que reforzando las posiciones hegemónicas de la iglesia y las clases explotadoras dominantes, en persecución de los llamados herejes enemigos de la religión católica, aplicaban tormentos, amenazas y tortuosos métodos para obtener la confesión.

Según el autor húngaro Tibor Király, fue en la segunda mitad del siglo XVIII cuando comenzó la lucha regular contra los procedimientos inquisitoriales y por la abolición de la tortura corporal y se planteó la pregunta: ¿Cuál es el camino que conduce a la verdad en el procedimiento criminal? ¿Es posible, en todo caso, arribar a esa verdad? No fue hasta el Siglo de las Luces que se iniciaron estudios sistemáticos sobre las cuestiones del conocimiento y la verdad en la disciplina del derecho procesal penal.¹

* Abogada Bufete Colectivo 6 Palma Soriano, Santiago de Cuba

¹ Király, Tibor: *Procedimiento Criminal: Verdad y Probabilidad*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 5.

Montesquieu mencionó y rechazó la tortura con palabras definitivamente severas: «El interrogatorio del culpable no puede considerarse tan imperativo como los casos anteriores, es decir, que bajo la ley, el testimonio de los testigos es suficiente para la convicción».²

Esos métodos perduraron por siglos, dejando huellas de horror e indignación contra la iglesia y sus regímenes en todas partes del mundo, pero la civilización de la humanidad ha acogido sus enseñanzas positivas posibilitando modos científicos avanzados en la obtención de pruebas, quedando atrás el secreto y la escritura de los sistemas acusatorios e inquisitivos de enjuiciar, tomando auge un sistema mixto con la superior garantía de oralidad y auténtico modo de materializar las pruebas personales junto a otras acumuladas en el proceso de conocimiento. Al mismo tiempo los tratados internacionales y las legislaciones de las mayorías de los países han prohibido tal monstruosidad estableciéndose métodos humanizados para la obtención de declaraciones en los interrogatorios.

Como concepto típico de interrogatorio se entiende el procedimiento de instrucción que consiste en formular una serie de preguntas al presunto autor de un delito o infracción.³

El interrogatorio, además de ser el medio utilizado para la inclusión de pruebas personales en el proceso probatorio, es un modo valorativo de aquellas, en la medida que cobran vida las preguntas y respuestas contenidas en la acción de interrogar, al respecto existe común coincidencia en que se equipara a una forma de entrevista en busca de determinadas informaciones aportadas por el entrevistado, con la particularidad que como acción de instrucción se encamina al esclarecimiento de la verdad en ocasión de investigarse un hecho delictivo y presupone el consiguiente cotejo de los elementos obtenidos y su correlación con el hecho en sí. Por lo que en resumen, el interrogatorio constituye la técnica empleada en el proceso de conocimiento de un hecho delictivo, para a través de preguntas obtener el esclarecimiento de la verdad.

El interrogatorio judicial, que es también denominado por algunos estudiosos de la materia como *contra interrogatorio*, por el control que con él se ejerce sobre el de tipo policial, es aquel que se lleva a cabo por el fiscal, el abogado defensor y el juez durante el acto del juicio oral. En él se realiza un pesquisaje a los llamados a declarar como acusados, testigos y peritos, cuyo éxito o fracaso depende en buena medida del funcionario que lo practica,

determinante en la claridad, profundidad y coherencia con que interroga, que le permitirá lograr lo que se llama *toma de contacto psicológico* y retribuir al proceso probatorio los elementos necesarios que acrediten fehacientemente la culpabilidad del imputado, de manera que no ofrezca duda su acusación y queden esclarecidas las circunstancias y consecuencias de la acción delictiva, influyentes en la valoración de elementos de calificación y en la decisión final del juzgador.

El interrogatorio requiere que el interrogador posea conocimientos de psicología, que le permitan el estudio del sujeto a interrogar, sus intereses, sus motivaciones y sus características emocionales como parte de su personalidad. Ello constituye, sin dudas, la esencia y la base fundamental de la acción de interrogar, por el interactuar entre dos personas, donde se ventilan intereses en torno a un delito, por lo que al dirigir las preguntas, estas deben enmarcarse en un contexto psicológico favorable al deponente de la respuesta que se desea y que se cumplan los objetivos propuestos por la acción de interrogar.

Además de ser el interrogatorio el medio utilizado para la inclusión de pruebas personales en el proceso probatorio, es un modo valorativo de aquellas en la medida que cobran vida las preguntas y respuestas contenidas en la acción de interrogar, al respecto existe común coincidencia en que se equipara a una forma de entrevista en busca de determinadas informaciones aportadas por el entrevistado, con la particularidad que como acción de instrucción se encamina al esclarecimiento de la verdad en ocasión de investigarse un hecho delictivo y presupone el consiguiente cotejo de los elementos obtenidos y su correlación con el hecho en sí. Por lo que visto así constituye la técnica empleada en el proceso de conocimiento de un hecho delictivo, para a través de preguntas obtener el esclarecimiento de la verdad.

Forma parte de aquellas diligencias previas encaminadas a la obtención de datos informativos cuya efectividad se materializa con la credibilidad de los elementos obtenidos, predominando la conformación lógica de las deposiciones en relación con el hecho delictivo, en correspondencia con la personalidad del deponente, sus intereses en el asunto, su estado psíquico emocional, capacidad de percepción y reproducción de lo acontecido y la preparación del interrogador para el ejercicio de esta acción, entre otras.

A juicio de Erich Dohring, el testigo de referencia debe ser una figura excepcional, si puede acudir a juicio quien oyó, vio o percibió algo, él debe ser el protagonista de la declaración; el testigo de referencia es un testigo de segunda mano. Ahora bien, si quien vio, oyó o percibió algo ha muerto, está en ignorado paradero o fuera de las posibili-

² *Idem.*

³ Océano Práctico: *Diccionario de la lengua española y de nombres propios*, Océano Grupo Ed., S.A., Milanesat, Barcelona, España.

dades de asistir al juicio oral (ha perdido la conciencia, por ejemplo, o está en el extranjero), es conveniente que quien oyó a dicho testigo comparezca y explique lo acontecido.⁴

Respecto a lo anterior, el autor Tibor Király refirió, citando a Voltaire: «El juez como es usual, con acontecimientos pasados conoce el caso, o al menos de una parte considerable de los elementos del caso por intermedio de otras personas, es decir indirectamente», agregando posteriormente Király que el juez no percibe el hecho que tiene que juzgar con sus propios órganos de los sentidos, no le ve, no le escucha y en consecuencia debe confiar en otras personas.⁵

Con independencia de la importancia que recae sobre las pruebas indiciarias y otras referativas como pruebas indirectas en el proceso de conocimiento, es loable y de hecho lo más común, que las partes traten de llevar al funcionario judicial las pruebas originales y directas, las que además de ser idóneas para la apreciación de los hechos por su nexo inmediato con lo sucedido, se corresponden con todos y cada uno de los principios que rigen la prueba. Es por ello que en la etapa inicial del proceso para que se cumplan los fines de la investigación con eficiencia, deben encaminarse los mayores esfuerzos a su obtención de modo claro y legal, procurando que con ellas llegue al proceso lo que se percibió por el deponente, proporcionando así la convicción del juzgador, quien siempre ha preferido esas vivencias directas antes que ilustrarse por otros medios secundarios.

De todo ello se desprende que el interrogatorio se adecua a la inserción eficaz de las pruebas personales en el proceso probatorio, pues a través de ellas se reproducen las vivencias de lo acontecido y se enmarca el nexo directo de los mismos con el hecho investigado.

II.1. De la regulación jurídico-procesal del interrogatorio en Cuba. Limitaciones más importantes

El régimen jurídico al que debe ajustarse el interrogatorio en cuanto a las garantías para su realización tiene su antecedente en el artículo 389 de la LECRIM que, *grosso modo*, planteaba la exigencia de que las preguntas se hiciera en forma directa y sin que en ningún caso se autori-

zaren aquellas de carácter capcioso o sugestivo, además de la prohibición del empleo de todo género de coacción o amenaza.

Con ello se garantiza que las declaraciones emitidas especialmente por los imputados se produzcan en total y absoluta libertad y espontaneidad, tanto en lo relativo a su efectiva realización, así como en lo referido a su contenido, por lo que se veda, en consecuencia, el empleo de toda fórmula que directa o indirectamente constriña o fuerce la voluntad del deponente.

El artículo 312 de la Ley de Procedimiento Penal cubana, es un claro ejemplo de lo planteado anteriormente, señalando que al acusado se le concede el derecho de declarar o abstenerse de hacerlo, respetando el principio general de que nadie tiene la obligación de declarar en su contra y conservar igual derecho con respecto a las preguntas que el fiscal, acusador o defensor, o el propio tribunal, pudieren hacerle en el desarrollo de la vista.⁶

Hace un tiempo atrás, en la práctica diaria nos encontramos con el caso de que aún cuando el imputado manifestare su deseo de no declarar, el juez le preguntaba si deseaba contestar alguna pregunta hecha por el fiscal o el abogado. Al acceder el acusado a ello, era cuando aprovechaba el fiscal para interrogarlo en cuestiones sobre las que el encausado no quería hablar, y un tanto por el desconocimiento que respecto a cuestiones jurídicas poseen algunos ciudadanos, contestaban las preguntas del fiscal, basadas en datos que dicha parte interesaba, cuestión esta que perjudicaba lo que ya habían preparado el acusado y su abogado en virtud de su defensa. Sin embargo, se ha ido solucionando tal práctica, decidiéndose que si el acusado manifiesta su decisión de no declarar, se respete su dicho y de esta forma se consigne en acta, lo que conduce a un mejor proceso judicial, con mayor garantía, equivalente al llamado *justo proceso*.

Por otro lado, en caso de que el acusado opte por el derecho que le da la ley de no declarar, debe entenderse por ello su derecho únicamente al *silencio* y nada más, pues en la práctica, en reiteradas ocasiones escuchamos al juez que preside el acto preguntar a cuál de las tantas declaraciones que ha ofrecido en la investigación se acoge, lo que

⁴ Dohring, Erich: *La prueba, su práctica y apreciación*, Ed. Minjus, La Habana, 1986, p. 21.

⁵ Voltaire: *Comentarios sobre los delitos y las penas*, 1979, vol. 25, p. 572, citado por Király, Tibor: *Procedimiento Criminal, Verdad y Probabilidad*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1998, p. 60.

⁶ Art. 312: «Ningún acusado tiene obligación de declarar en su propia causa. El Presidente del Tribunal le preguntará si desea prestar declaración, previamente advertido del derecho que le asiste de hacerlo o no. Si el acusado quisiera hacerlo, manifestará lo que entienda necesario en relación con los hechos. Después pueden preguntarle los que sean parte en el proceso, comenzando por el fiscal o el acusador, y está obligado a contestar o expresar que se abstiene de dar respuesta a la pregunta que le haya formulado».

consideramos improcedente, por la sencilla razón de que puede que el acusado en toda la fase de investigación, previa al acto del juicio oral, se haya mantenido negando su participación o su responsabilidad en los hechos, sin embargo, en al acto del juicio oral no desee seguir negando ni reconocer los hechos que tantas veces negó y que son evidentemente claros y con pruebas tangibles de que él es responsable, pero sencillamente no desea declarar, colocando al enjuiciado en una posición incómoda, por lo que es preciso se respete ese derecho al silencio.

Este medio de prueba se maneja en el derecho comparado como un importante aporte y hay quienes le dan tamaño valor que lo jerarquizan en lo más alto de la pirámide de tasación de las pruebas. El declararse *culpable* en algunos países que se acogen al sistema de pruebas tasadas, es suficiente y decisivo para que caiga el peso de la justicia sobre él.

Se trata, tal como expresan los artículos 136 a) y 126 de los Códigos Procesales Penales alemán y portugués, de evitar toda perturbación, no solo en la libertad de decisión, sino también en la de actuación voluntaria, o como sanciona el artículo 64.2 del Código Procesal Penal italiano, de evitar la utilización de técnicas que puedan influir en la libertad de autodeterminación o alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

Por su parte, en cuanto a la prueba testifical y este importante interrogatorio, podemos decir que en los albores de las sociedades civilizadas, cuando se desconocía el arte de la escritura, la prueba de testigos fue el método más común para probar en juicio los hechos.

Esta prueba llamada también *prueba personal*, como la confesión, es incuestionablemente una de las pruebas más importantes del proceso penal y puede considerarse como la más antigua de las usadas para la averiguación de los hechos punibles. Es tan antigua como el proceso y puede decirse que es anterior a la prueba documental y a la experticia, por eso es la más socorrida y la única que en los primeros tiempos del enjuiciamiento se ponía en práctica.

Para la Enciclopedia Jurídica Española, la *prueba testifical* es: «...la que se hace por medio de testigos que son personas fidedignas, que declaran en forma legal sobre la verdad o falsedad de los hechos alegados y no reconocidos en el juicio, de que tengan conocimiento, ya por haberlos presenciado, ya por referencia».⁷

Puede definirse al *testigo* como la persona física que espontáneamente o requerida, expone en el proceso las noticias que posee sobre los hechos que se quieren probar.

La característica genérica del testigo, consiste en que haya tenido conocimiento directo o indirecto del delito. En la legislación procesal penal cubana se encuentra regulado el interrogatorio al testigo en el artículo 320.⁸

Es de suma importancia, la presencia de los testigos en el acto del juicio oral, por cuanto le permite al tribunal sentenciador tener en cuenta sus expresiones o manifestaciones en vivo, dinámicas en las que cuenta el gesto, el silencio, el tono de voz, los titubeos y vacilaciones, así como la constatación de una serie de datos esenciales para comprobar su credibilidad objetiva y subjetiva, de ahí la necesidad de que la prueba testifical se practique en el acto del juicio oral, único momento en que se respetan los principios de inmediación y contradicción.

El cumplimiento del derecho y el deber de testificar en justicia penal requiere que se tenga capacidad natural para recibir conscientemente las situaciones del mundo exterior y después reproducirlas del mismo modo en la fase judicial, o por lo menos dar fe de la existencia del hecho aseverado, y se presume además, que todo testigo dirá la verdad, en tanto no exista una razón más fuerte que lo conlleve a obrar en dirección contraria.

Nos llama la atención el especial cuidado que el legislador ha previsto para el interrogatorio a los testigos y específicamente, amparado en la Ley de Procedimiento Penal cubana, en el proceso penal en nuestro país, se prohíben las preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, tal y como lo preceptúa el artículo 322 del mencionado cuerpo legal.⁹

Asumiendo una concreta posición política, en términos muy similares los códigos centroamericanos recogen el principio de libertad de la prueba, al disponer en Guatemala que «se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas» (Artículo 182 CPPG); en El Salvador que «los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal de prueba,

⁸ Art. 320: «Una vez instruido el testigo por el Presidente de la obligación de decir la verdad y de la responsabilidad penal en que incurriría si faltare a ella, así como de preguntársele por sus generales y sobre si conoce al acusado y al ofendido, así como con respecto al parentesco, amistad, enemistad o relaciones que tenga con alguno de ellos, se procederá a su interrogatorio por la parte que lo propuso. A continuación puede ser interrogado por las demás partes y miembros del Tribunal. Puede, además, ser repreguntado por los que lo soliciten del Presidente».

⁹ Art. 322: «El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes».

⁷ Enciclopedia Jurídica Española, Ed. Trivium, Madrid, 1994, p. 230.

respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes» (Artículo 162 CPPES); y en Costa Rica que «podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley» (Artículo 182 CPPCR). Estas redacciones siguen las recomendaciones del Código Tipo, al estatuir que en el proceso penal «se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso y por cualquier medio de prueba permitido» (Artículo 148 CPPT).¹⁰

III. Principales habilidades para el interrogatorio en el acto del juicio oral. La preparación del abogado defensor para el interrogatorio de los testigos

La jerarquía de la prueba testimonial resulta de la experiencia de que el hombre por lo general percibe y narra la verdad y, solo por excepción, engaña o miente. Pero también se ha contradicho esta afirmación por cuanto el hombre es capaz de *acomodar su cuerpo* a sus intereses. No es necesario ingresar a la polémica, ni mucho menos tomar posición sobre el tema. La naturaleza humana es así. Nunca habrá un testigo cien por ciento objetivo, siempre por mínimo que sea algún estímulo (moral, ético, material, etcétera) tendrá para motivarse por sus dichos. No obstante, no es un impedimento para recabar su versión. En principio, todo testimonio es válido, y luego habrá tiempo para descalificar al testigo en función de la apreciación que se haya tenido de su conducta, del vínculo con las partes, de su incapacidad, etcétera.

Para detallar, puede definirse el testimonio como la declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pueda conocer por percepción de sus sentidos sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos.

Durante la realización del interrogatorio es necesario, ante todo, hacer valer las garantías y principios propios del juicio oral, debiendo tenerse en cuenta la responsabilidad

ética hacia el tribunal y hacia las otras partes, con el cuidado de conducirse con propiedad y buena fe. El conocimiento de los hechos por parte del testigo deberá ser anterior a su declaración, y por percepción sensorial (lo que vio, escuchó, olió, gustó o tocó).

Como resultado de la preparación previa del abogado al juicio oral, con la lectura de las declaraciones de los deponentes en el expediente de fase preparatoria, se habrán podido determinar los puntos claves a lucir dentro de su testimonio; sabrá llegar a ellos rápidamente, así como desarrollarlos de forma suficiente y luego detenerse en los apartados que más le ofrezcan dudas y que quiera especificar y aclarar. Resulta preciso desarrollar solo el testimonio que apoye la hipótesis del caso, ya que solicitar información adicional podría distraer al juez de su verdadero propósito.

Antes de la celebración del juicio oral debe revisarse la teoría del caso y refrescar sobre los puntos que se desea deban ser debatidos, así como el proyecto de discusión final para decidir cuál es la mínima información que debe solicitar al testigo, debido a que cualquier testimonio, detalle o conclusión que no apoye algún elemento de la hipótesis del caso y su proyecto de discusión final, no debe presentarse. La brevedad tiene la virtud de presentar la información con claridad y por lo tanto, usarla es muestra de destreza, además, al declarar el testigo debe referirse a lo que le consta únicamente, sin referir palabras dubitativas.

Dadas todas las condiciones para comenzar el interrogatorio en la Sala de juicio oral, es importante que siempre se utilice un lenguaje apropiado con el deponente, lo que frecuentemente involucra escoger palabras y frases simples para sus preguntas de acuerdo a la situación de él, eliminando el lenguaje estilizado y formal y utilizando uno simple y claro, decidiendo de antemano las palabras y frases y usándolas.

La mejor declaración es aquella en la que el declarante crea una imagen que los jueces puedan visualizar. Para algunos esto es pintar con palabras, muy pocas personas tienen suficiente don de expresión en estas circunstancias para poder sacar a la luz todo detalle de un hecho.

Algunas veces un testigo puede decir algo que no tiene sentido, o utilizar una palabra o frase poco común. Esto es particularmente cierto en los expertos, quienes con frecuencia utilizan lenguaje técnico poco conocido para personas ajenas a su campo pero también se da en el caso de los no letrados, quienes por razones de formación o por la intimidación o incomodidad que pueden sentir al rendir su testimonio en un ámbito tan público y hostil o extraño, pueden no expresarse de forma adecuada. Este caso requiere la utilización de un interrogatorio bien diseñado, un relato previamente ensayado o una combinación

¹⁰ Tomado de «La prueba en los procesos penales centroamericanos», Guatemala, El Salvador, Costa Rica, cuyo autor es el Profesor del Posgrado en Ciencias Penales, UCR y Presidente de la Sala de Casación Penal de Costa Rica, Daniel González Álvarez, disponible en soporte digital en la biblioteca jurídica de la Fiscalía General de la República de Cuba.

de los dos. En el interrogatorio es mejor aclarar la palabra o frase en el contexto en el que aparece, iniciando la aclaración refiriéndose al contexto original para luego utilizar preguntas directas con el objetivo de obtener detalles adicionales o explicaciones.

Es preciso escuchar y tomar notas durante la declaración del deponente, para luego utilizar en el interrogatorio y la discusión final. Existen dos razones para poner atención al declarante: asegurar que él mismo presente la información y/o prueba necesaria para su caso, y para saber y notar cualquier información o prueba inesperada; para ello, durante el acto de testificar o rendir relato, el abogado debe fijarse en el comportamiento del deponente. Si su actuación no es espontánea, es decir si lo ha memorizado, el tribunal se dará cuenta tanto por exceso de nerviosismo, como por enojo. El estado emocional y la presentación del declarante tienen peso en la valoración de su testimonio.

Como en todas las partes del debate es necesario tomar apuntes durante la declaración y el interrogatorio. Estos le servirán para la preparación de la discusión final, fundamentar su teoría del caso, confrontar la hipótesis del contrincante, como base para la discusión final, la réplica y para asegurar lo completo del acta del debate.

Cuando haya determinado los elementos claves del relato y del interrogatorio de los deponentes, es necesario organizarlos en orden lógico, generalmente en orden cronológico aunque esta no es la única técnica. La narrativa cronológica no es la única forma en que puede presentarse la información que se necesita, en ciertos casos puede ser más persuasivo presentar al principio la prueba más dramática o importante. Por ejemplo, un perito puede tener mayor impacto si empieza su declaración con sus conclusiones y opiniones, luego discute los medios y exámenes en que se basan.

Resulta imprescindible estar atento a las conclusiones que ofrece el testigo, ya que generalmente en su relato se expresa con conclusiones y, para que una conclusión sea un medio creíble, hay que sacar por medio del interrogatorio lo que realmente pasó para así fundamentar la conclusión u opinión.

Es recomendable la utilización de los apoyos visuales, pues sirven para ubicar a las personas en el espacio con relación al lugar de los hechos, para visualizar más concretamente qué pudo haber ocurrido. Los apoyos pueden ser utilizados durante el interrogatorio para destacar la información clave y explicar detalles importantes, en concepto de extensión de la capacidad verbal de expresión y en la medida que ayuden a esclarecer los hechos el Tribunal debe recibirlos.

En este orden de ideas, los *apoyos* muchas veces pueden tener carácter de prueba. Un ejemplo común sería un croquis preparado por un perito que posterior a la lectura de

su dictamen o testimonio, se le utiliza para efectos de ubicación o esclarecimiento, bien durante su testimonio como durante el interrogatorio de otros testigos.

Un apoyo visual puede ser otro medio de prueba y también puede que no sea prueba, como por ejemplo: fotos, mapas, croquis que haya preparado el abogado, con el objetivo de ser utilizado para esclarecer el testimonio del testigo a través del reconocimiento del objeto y la demostración del uso ante los jueces, con el objetivo de contradecir al testigo o fortalecer su testimonio mostrándole una fotografía, un mapa, un croquis que demuestra gráficamente posiciones o condiciones acerca de las cuales está declarando.

Si el letrado lo desea, puede utilizar un instrumento físico que se utilizó para la realización del hecho con el objetivo de aumentar el alcance de su interrogatorio.

Concluyendo esta parte, relacionada directamente con el interrogatorio a los testigos, podemos decir que el mejor testigo es el que ha vivido presencialmente el hecho delictivo. Aun cuando la experiencia nos enseña que la víctima u ofendido pueden tener un interés en la causa que se está juzgando, ello no implica que debe desacreditarse o tacharse como testigo por ese solo hecho, pues el hecho de que una persona tenga interés en su causa no implica necesariamente que esté mintiendo. Las víctimas y los ofendidos también dicen la verdad; lo contrario sería como asumir que el imputado siempre miente y que, por ser parte interesada, nunca va a decir la verdad.

El mejor modo de demostrar si ese testimonio es creíble o no, no es con la tacha desde el principio, sino mediante el interrogatorio. Un testigo constante, coherente, inverosímil, es aquel que ha experimentado en carne propia el hecho ilícito, o sea, que su historia no le ha sido narrada por terceros, ni ha sido un montaje, sino que la ha vivido. Aun el sujeto que ha vivido unos hechos y trata de ocultar algunos o de inventar otros, tropieza en su propia reconstrucción si se le aplica un buen interrogatorio, el cual dejará a la luz inconsistencias, falsas declaraciones, errores e inconstancias, lo que corrobora lo dicho por Enrico Ferri: «De los testigos puede decirse que deben ser pocos pero buenos».¹¹

No obstante, todo buen interrogador debe tener en cuenta que el cansancio, la falta de concentración, la presión y el estrés que significan para una persona estar en un juicio penal, el agigantamiento de la institución en relación con

¹¹ Ferri, Enrico: *Defensas penales*, 1922. Cit. en *Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano*, Lecturas Complementarias, Bogotá D. C., República de Colombia, septiembre de 2003, p. 125.

la pequeñez que el individuo siente, pueden afectar al declarante, disminuyendo su capacidad normal de memoria, lucidez o relación de hechos.

De lo referido hasta el momento, podemos citar lo referido por Danilo Rivero García y Pedro A. Pérez Pérez, con lo que estamos absolutamente de acuerdo: «con relación a la apreciación del valor de la declaración del testigo, la ley no establece reglas que lo predeterminen.¹² Todo testimonio ha de ser corroborado por otros medios de acreditación, ya que si bien su fundamento probatorio consiste en que el hombre *percibe y narra la verdad*,¹³ la vida demuestra lo opuesto, *son más frecuentes de lo imaginado los testimonios faltos de veracidad*, por disímiles motivaciones, desde no haber percibido adecuadamente la realidad hasta malas intenciones y el propósito de perjudicar o favorecer.

»Al respecto, Carnelutti¹⁴ expresa que el testigo es un hombre; un hombre con su cuerpo y con su alma, con sus intereses y con sus tentaciones, con sus recuerdos y con sus olvidos, con su ignorancia y con su cultura, con su valentía y con su miedo. Un hombre que el proceso coloca en una posición incómoda y peligrosa, sometido a una especie de requisición por utilidad pública, apartado de su negocio y de su paz, utilizado, exprimido, inquirido, convertido en objeto de sospecha. No reconozco un aspecto de la técnica penal más preocupante que el que se refiere al examen y hasta, en general, al trato del testigo, también aquí, por lo demás, la exigencia técnica termina por resolverse en una exigencia moral: si la debiese resumir en una fórmula, colocaría en el mismo plano el *respeto al testigo* y el *respeto al imputado*. En el centro del proceso, en último análisis, no están tanto el imputado o el testigo cuanto el individuo. Todos saben que *la prueba testimonial es la más falaz de todas las pruebas*; la ley rodea de muchas formalidades, que querrían prevenir los peligros; la ciencia jurídica llega al punto de considerarla un mal necesario; la ciencia psicológica regula e inventa incluso instrumentos para su valoración o sea para discernir la verdad de la mentira; pero el mejor modo de garantizar el resultado ha sido y será siempre el de reconocer en el testigo un hombre y concederle el respeto que merece todo hombre».¹⁵

¹² Ejemplo de ello en las Partidas:

Dos testigos contestes y mayores de toda excepción, que concuerden en la persona, hecho o caso, tiempo lugar y circunstancias, y no tengan tacha ni defecto, hacen plena prueba, según la Ley 32, Título 16, p. 3.

Un solo testigo, «*cuanto quier sea ome bueno é honrado*» —dice la propia ley anteriormente citada—, no hace prueba.

¹³ Lo resaltado en cursivas es de los autores citados.

¹⁴ Carnelutti, Francesco: *Las miserias del proceso penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1989, pp. 49-50.

¹⁵ Rivero García, Danilo y Pedro A. Pérez Pérez: *El Juicio Oral*, Ed. ONBC, Ciudad de La Habana, 2001, p. 45.

III.1. De la formulación de interrogantes para acusados, víctimas y testigos

Para abordar los distintos tipos de preguntas que se pueden emplear en el interrogatorio, es necesario conocer el contenido de cada una de ellas y las respuestas que se pueden recibir por cada pregunta, por lo que realizaremos una breve explicación de algunos tipos de preguntas para lo cual hemos decidido incorporar al trabajo valoraciones de preguntas a realizar a los deponentes, que bien pudieran ser el acusado, la víctima y el testigo.

Como es conocido, un interrogatorio basado en conocimientos legales no debe llevar consigo las llamadas preguntas capciosas, sugestivas e impertinentes.

La *pregunta capciosa* es la que se hace partiendo de una suposición falsa o de un medio artificial o engañoso para inducir al testigo a declarar en un sentido que no lo haría en otro caso.

La *pregunta sugestiva* es la que encierra o insinúa una respuesta determinada y la *impertinente* es la que no guarda congruencia con el objeto procesal concreto, que, aun teniendo relación con el mismo, no influye en el resultado, que se dirige al testigo con el fin de desvirtuar lo que ha declarado antes o que requiere el conocimiento de un hecho que notoriamente no puede poseer el testigo.¹⁶

Lejos de esos tres tipos de preguntas, el letrado puede realizar un sinnúmero de preguntas que inexorablemente deben conducir a respuestas esclarecedoras, en la búsqueda y puesta en práctica de su hipótesis. A continuación realizamos pequeñas valoraciones de las referidas interrogantes que puedan servir para el mejor desempeño de la representación legal a cualquier persona natural.

Las *preguntas narrativas* son aquellas que requieren de una respuesta en forma de descripción, invitan a los deponentes a narrar eventos con sus propias palabras, siempre teniendo cuidado de no proponerlas en forma sugestiva. Este tipo de pregunta permite a quien debe responderla describir eventos con sus propias palabras, provocando una respuesta más vívida y tal vez emocional. En lugar de parecer que se dan respuestas memorizadas, los testigos usan sus propias palabras que refuerzan su credibilidad y demuestran una evidente espontaneidad.

Las *preguntas abiertas* son esencialmente preguntas narrativas puntuales y que limitan la respuesta en alguna manera. Estas generalmente llaman la atención

¹⁶ *Idem*.

del testigo a un evento específico que se quiere que le describa. Como se observa, las preguntas abiertas le permitirán al testigo usar sus propias palabras y puede proporcionar una mejor demostración de memoria. También permiten al abogado enfatizar eventos importantes a través de preguntas de seguimiento para obtener detalles. Por supuesto, no pueden ser menos problemáticas que las *preguntas narrativas*, cuando los testigos que tienen que declarar lo hacen de manera mecánica, o partidaria.

Las *preguntas cerradas* buscan producir piezas de información y prueba específica. Esta forma de preguntar es puntual, pero debe dejar al testigo un espacio para describir un evento con sus propias palabras. A veces raya en lo sugestivo. Las *preguntas cerradas* pueden utilizarse para refrescar lo que recuerdan los testigos; producir información de testigos que son muy jóvenes, viejos o enfermos para responder de manera satisfactoria a preguntas abiertas; aclarar respuestas, establecer transiciones entre las áreas del interrogatorio. Las preguntas cerradas también pueden crear un interrogatorio directo más persuasivo, porque una pregunta cerrada enfoca la atención del testigo y de los jueces en un detalle específico. Usualmente, solo las *preguntas cerradas* le permiten extraer y la *pregunta abierta* favorece la incursión del elemento de persuasión a un interrogatorio directo, al integrar palabras o frases específicas.

Las preguntas de seguimiento no guardan ningún patrón específico. Más bien se trata simplemente de seguir interrogando al testigo de acuerdo a la necesidad y lo completo o incompleto de sus respuestas previas.

La credibilidad de un testigo está basada en sus antecedentes, el contenido de la declaración y sus respuestas, así como el comportamiento. Para sostener la credibilidad de cualquier testigo es importante buscar la mejor forma de hacerlo lucir como un ser humano que tiene conocimiento de los hechos.

El letrado debe tener presente para su interrogatorio palabras claves como: ¿quién?; ¿qué?; ¿cuándo?; ¿dónde?; ¿por qué?; ¿cómo?; describa; explique; díganos. Debe hablar despacio, en voz alta y clara, hacer preguntas sencillas y claras, mantener contacto visual con el testigo, el juez y/o el tribunal, usar el silencio y la pausa para un efecto dramático, utilizar el eco y repetir información importante al incluir parte de la respuesta en su próxima pregunta, sirviéndose de hacerse el sordo, el incrédulo, el sorprendido.¹⁷

III.2. El interrogatorio a los peritos. Particularidades

El interrogatorio a los peritos es el más difícil de todos los interrogatorios, por lo que debe ser cuidadosamente planificado con arreglo a los métodos conocidos y con una preparación adecuada de las preguntas a formular técnicamente al perito.

Antes de comenzar a profundizar en cuanto al interrogatorio a los peritos en el acto del juicio oral, es necesario definir lo que entendemos por *perito*, que no es más que un auxiliar de la justicia, en una materia dada específica, que se designa para que ayude en la orientación del conocimiento racional del suceso que se necesita esclarecer para comprender la circunstancias que lo rodearon, por lo que su criterio es valorativo y simplemente expositivo, para que el tribunal lo acoja o no como prueba. Es decir que el perito debe demostrar lo que dice, para que su dictamen surta efecto convincente en el tribunal que lo valora y cobre entonces fuerza de prueba.

Los peritos, sean estos de los que por su trabajo específico cotidiano están directamente vinculados a los procesos judiciales, o sean de aquellos que en momentos concretos, dados de manera excepcional y casuística, pudieran ser nombrados para el esclarecimiento de un caso específico; deberán asumir la tarea encomendada con total profesionalidad, imparcialidad y rigor científico, concientes de la responsabilidad legal que contraen y de la importancia del papel exclusivamente influyente que desempeñan en la administración de justicia.

Resulta necesario destacar lo importante que resulta la preparación científica del perito, en cuanto a su formación técnica profesional, lo que equivale a significar también que, igualmente importante es su preparación para la exposición que habrá de realizar ante el tribunal, sobre el peritaje por él realizado. De lo contrario, puede resultar complejo y afanoso enfrentar airoso el interrogatorio a que puede ser sometido de forma pública ante el tribunal, para lo cual no se le prepara lo suficiente durante su formación técnica y, por tanto, el perito individualmente no se prepara de forma adecuada para desempeñar su papel ante el tribunal en el juicio oral en que deba exponer sus conclusiones.

El perito debe ver y sentir como algo muy personal en su labor profesional, el tratar de ser lo más concluyente y exacto que permita el desarrollo actual de la ciencia y la técnica, así como tener la certeza que ha agotado todas las posibilidades investigativas antes de arribar a conclusiones, lo que le dará la certeza y seguridad de su dictamen, que debe ser todo lo detallado y amplio posible, aun en aspectos que no le fueron solicitados en un caso dado, pero que quizás pudiera necesitarlos para su exposición ante el tribunal.

¹⁷ Tomado de *Manual de técnicas para el debate*, Proyecto CREA/ USAID, Guatemala. Disponible en soporte magnético.

Estos elementos reflejan la importancia y necesidad objetiva de la correcta, profunda y amplia preparación del perito para su comparecencia ante el tribunal el día del juicio oral. Preparación que comienza, incluso desde que recibe la solicitud del peritaje que habrá de realizar.

Y es que el interrogatorio a los peritos en el acto del juicio oral, es el más difícil de todos los interrogatorios, pues si bien la colaboración del perito resulta de gran valor, este es un especialista en una esfera de conocimientos que no dominan los juristas, lo que puede estimular el falso criterio en algunos peritos de que actúan sobre seguro y su dicho deberá ser acogido como una verdad absoluta e irrefutable. Pero sucede que legalmente toda prueba está sujeta a la libre apreciación y sana crítica, que la valoración de la prueba depende de la íntima convicción que en los jueces logre, que ni el perito ni nadie puede indicar a un juez o tribunal hacia donde debe y tiene que dirigir su fallo sancionador o absolutorio porque dejaría de existir la justicia; y además de todo eso, nadie es infalible, siempre existe la posibilidad del error humano, de la laguna en el conocimiento, de los sentimientos que tuercen la razón.

En ocasiones, algunos peritos designados se resisten a ser cuestionados por los juristas y si al llegar al tribunal, se le permite limitarse a dar su informe sin que nadie lo cuestione o solicite que amplíe, nadie exige que lo fundamente, aceptándose su dicho por los conocimientos que se supone tiene, formulándosele solo preguntas formales y genéricas, en resumen, que no es debidamente interrogado para que demuestre y convenza con sus conclusiones, estaremos reforzando su criterio erróneo de que el perito es incuestionable y con ello solo contribuiremos a debilitar la justicia, por lo que se comprende entonces la necesidad e importancia de que las partes interroguen adecuadamente al perito.

La solicitud de la presencia de los peritos en el acto del juicio oral por parte de los abogados, muchas veces es rechazada por el tribunal, en virtud de los principios de economía procesal y del mínimo de pruebas, a pesar de considerarse que son peritos cuyos dictámenes versan sobre elementos esenciales controvertidos en el hecho justiciado y por ello su presencia es insoslayable en el juicio. Aunque ocurre también que llamamos a los peritos, estos no asisten o el tribunal acepta otro perito, que aunque de la misma especialidad, no fue el que hizo el peritaje original y por tanto el que está en el juicio es persona diferente a la reclamada por el abogado en sus conclusiones provisionales. Por todo ello, el tribunal está obligado a examinar al perito, precisamente para poder defender su propio arbitrio al valorar la prueba pericial. Al peritaje podrá darle o no valor probatorio, pero no puede dejarse de examinar al perito. La valoración del peritaje, debe estar relacionada obligatoriamente con el resto de las pruebas aportadas, a todos los indicios y al razonamiento lógico,

partiendo del conocimiento general elemental sobre la materia dada y las circunstancias, hasta la comprensión del dictamen vertido.

Una vez en el acto del juicio oral, resulta importante observar la actitud y aptitud del perito interrogado. Si este asume una seguridad infundada, prepotencia, evasivas a dar los fundamentos en que respalda sus conclusiones exigiendo sean aceptadas solo por sus conocimientos personales que el resto de los presentes no poseen, es reiterativo y no amplía, se cierra a las objeciones, se molesta por ser cuestionado, ante las preguntas se remite a sus conclusiones y porfiadamente sostiene su tesis para hacer prevalecer su opinión sin dar fundamentos, argumentos y tratar de convencer; este es un perito de cuyo dicho se debe dudar y pensar en la posibilidad de que podría tener temor a ser tachado de incompetente, errado o parcializado, y no cabe duda de que profesionalmente no se cuida a sí mismo.

Para lograr un buen interrogatorio al perito, es necesaria la planificación y preparación del interrogatorio, proporcionándose los conocimientos elementales para formular las preguntas, lo que se logra con alguna literatura y consultas verbales con otros especialistas, buscando también conocer el léxico del peritaje. Tampoco debemos tener temor a expresar eventuales dudas, aún a riesgo de que, a fin de cuentas, estas pudieran resultar infundadas. Si se pregunta correctamente, siempre se ampliará el esclarecimiento del caso, aun cuando la pregunta pudiera ser no necesaria.

Resulta importante, además, establecer un orden y sentido lógico del interrogatorio, acercándose paso a paso al punto neurálgico, con cautela, tanto en lo jurídico como en el campo del peritaje, lo que indistintamente puede ser por el método concéntrico o excéntrico.

Debe interesarse el interrogador por el área de experiencia del perito. En algunos casos, puede parecer que el perito es altamente calificado, sin embargo, su experiencia real puede ser en áreas distintas de aquellas que se discuten en el debate, por lo que resulta necesario determinar la experiencia real del perito, y con habilidad podemos demostrar el estudio que sobre el tema hemos realizado nosotros (los abogados), con el objetivo de que entienda que conocemos sobre el tema aplicable al caso presentado en el debate, definiendo los términos técnicos con precisión, que para lograrlo, debe forzarlo a definir y deletrear los términos técnicos y frases, así como utilizar lenguaje común.

Se le pueden solicitar precisiones con el lenguaje del propio peritaje, con preguntas concretas, directas y simples, inferidas de la apreciación de la propia narrativa. Ello evita la confusión del perito y le muestra que el abogado domina también su terreno, aunque él no sabe en qué medida.

Puede invitarlo a dar más explicaciones, más detalladas, en lenguaje más comprensible para los no especialistas, llevándolo poco a poco al lenguaje jurídico y hasta el popular donde seremos dueños de la situación para hacer la interpretación correcta del peritaje, comenzando así el verdadero interrogatorio al perito, que debe ser respetuoso, sin hostigamiento, con una sola pregunta cada vez, permitiéndole completar y habilitar cada respuesta, como regla general, aunque las preguntas cruciales deben ser de respuestas cortas y concretas de *sí o no*, que es lo que impacta al tribunal.

Con relación al método utilizado por el perito, se le puede solicitar que exponga el aplicado en la investigación para llegar al resultado de sus conclusiones y si ese método es universalmente reconocido o irrefutable, el grado de confiabilidad o margen de error de sus conclusiones, y si el método empleado es la única posibilidad existente y confiable de llegar a conclusiones.

Por su parte, al llegar al tema de las conclusiones, es dable interrogar al perito en el sentido de que explique si sus conclusiones son personales o es un hecho científicamente demostrable e incuestionable, además de la posibilidad de que otros peritos coincidan con sus métodos y conclusiones y por último, si existen métodos diferentes para el mismo estudio, que pudieran arrojar resultados diferentes. También dentro de las conclusiones puede solicitarse que exponga el grado de certeza de sus comprobaciones o el rango de error posible, la exactitud de los porcentajes, valores y cifras, pues a veces se globaliza y lo que se dice *mitad* es el 45 % y un 70 % se da como *mayoría*, o se le dice *casi todo*. También podemos interesar, si es oportuno, la posibilidad del perito de ampliar sus conclusiones dentro del tema, pero fuera del informe rendido.

La peritación no es una prueba por sí misma por el criterio del perito, es un acto procesal en el que el perito, por mandato expreso, mediante la deducción subjetiva establece la génesis lógica, el nexos y la relación de causalidad de hechos, circunstancias e inculpadados, que no presencié, con el único objetivo de ilustrar al tribunal, por lo que es un elemento de juicio que se brinda solo en forma de asesoramiento, para que sea el tribunal quien los evalúe y decida si el dictamen brindado tiene o no valor probatorio.

El perito es un instrumento de las partes y el tribunal, para indagar sobre lo ya ocurrido y que se desconoce, siendo el peritaje el medio y método que utiliza el perito cuyo resultado de trabajo refleja en su dictamen, que no es prueba absoluta y definitiva tampoco por la simple propuesta de las partes.

Por tanto, el perito tiene una relación de subordinación plena al tribunal, ya que él solo puede interpretar hechos y circunstancias que no presencié, sin poder interpretar su significado legal, ni interpretar el Derecho, ni salirse de los estrechos marcos de su especialidad o decidir respon-

sabilidades y, en cambio, el tribunal sí está facultado para interpretar, adecuar y valorar la peritación, más todos los indicios, circunstancias, pruebas y la propia aplicación del Derecho, es por ello que a diario en nuestros informes advertimos al tribunal su condición de *perito de peritos*.

IV. Conclusiones

Podemos decir que para la práctica de un buen interrogatorio se requiere que el interrogador posea conocimientos de psicología, que le permitan el estudio del sujeto a interrogar, sus intereses, sus motivaciones y sus características emocionales como parte de su personalidad. Ello constituye, sin dudas, la esencia y la base fundamental de la acción de interrogar, el interactuar entre dos personas donde se ventilan intereses en torno a un delito, por lo que al dirigir las preguntas, estas deben enmarcarse en un contexto psicológico favorable al deponente de la respuesta que se desea y se cumplan los objetivos propuestos por la acción de interrogar.

* * * * *

El trabajador por cuenta propia y los signos distintivos, una visión desde la Sentencia 519, de 31 de octubre de 2013 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular

LIC. MARICEL DE LA CARIDAD MOLINA AGUILERA*

Referencia: Infracción de Derechos de Propiedad Industrial, a tenor del Decreto Ley 203 de 24 de diciembre de 1999, *De Marcas y Otros Signos Distintivos*.

Sin dudas, la Sentencia 519 de 31 de octubre de 2013 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, ha sentado pautas en la tutela judicial de los signos distintivos, en particular para el trabajador por cuenta propia, debido al incremento por parte de estos del uso de

* Licenciada en Derecho. Graduada de la Universidad de Camagüey en 1998. Asesora Jurídica desde 1998 hasta 2010. En 2010 ingresó a la ONBC. Desde entonces se desempeña como abogada en el Bufete Colectivo 3 de Holguín

esos signos, con el fin de distinguir productos, servicios y actividades comerciales en general; todo ello repercute en el ejercicio profesional de los operadores del Derecho que de una u otra forma aplican dichas normas.

El artículo 1 del Decreto Ley 203/1999 (en lo adelante, «el Decreto Ley»), establece que se protegen como signos distintivos las marcas, los nombres comerciales, los emblemas empresariales, los rótulos de establecimiento y los *lemas comerciales*, a través de la concesión de derechos de propiedad industrial. El artículo 2 por su parte define cada signo, siendo el lema: «toda leyenda o combinación de palabras destinada a llamar la atención del público sobre productos o servicios determinados con el fin de popularizarlos».

En la Sentencia que nos ocupa, el Tribunal Supremo Popular resuelve recurso de casación favorable al recurrente, considerando que el *lema comercial* objeto de litis, *debe salvaguardarse* contra medio censurable como es el uso no autorizado, a la luz de los *criterios elementales de rectitud*.

En tal sentido, cabe ilustrar los pormenores del asunto, iniciado a través de Demanda que se tramitó por la reglas del Proceso Ordinario, sobre «Infracción de Derechos de Propiedad Industrial», ante la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal competente, según lo establecido en el artículo 125.1 y la Disposición Final Cuarta del Decreto Ley.

En el escrito promocional, la parte actora, trabajador por cuenta propia autorizado a través de registro por la autoridad administrativa (Oficina Cubana de la Propiedad Industrial), para llamar la atención del público sobre los servicios de camarógrafo y editor, mediante un *lema comercial*; alegó el uso indebido del signo en el tráfico económico (a través de tarjetas de presentación), por parte de otro cuentapropista dedicado a la misma actividad de servicios, durante el período 2010-2012. Ello causó confusión y riesgo de asociación entre los consumidores respecto al titular, afectó el derecho de *uso exclusivo* que le confiere la legislación vigente, causó daños morales ante la colectividad de trabajadores del mismo giro, así como daños comerciales y económicos, motivado en el aprovechamiento injusto del prestigio alcanzado en el mercado por el lema y su propietario.

Bajo la tutela de los artículos 40 y 42 del Decreto Ley, en relación con el 110.1, el demandante reclamó su derecho exclusivo de usar el *lema comercial* en el tráfico económico. En tal sentido y con amparo en el artículo 44 de la propia norma, que prevé que el titular del signo registrado puede ejercer las acciones indicadas en el Decreto Ley, frente a terceros que, *sin su consentimiento, utilicen el signo, infringiendo los derechos que ese cuerpo legal le*

confiere; la demanda interesó como pretensiones, seis de las nueve posibles medidas que reconoce el Decreto Ley en su artículo 126.1:

- el cese de los actos que constituyen la infracción
- la indemnización de perjuicios
- el embargo de los productos relacionados con la infracción: material impreso o de publicidad y los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometer la misma
- las medidas necesarias para evitar la continuación o la repetición de la infracción, incluyendo la destrucción de los productos, materiales o medios antes referidos
- la reparación del daño moral
- la publicación de la sentencia condenatoria y su notificación a las personas interesadas, a costa del demandado.

También fueron solicitadas conjuntamente en el escrito promocional, las medidas provisionales reconocidas en el artículo 131 incisos a) y b) del Decreto Ley («Cese de los Actos y Embargo de Materiales y Medios»); con el objetivo de impedir la continuación de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas o asegurar la afectividad de la acción. Para ello se tuvo en cuenta el contenido de los artículos 132.1 y 133.1 de la precitada norma, acreditándose debidamente junto a la demanda, la legitimación para actuar y la existencia del derecho infringido —fueron aportadas: la «Autorización para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia» y la Resolución de la autoridad administrativa que concedió el registro del signo al titular—; así como la prueba que permitiera presumir fehacientemente la comisión de la infracción: tarjeta de presentación del demandado, contentiva de un *lema comercial* casi idéntico al registrado por el demandante. El artículo 133.1 preceptúa que *para que la medida provisional cumpla su propósito, puede ser ejecutada sin haber oído previamente a la otra parte*; aspecto debidamente solicitado por el actor y no resuelto en el curso del proceso.

Para la más completa comprensión de este asunto, es necesario destacar las pruebas que oportunamente fueron propuestas por la parte actora, entre ellas:

1. Documentales Públicas:

- Actos administrativos de la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI), que acreditan la realización de los trámites por parte del titular, para la obtención del registro del *lema comercial*

- Formularios de las gestiones del titular ante la OCPI, contentivos del gasto incurrido en el registro del lema, lo que influye en el valor comercial del signo
- Declaraciones juradas impuesto sobre ingresos personales, correspondientes a los ingresos del demandante durante 2011 y 2012, a los efectos de comprobar el descenso en los ingresos percibidos, influenciado por la competencia desleal del demandado debido al uso del signo distintivo
- Certificación de inscripción del demandado en el Registro de Contribuyentes

2. Documentales Privadas:

- Tarjetas de Presentación del demandado, con su nombre completo, dirección y teléfono, para los servicios de «Camarógrafo y Editor», divulgadas indistintamente entre 2010 y 2012; las que muestran un *lema comercial* casi idéntico al registrado por el titular
- Tarjeta de presentación del demandante, la que consigna, además de su dirección y teléfonos, los servicios de camarógrafo y editor, así como el *lema comercial* registrado para llamar la atención del público sobre dichas actividades

3. Confesión Judicial: donde fue admitida por el demandado la utilización del signo distintivo registrado

4. Testifical: Donde fue presentada como testigo la funcionaria de la Sección Provincial de la OCPI, quien en la primera oportunidad que se conoció de la infracción, alertó al demandado sobre el tema

La *Sentencia de instancia* concluyó en el Segundo Considerando, que el demandado «usó en el tráfico económico el lema comercial que previamente había sido inscripto a nombre del actor» y posteriormente la funcionaria de la OCPI que testificó en el proceso, *le prohibió el ulterior uso del lema*. Expone también el propio Considerando, que del resto de las diligencias de prueba practicadas a solicitud del demandante, no se desprende la *convicción anhelada* respecto al *incumplimiento de esta prohibición*, pues solo se propuso un testigo para corroborar tal extremo, quien refirió haber obtenido una tarjeta a nombre del demandado a finales de 2012, con el *lema comercial* objeto de controversia, «testimonio este que no deviene contundente en el análisis, pues *obvio* resulta que una vez distribuida en la población tarjetas promocionales de esta naturaleza, su *circulación se extiende a lo largo del tiempo*, sin que ello implique el ejercicio efectivo y actual de dicha actividad en 2012, *máxime* cuando de las pruebas llevadas a efecto a ruego del demandado se comprobó que desde 2010 el mismo trabajaba vinculado a un “proyecto”».

En el Tercer Considerando se dio por sentado que el actor incumplió con la carga de la prueba a que se contrae el artículo 244 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE) y en consecuencia el Tribunal de instancia declaró Sin Lugar la demanda. En esta situación procesal se estableció recurso de casación, fundamentado en nueve motivos.

La sentencia de casación acoge el tercer motivo, con amparo en el apartado 9 del artículo 630 de la LPCALE, concluyendo en el Segundo Considerando ser cierto que las pruebas fueron valoradas con error que trasciende al fallo y en tal sentido refiere la confesión judicial, las tetificales y documentales. A continuación se reproducen fragmentos del Segundo Considerando, debido al valor doctrinal y práctico que aporta:

«SIENDO PONENTE LA JUEZA
ISABEL ARREDONDO SUÁREZ

»CONSIDERANDO: (...) la confesión judicial prestada por el demandado y las deposiciones de los testigos examinados, vistas en relación con el resultado de las pruebas de documentos aportadas al pleito, (...) del que resultó el registro a su favor del lema comercial “Usted disfrute de su fiesta que yo me encargo del recuerdo” y, por ende, el derecho exclusivo de usar en el tráfico económico dicho signo distintivo, por lo que admitido por el otrora demandado (...) que usó una tarjeta de promoción contentiva de lema casi idéntico al que registrara legalmente el impugnante para similares servicios, es obvio que se configura acto infractor del derecho de propiedad industrial sin necesidad de previa declaración, con mayor razón cuando consta el testimonio imparcial, preciso e indubitado de la funcionaria de la sección provincial de la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial que, no obstante, lo requirió al respecto, y asevera que aquel le manifestó que aún le quedaban tarjetas de ese tipo y que una vez agotadas imprimiría otra con lema distinto, lo que denota su inconsecuente proceder, pues con independencia de que ya se configuraba el actuar infractor, venía obligado, no solo a cesar en el uso de las tarjetas que contenían ese lema, sino a retirar las que ya había distribuido, adoptando cualquier otra medida para esclarecer la confusión que generaba la existencia en el potencial mercado de signo sobre el que existía el derecho prioritario dimanado de la registración oficial, sin que sea dable atender lo que expuso el no recurrente para desvirtuar tales afirmaciones, e infructuosamente intentó demostrar con testifical endeble, en cuanto a la incorporación a proyecto distinto, por corresponder a todas luces a período posterior, además de que su imprevisión generó que aún en fecha reciente, como resulta el mes de diciembre de dos mil doce, un posible cliente recibió una de estas tarjetas en unidad comercial dedicada a celebraciones en que es común gestionar los servicios de fotografía, elementos de trascendente relevancia que han sido obviados por la Sala sentenciadora, lo que permite colegir que con desacierto apreció el material probatorio pues-

to a su disposición y, por tal razón, se estima el motivo bajo examen y, sin necesidad de analizar los otros propuestos, se acoge el recurso y se casa la sentencia interpelada».

Bajo estos fundamentos jurídicos, se declara por la segunda sentencia, Con Lugar en parte la demanda y en consecuencia se condena al demandado: «a que cese en el uso, en el tráfico económico, del lema comercial (...); que lo indemnice por los perjuicios económicos que le ha ocasionado en la suma de siete mil ochocientos cuarenta pesos moneda nacional; la destrucción del material impreso o de publicidad que se encuentre distribuido (...) o en poder del demandado; la reparación del daño moral, con pública retractación de la infracción ante los trabajadores por cuenta propia dedicados a las actividades de fotografía, camarógrafo y editor y, la publicación a su costa de la sentencia condenatoria en el boletín oficial de la oficina cubana de propiedad industrial».

Esta magnífica Sentencia del Tribunal Supremo Popular, puede servir de referencia y fuente de estudio en materia de propiedad industrial, específicamente en cuanto a marcas y otros signos distintivos, puesto que hace referencia a aspectos doctrinales como la información al consumidor por medio de estos signos, la inducción a error a los clientes, las prácticas engañosas, el aprovechamiento injusto del prestigio del signo o del titular, así como la *competencia desleal*, institución no contemplada aún en la legislación vigente.

A continuación el CONSIDERANDO de la segunda sentencia:

«Que por los propios fundamentos expuestos en el considerando de la sentencia de casación (...) se concluye que la demanda de que se trata debe ser parcialmente estimada, y es que resulta meritoria la tutela judicial del lema comercial objeto de protección de la propiedad industrial, como signo que transmite información a los consumidores en lo que respecta a los servicios que su titular ofrece en el mercado, de lo que deriva se salvaguarde contra medio censurable como es el uso no autorizado, a la luz de los criterios elementales de rectitud, práctica engañosa que, en el caso, empleara quien ni siquiera constaba inscrito como contribuyente, de lo que cabe colegir cuenta con menos experiencia profesional y pudo inducir a error a los clientes, aprovechándose así de las ventajas que otorgan los lemas comerciales en perjuicio de su titular, que vio disminuidos sus ingresos, actuación que se traduce en competencia desleal y debe cesar, por lo que con aplicación de lo previsto en el artículo cuarenta y dos del Decreto Ley doscientos tres de mil novecientos noventa y nueve, procede resolver como se dirá».

Es precisamente dicho artículo 42, el que establece que el registro del signo confiere a su titular el derecho de *impe-dir a terceros* el uso en el tráfico económico de un signo idéntico o similar al lema comercial, para productos o servicios idénticos o similares.

Resulta trascendente que el máximo Órgano de Justicia haya otorgado tutela judicial al derecho de propiedad industrial emanado del registro del signo distintivo, pues al ser una materia poco común entre la población y en la práctica jurídica, constituye un material para el estudio y divulgación de estas normas, que ya han comenzado a incorporarse como herramientas de trabajo por parte de los trabajadores por cuenta propia y los otros nuevos actores de la economía nacional.

* * * * *

Abogado-cliente, ¿una relación con límites?

MsC. MARÍA TERESA BENITO MENÉNDEZ*

*«Auxilia con decisión, lealtad y secreto a tu cliente,
que deposita en ti su confianza»*
(Acróstico de José María Martínez Val)

SUMARIO

I. Introducción. II. Cliente o Usuario: Denominación. III. El Contrato de Servicios Jurídicos. IV. Relación Abogado-cliente. V. El cliente de hoy. VI. Tipos de clientes. V.2. Comunicación con el cliente. V.3. ¿Cómo atender un cliente? V.4. ¿Cómo desarrollar la entrevista? VI. Insatisfacciones en la relación. VII. Insatisfacciones del Cliente. VIII. Insatisfacciones del abogado. IX. Consideraciones finales

I. Introducción

Si de *abogacía* se trata, mucho pudiera decirse, pues disímiles son los temas a discernir, todos de inigualable trascendencia pero existe uno que transita en el diario bregar de cada bufete y sin el cual no tendría razón su existencia.

* Graduada de la Universidad de Camagüey en 1987, desde entonces se desempeñó como abogada en el Bufete 2 y como Jefe de Equipo durante veinticuatro años. Fue Subdirectora Técnica de Camagüey. Graduada por esa Universidad en la especialidad de Derecho penal en el 2004. Actualmente se desempeña como Especialista de la Vicepresidencia JDN ONBC, donde atiende superación y actividad editorial.

¿Cómo se concibe un abogado sin cliente, un bufete sin clientes?, sin dudas sería una ficción. La *relación abogado-cliente* determina y da lugar al ejercicio profesional del abogado que enmarcada por baluartes, principios, normas, definen en su prestación una línea divisoria y a su vez identificativa con el *cliente* que lo ha elegido.

En Cuba, tal como quedó estatuido en el Decreto Ley 81 del Ministerio de Justicia y la Resolución 142 de 18 de diciembre de 1984 que lo reglamenta, la Abogacía se ejerce libre «por no existir una abogacía de Estado, no ser este quien paga, sino el cliente que elige según sus aspiraciones y pretensiones con tarifas autorizadas, iguales y asequibles con la complejidad del asunto. Solo debe obediencia en su actuar a la ley y a lo normado por la organización a la que pertenece, avalado por los valores morales profesionales que emergen como cardinales herramientas de trabajo traducidas en guías, principios de acción que rectorean la actividad con un basamento visto a través del compromiso político, la preparación científica y profesional, con conocimientos de la historia, la cultura en la conformación de una personalidad ética sólida».¹

En la Clausura de la Asamblea Nacional de los Bufetes Colectivos el 8 de junio de 1985, el compañero José Ramón Machado Ventura expresó: «Las bases que sustentan el ejercicio de la Abogacía por sí sola no proporcionan la autoridad, prestigio profesional y la seguridad necesarias para actuar y cumplir el papel. Lo principal es el conocimiento profundo del derecho, la identidad con los intereses de la sociedad, el pueblo trabajador, la conducta personal ajustada a los elevados principios éticos, son el complemento indispensable a las plenas garantías que proporciona el Estado para ejercer esta profesión y la garantía del más absoluto respeto al Abogado por parte de los funcionarios y dirigentes de las instituciones con los que cotidianamente se relacionan».²

En una saludable relación *cliente-abogado* prevalecen reglas a seguir que delimitan las actuaciones en un ambiente de respeto, confianza y buena fe, sin las que se pondría en riesgo la ética. Este tema tan cotidiano y usual sigue

siendo necesario e ineludible, en momentos en los que la sociedad demanda de esta organización la prestación de un servicio de *excelencia*, a tono con los cambios del modelo económico para un socialismo próspero y sustentable, en los cuales el rol del abogado cobra más vida por ser cada vez más compleja la representación de personas naturales o jurídicas. En consecuencia, el abogado de hoy, si bien lleva consigo la formación de los que lo precedieron, se enfrenta a materias no tradicionales del derecho, a conflictos de magnitudes cualitativas y cuantitativas en las que solo una personalidad ética sólida podrá acometer con éxito.³

Al ser la razón de ser de esta organización, la prestación de servicio jurídico tanto a personas naturales como jurídicas, es dable aseverar que el Contrato de Servicio Jurídico que da vida a esta relación, es substancial y, en virtud de ello, la relación que se establece entre *abogado* y *cliente* es y será durante la vida de la ONBC un estandarte a cultivar y respetar en un clima ético de respeto y observancia a la ley y a las normas de la organización.

II. Cliente o usuario: denominación

El citado Decreto Ley 81 del Ministerio de Justicia y la Resolución 142 que lo reglamenta, utilizan la terminología *usuario* al referirse a quienes contratan nuestros servicios, así aparece en el artículo 20: «Los servicios jurídicos se contratan por los usuarios con el abogado designado y se prestan conforme a lo estipulado y previo el pago de la tarifa establecida»; artículo 22: «Los usuarios de los servicios de los bufetes colectivos tienen derecho a designar al abogado de su preferencia».⁴

³ Importante resulta recordar su ejercicio desde su fundación en 1965 con el primer Bufete Colectivo en Ciudad de La Habana y, en observancia al prestigio reconocido por la Ley 1250 de 23 de junio de 1973 de Organización del Sistema Judicial que en su art. 171 estableció que para ejercer la abogacía ante los tribunales era necesario pertenecer a los Bufetes Colectivos, lo que dio un paso de avance en cuanto a reconocimiento social del abogado. Dicha ley marcó un punto importante para la abogacía, demostrando el interés del Estado por la ONBC como organización autónoma nacional de interés social, como el art. 172 punteó. Véanse los arts. 169-176 de la Ley 1250, correspondientes al Título Quinto «De los Abogados y Juristas», Capítulo I, *Publicación de Legislaciones*, vol. V, *Ley de Organización del Sistema Judicial*, eds. de bolsillo, Ministerio de Justicia, 1974.

⁴ Puede revisarse en el texto de recién impresión donde constan ambos: *Documentos Básicos para el trabajo de la ONBC*, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, 2013, págs. 1 y 18.

¹ Así fue expuesto por la autora en trabajo presentado en Congreso Internacional Abogacía 2013: «Abogacía Lucha de Pasiones», *Abogacía y Derecho: Gestión de Conflictos Jurídicos*, vol. II, *Derecho, litigios civiles y éticos*, Ed. ONBC, La Habana, 2013, p. 246.

² Palabras de José Ramón Machado Ventura, Miembro del Buró Político y del Secretariado del Comité Central en la Clausura de la Asamblea General de los Bufetes Colectivos y la elección de su Junta Directiva Nacional, Palacio de las Convenciones, 8 de junio de 1985, p. 10, documento emitido por la UNJC e impreso por el MINJUS en 1985.

El Código de Ética de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, firmado trece años más tarde, así como los procedimientos para su aplicación⁵ tal como han sido dictados y modificados utilizan el término *cliente*, lo que demuestra un cambio de terminología hacia quien nos elige o distingue y hacia el cual nos debemos en cumplimiento a lo pactado en contrato.

Si analizamos la acepción gramatical de cada uno de ellos conforme aparece en el *Diccionario Cervantes*, *usuario* significa que tiene derecho a usar una cosa⁶ y *cliente*, la persona que utiliza los servicios de otra.⁷ De manera que al referirnos a *usuario* partimos de un *uso*, lo que no es pertinente en nuestro quehacer pues *no somos usados* por esa persona, sino que cumplimos su mandato, ejercemos el derecho a tono con los conocimientos que el título universitario nos avala y en consonancia con la ley, las normas establecidas por la ONBC a la que nos comprometemos como miembros de ella.

La denominación *cliente* es la aceptada y utilizada a partir de su elección. Con ella establecemos un vínculo profesional y técnico que implica un actuar dirigido a pedir y hacer cumplir justicia, donde no basta tener la razón sino ser capaz de argumentar y demostrarla, o al menos si no se tienen los fundamentos de ley, sin defraudar al cliente cuyo interés se representa, debiendo tener el valor de defender su dicho *sin el mínimo pétalo pestilente de la flor*

⁵ Véanse en el *Manual Digital de Normas de la ONBC* el Acuerdo 1122 de 28 de noviembre de 2008 de la JDN que modificó las Normas de Procedimiento para la Aplicación del Código de Ética que fueran aprobadas por Acuerdo 630 de 27 de octubre de 1997, de la Junta Directiva Nacional. El mismo fue modificado finalmente luego de su Sesión Ordinaria de 3 y 4 de marzo de 2011, donde se aprobó por Acuerdo 5, circular entre los miembros de la Comisión Permanente el proyecto de modificación del procedimiento para la aplicación del Código de Ética, resultando procedente incluir dentro del *Manual de Normas Reglamentarias del Funcionamiento Interno de la ONBC*, el Procedimiento para la Aplicación del Código de Ética, constando así a partir del 1 de enero de 2012, con Acuerdo 630 tal como se reguló en Norma 14 Capítulo II, modificado el 10 de enero del 2013 por Acuerdo 1174, atemperando el procedimiento según su efectividad y funcionalidad en el trabajo de las Comisiones, en el cual el artículo 23 referido a las Comisiones de ética establece las conductas por las que se activarán y en los incisos b), c) y d) refleja aquellas relacionadas con la relación *abogado-cliente*.

⁶ Alvero Francés F.: *Cervantes, Diccionario Manual de la Lengua Española*, t. II, Ed. Pueblo y Educación, Instituto Cubano del libro, 7ª reimpresión, 2008, p. 858. Así mismo aparece en la Wikipedia: «usuario es aquel que usa algo o que usa ordinariamente algo», <http://www.hipertext.net>.

⁷ *Idem*, p. 181.

de la corrupción,⁸ haciendo gala de su profesionalidad y altruismo revertido en la satisfacción del cliente que es a su vez la de nuestros abogados porque «no hay goce como hacer gozosos».⁹

III. El Contrato de Servicios Jurídicos

El Contrato de Servicios Jurídicos es la vida de la organización, entraña cumplimiento de normas en su confección, siendo varios los acuerdos que así lo han dispuesto. En la actualidad, rigen para su confección, el Acuerdo 1563 de 2014, Capítulo III, Norma 4¹⁰ y el Acuerdo 1564 de 2014, referido a las Personas Jurídicas.¹¹ Así mismo, los Pará-

⁸ Así es definido por el inigualable profesor ya fallecido Delio Carreras Cuevas en *Cultura para el Abogado*, Ed. ONBC, 2001, p. 42. Tema también tratado por la autora en «La ética del abogado miembro de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en la realidad cubana del siglo XXI», *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos*, Abogacía 2012, Ed. ONBC, La Habana, 2012, p. 227 y ss.

⁹ Castro de Morales, Lilia: *Diccionario del Pensamiento de José Martí*, ed. del centenario, Ed. Selecta, La Habana, 1953, p. 165, referido a la obra de Martí, *La Opinión Nacional*, Caracas, N.Y., abril, 1882.

¹⁰ Véase la Norma y específicamente el art. 1: «Para la prestación de los servicios jurídicos es necesario formalizar el correspondiente contrato, en correspondencia con las tarifas legalmente establecidas; suscribiéndose el mismo en el local del Bufete, excepto que por alguna razón le sea imposible al cliente trasladarse, en cuyo caso y siempre con la autorización del Director de la Unidad o del Bufete, se suscribirá en el lugar donde este se encuentre.

»a) En todos los casos con el propósito de determinar la legitimidad de la persona que comparece en calidad de cliente, se deberá exigir de ella que muestre su documento de identidad, verificando que efectivamente se trata de la persona que requiere nuestros servicios, tomando del mismo las generales, dirección particular y cualquier otra vía de localización, elementos que deberán ser consignados en el contrato de servicios jurídicos, de forma clara y sucinta. En los contratos con personas jurídicas, se exigirá del representante el acuerdo, poder o resolución que lo autorice como tal».

¹¹ Véanse el art. 6: «El contrato de prestación de servicios jurídicos tiene carácter técnico y para su concertación con las personas jurídicas puede materializarse bajo la modalidad de Iguala, Tarifa Horaria o Asunto Determinado. Se formaliza con la firma del representante de la entidad, con capacidad jurídica para ello, el abogado designado y el representante del Bufete al que este pertenece. El contrato tendrá la vigencia que acuerden las partes atendiendo a su naturaleza y tipo, pudiendo prorrogarse tácitamente, según cláusula contenida en su texto»; art. 7: «En el texto del contrato deben quedar definidas las obligaciones con el cliente, el lugar y la frecuencia para la prestación del servicio, la logística y las facilidades que debe prestar el cliente al abogado, el término y condiciones de la prestación, así como el pago y el resto de las obligaciones de las partes.

metros de Calidad para la atención a Personas Naturales según Acuerdo 737 de 27 de febrero de 2012, y los Indicadores de calidad para la atención a Personas Jurídicas, a tono con la Resolución 154 del 2001 del MINJUS, establecen todo lo relativo a la confección de los contratos, la identificación de las partes que intervienen y lo preñado o pactado de cuya violación se derivan consecuencias negativas para ambas partes.

El *contrato* como acuerdo escrito de voluntades entre el contratante, que puede ser persona natural o jurídica, y el Bufete Colectivo visto a través de su director,¹² ambos con capacidad, quedan obligados al cumplimiento de sus cláusulas que en razón de este se contraen para la prestación del servicio jurídico solicitado por el cliente. Esto no es más que «el cumplimiento de las obligaciones que en virtud del mismo atañen a la organización»,¹³ y siendo un contrato de naturaleza civil abarca el *mandato*¹⁴ como figura pero con determinadas características que lo definen, pues en modo alguno puede ser catalogado el abogado «un simple mandatario»,¹⁵ en el que confluye lo pretendido por el cliente, la ética profesional y jurídica, las normas de la ONBC y la ley, de manera que no es un simple mandatario porque si bien se debe a su mandante —el cliente—, es miembro de una organización que tiene normas y a la que responde con una actuación éticamente responsable que lo distingue.

La concertación de este *contrato* requiere seriedad y control. Omisiones o pretensiones no definidas o incorrectas, son la base de fallos no deseados, insatisfacciones, quejas o indisciplinas que acarrearán descontento en el cliente, influyendo en el reconocimiento social de la organización y en el prestigio profesional del abogado,¹⁶ existiendo correspondencia entre lo pretendido por el cliente y el ser-

vicio pactado según *codificador* conforme a las tarifas de precios que, acorde a la materia y complejidad, se autorizan por el Ministerio de Finanzas y Precios y en correspondencia con la situación económica del país y el nivel de acceso de la población.¹⁷

IV. Relación abogado-cliente

«El cliente, cuando cae por primera vez en mi estudio, es por definición, un individuo molesto, y si, al presentarse, pudiera adivinar lo que pienso de él, echaría a correr horrorizado. Pero después reprimido el primer impulso de rebelión, lo invito, con una triste sonrisa, a que tome asiento y mientras tanto suspiro internamente sobre el destino del abogado, a quien la sociedad le ha confiado este delicadísimo privilegio de ser *el pararrayos de los importunos*,¹⁸ encargado de atraerlos a su estudio y hacerlos dulcemente descargar en esa especie de cámara aislante acorazada con viejas carpetas llenas de polvo, para que no pongan en peligro, al estallar libremente por el mundo, la tranquilidad de la gente feliz (...). El cliente se sienta pues frente a mí, y yo con la resignación de la víctima dispuesta al sacrificio, lo invito a que hable. Pero en los primeros minutos no puedo escuchar con atención lo que mi interlocutor me refiere, estimulado por la voz extraña de ese intruso que habla de letras de cambio vencidas (...) mi pensamiento tiende a evadirse hacia imaginarias playas, donde no existan letras de cambio (...) y ese importuno que viene a contarme sus fastidios personales (...) me causa el efecto de quien hallándome ya para subir a la escala del barco que lleva anclas, se me cuelga de las ropas a fin de no dejarme salir. Pero a medida que habla, empiezo casi sin darme cuenta a hacerle caso (...) Y cuando por fin consiento en dejar que se calle, su corazón está vaciado, su caso es ahora mi caso. Ahora lo conozco mejor que él, su asunto pasado a mi pensamiento, está ordenado y aclarado, ha sumido en él una justificación lógica cuya existencia antes ignoraba (...) Cuando el cliente se va, el mundo del abogado está poblado con una experiencia nueva, es decir con una pena más, pero también con una

Lo que se acuerde podrá ser precisado en anexos o modificado mediante suplementos»; art. 8: En el contrato se recogerá la obligación del abogado de prestar el servicio atendiendo a los parámetros de calidad establecidos y la obligación del cliente en cuanto a brindar oportunamente la información requerida, eficaz y exacta que guarde relación directa con la actividad que realiza, así como de asumir los gastos derivados de tributos».

¹² Es importante destacar que a pesar del cliente elegir su abogado, quien autoriza el contrato es el director que lo firma y valida.

¹³ Véase Mantecón, Ariel: «La abogacía como profesión en Cuba», Conferencia impartida en el VIII Encuentro Internacional de Ciencias Penales en Palacio de las Convenciones, 21 de noviembre de 2006, La Habana, *Boletín ONBC* 26, Ed. ONBC, enero-marzo, 2007, p. 27.

¹⁴ El *mandato* es un contrato por el cual una persona llamada *mandante* confía la gestión de uno o más negocios a otra que es el *mandatario*, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

¹⁵ Mantecón, Ariel: *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁶ No es casual que los Sistemas de Supervisión y Control de la ONBC se dirijan al Contrato de Servicio Jurídico, verificando cobros, tari-

fas, devoluciones, así como técnicamente son supervisados corroborando el cumplimiento de sus cláusulas y objeto.

¹⁷ Amén de que en la actualidad deben ser revisadas buscando atemperarlas a la realidad de procesos, en virtud de complejidades y clientes, ejemplo: ante un delito de malversación donde lo malversado se mueve por un millón de pesos, este acusado solo paga por concepto del servicio del abogado \$ 415.00 e igual suma ante litigios civiles donde se discuten bienes que superan los \$ 20.000 según el codificador actual.

¹⁸ Lo resaltado en cursivas es de la autora, para destacar afirmaciones que considera importantes.

razón más para sentir cariño a la vida. Había entrado un individuo molesto, pero en él se ha descubierto un débil a quien aconsejar, a un inocente a quien defender, quizás a un amigo a quien consolar. Así el abogado queda solo en su habitación, acariciando sus fieles códigos, la idea de embarcarse se ha desvanecido: tiene que quedar en tierra, en donde hay tanto por hacer».¹⁹

Elocuente pensamiento del ilustre académico abogado Piero Calamandrei que describe de manera espontánea y muy real ese primer encuentro *abogado- cliente*.

Cuando egresamos de las aulas universitarias henchidos de entusiasmo y ávidos de enfrentar casos, desentrañar polémicas y hacer cumplir la ley, nos parece maravillosa la presencia del cliente frente a nuestro buró. Cualquier cosa que este exponga o diga es lo máximo y queremos ofrecerle la mejor de las respuestas y aun cuando sepamos cómo responder, a veces preferimos consultar para no errar porque lo apreciamos al máximo. Sin embargo, el combate día a día del trabajo, con la consiguiente rutina y, sobre todo, la carga laboral que encierra el contratar disímiles asuntos –cada uno con sus características– y la atención de las más diversas personas, hacen que con el paso de los años en ocasiones nos llamemos a análisis con la almohada, cuando en el transcurso del día no atendimos de la mejor manera al cliente, ya sea porque no le dedicamos el tiempo que debía o porque no lo dejamos hablar, o simplemente porque la respuesta que le dimos no fue la más certera. Ello pone en juego nuestra profesionalidad, que con el tiempo la clientela llega a desear o a repudiar y que como pólvora se riega para bien o para mal.

Y es que al ser elegido por el cliente y efectuarse el Contrato de Servicio Jurídico el abogado inicia junto a este un viaje que puede ser largo o corto, a tenor del proceso o trámite a efectuar y en el que confluyen:

- Materia a discutir según pretensión, razones a alegar, fundamentos de ley, pruebas a aportar²⁰
- Preparación técnica-profesional del abogado que incluye cultura general integral, ética en todas sus expresiones, aptitud positiva en cuanto a proactividad

en aras de priorizar el interés del cliente conforme a la ley y normas de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos

- Características psicológicas del cliente, carácter, temperamento, cultura, conocimientos, preparación técnica e interés.

«La valoración de la maestría profesional de un abogado y de la calidad del asesoramiento jurídico, sin lugar a dudas, es inseparable de la valoración de su eficacia (...) Hay casos en que la actuación del abogado luce eficaz, si su postura ha influido en la decisión del (...) Tribunal, (...) las actuaciones del abogado no conducen necesariamente a un resultado favorable inmediato, (...) la Resolución del Tribunal puede resultar favorable para el acusado también cuando la defensa se ha realizado en forma deficiente, a un bajo nivel profesional. Dicha Resolución es siempre resultado de la actuación de muchas personas y no solo del Abogado».²¹

Interesante reflexión que nos indica cuánto confluye para alcanzar lo pretendido por el cliente.

Regido por el humanismo, la integridad, la profesionalidad, el abogado asume el asunto en ejercicio libre pero sin olvidar que es miembro de una organización y en virtud de ello, brindar un servicio de excelencia «como catalizador de pasiones con el cliente»²² pero en obediencia a la ética y la moral «no solo debe observar en todo momento los requerimientos morales, sino que también debe reaccionar sin falta ante los incumplimientos de estos que se produzcan de parte de otros participantes del proceso (...) esa posición de principios no hará más que servir a la justicia».²³

Es significativo para aquellos que trabajan la *materia penal*, intervenir ante ilícitos en los que los valores morales no solo se han perdido, sino que las consecuencias a las que han dado lugar son extremadamente severas en negativo y es que «el abogado está obligado a defender a su representado aunque sus acciones sean repudiadas por la ley y la moral (...) se le presenta un conflicto aparente entre sus normas morales y sus deberes profesionales. Para solucionar este conflicto aparente (...) tiene que tener

¹⁹ Calamandrei, Piero: *La Profesión de Abogados*, Fragmentos 2007, Ed. ONBC, p. 7. Cita muy apreciada por la autora y que también aparece en su obra *Abogacía Lucha de Pasiones*, p. 255.

²⁰ Irremediablemente, hay asuntos que según los términos de ley llevan consigo un período de tiempo, pero si a la vez se trata de materias como *vivienda y agricultura*, son aliadas de la morosidad en la tramitación.

²¹ Stetsovski, Yu: «La institución de la abogacía en la URSS: Tendencias del desarrollo», Mesa Redonda *Elevación del papel de la abogacía en el asesoramiento jurídico de los ciudadanos*, *Divulgación Jurídica Minjus*, No. 21, Año 4, 1986, p. 95.

²² Así lo menciona Delio Carreras en su obra citada con anterioridad (p. 167).

²³ Kotov, D.P.: *Problemas de la Ética Judicial*, Ed. Znanie, Moscú, 1976, p. 120.

conciencia de que su deber no es defender el delito, ni el acto incorrecto, sino los derechos y los intereses legítimos de su representado. No está llamado a obstaculizar la investigación, sino a enriquecerla, para garantizar que sea multilateral y objetiva»²⁴

En este tema, resulta bien importante vislumbrar actitudes que denotan falta de interés, desmotivación, rutina en el actuar del abogado, lo que incide considerablemente en la prestación del servicio, en los resultados de su trabajo y en el resquebrajamiento de principios rectores, al punto que pueden considerar correctas conductas del cliente que son inobjetables para el abogado, o en otro extremo, convertirlo en un ser insensible que llegue a aborrecer al cliente por su actuar incumpliendo el rol que la profesión exige. «Otro influjo externo negativo, de importancia, son los consejos o actitudes que tienden a identificar el abogado con el usuario y a compartir las normas morales de este (...) la falta de firmeza de principios y la rutina de siempre defender puede originar en el decursar del tiempo una confusión en los deberes morales del abogado, que lo identifique con una causa injusta y ello es inadmisibles».²⁵

El Código de Ética²⁶ de la ONBC en la Sección tercera *Relaciones con el cliente* artículo 7 señala: «Corresponde al abogado la lealtad y la veracidad en el asesoramiento y representación del cliente, orientándole en cada caso la mejor solución conforme a la ley». Puntualiza en el resto de su articulado aptitudes del abogado en esa relación basada en la consideración, el respeto, la vergüenza, el honor, la dignidad, la sensibilidad, la secretividad y autocrítica ante negligencias con consecuencias de daños al cliente.

V. El cliente de hoy

Los que peinamos canas en las unidades de bufete, hemos constatado que igual a como se movía el mundo en cuanto a transformaciones y avances tecnológicos inimaginables veinte años atrás, la sociedad evoluciona

social y espiritualmente y los conflictos que transgreden el entorno se convierten en litigios a solucionar judicialmente. Estos, además de diferentes, son mucho más ininteligibles porque han confluído en ellos dichos cambios y, por supuesto, el hombre como ser *biopsicosocial* se ha transformado y al necesitar asesoría legal no pocas veces discute su asunto con asombrosa vehemencia, sino que también a pesar de su desconocimiento jurídico demuestra poseer un nivel de lógica que le permite exigir su razón de manera considerable.

Sin fluctuaciones, los casos a lidiar son de mayor envergadura. En lo *penal* los ilícitos son cada vez más complejos, por ejemplo, las *malversaciones* asumen conductas bien complicadas y las cuantías son asombrosas, en lo *civil y administrativo*, los conflictos son graves porque en gran medida ya se han agotado otras vías, de manera que cuando interviene el abogado ya es irreversible.

En materia de *familia*, la emigración y las misiones internacionalistas, han traído secuelas bien marcadas²⁷ e incluso el asentimiento de la homosexualidad como estado de orientación sexual puede acarrear jurídicamente efectos con soluciones en el campo de la bioética pero no aún en el jurídico, al no poseer soporte legal como derivación de la repercusión social que implica.

Mucho más los temas *mercantiles*, marítimos, de litigios contractuales, de autor y propiedad intelectual donde la exigencia es de buenos litigantes, cubierto con abogados ya precisados por sus conocimientos probados.

En este entorno jurídico adversarial se mueven el abogado y su cliente, que ya no es el de los años setenta, ni siquiera noventa, sino que es el del nuevo milenio que exige porque conoce, revisa *internet*, accede a informaciones de toda índole, debate derecho e incluso propone manejos a su caso. Como es lógico, ello requiere del abogado mayor preparación para recordarle que él es el profesional y que como el *perito para el tribunal*, es considerado *sus espejuelos no los ojos*, al ser el cliente alguien muy especial que dice, pide, brinda consideraciones, pero sigue siendo el abogado quien dirá la última palabra conforme a derecho.

La realidad en los bufetes es la de un mundo convulso de alto tráfico jurídico ante una sociedad que se está patrimoniolizando y en consecuencia, sus conflictos

²⁴ Interesantes reflexiones del Dr. Manuel Lagunilla Martínez y del Lic. Daniel Alberto Yanes Sosa, que aparecen en «La Ética del Abogado en el Socialismo» (p. 76), trabajo que forma parte de la obra *Enfoques Jurídicos de Abogados Cubanos* de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en 1989.

²⁵ *Idem*, p. 82.

²⁶ Véase nuevamente el trabajo de la autora por abordar en detalles dicho código: *La ética del abogado miembro de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en la realidad cubana del siglo XXI*.

²⁷ Grandes conflictos en el plano familiar por la guarda y cuidado del menor en defecto de uno de los padres que está fuera del país, por la razón que sea, y los abuelos querer asumir y no contar con el respaldo legal que autoriza al padre presente, pero que no ha cuidado a ese menor a quien en muchos casos se ve como ajeno, así como los conflictos patrimoniales y su incidencia en el plano penal.

son de alta connotación en los que el abogado se inserta en representación de la persona natural o jurídica que lo demanda.

V.1. Tipos de clientes

Lo cotidiano no es sinónimo de rutina sino de realidad, el quehacer en cada *unidad* permite cuando se reúnen abogados de diferentes bufetes y provincias, coincidir en la apreciación de sus clientes, de manera que pueden clasificarse en:

- *Cliente simple o conforme*: Es aquel que interesa los servicios del bufete y no tiene conocimiento ninguno del derecho, tampoco conoce a ningún abogado y admite la decisión de la dirección del bufete en cuanto a designación de abogado y se manifiesta conforme durante la tramitación de su asunto
- *Cliente exigente*: Quien solicita un abogado porque ha sido antes atendido por él o lo pide por referencia, exigiendo solo ese y no admitiendo otro, incluso sin aceptar retorno aunque sea por enfermedad del abogado, considerando además que este no puede disfrutar de vacaciones. Se mantiene al tanto de todos los pormenores del asunto durante la tramitación
- *Cliente asequible*: Aquel que tiene criterio de elección de uno o varios abogados pero por no encontrarse o no ser posible acepta el propuesto por la dirección del bufete y cuando es necesario, acepta el retorno del asunto. Durante la tramitación acude cuando es citado y hace todo lo que el abogado indica
- *Cliente insistente*: Aquel que una vez contratado su asunto, va a diariamente o en disímiles ocasiones al bufete, exige la presencia del abogado, revisa los documentos y quiere conversar sobre su asunto en cada ocasión, sin entender que este tiene otros asuntos en trámites
- *Cliente despreocupado*: Quien contrata su asunto y luego no vuelve o solo lo hace ante citaciones insistentes del abogado, cuesta trabajo que aporte pruebas. En ocasiones regresa al bufete tanto tiempo después que, además de haberse terminado su asunto, han transcurrido años y ya ese abogado no trabaja en él
- *Cliente abogado*: Aquel que sin ser graduado en derecho quiere que su representante legal escriba y diga lo que él dice, insiste en consideraciones a seguir, sugiere constantemente al abogado, a tal punto que puede llegar a perturbarlo

- *Cliente inconforme o desconfiado*: Quien después de ser atendido por el letrado y explicado detenidamente su caso, invirtiendo horas en escucharlo y repitiendo más de una vez lo acaecido, refiere no entender y vuelve sobre lo mismo e incluso corrobora con otros letrados lo asesorado
- *Cliente quejoso*: Quien siempre se queja del actuar del abogado, ha concurrido a varias unidades de bufete, ha pasado por más de un abogado y nunca está conforme. En muchos casos es conocido en otras instancias como el Minjus, el PCC, el Gobierno, Fiscalía.

V.2. Comunicación con el cliente

«Uno es el lenguaje del gabinete; otro el del agitado parlamento»,²⁸ sin dudas, entablar un diálogo con el cliente exige además que respeto y dedicación un lenguaje adecuado, a tono con sus conocimientos y entendimiento. Exige además, ajustarse al nivel de cada cliente, a sus capacidades y, al menos en el primer contacto, permitirle que diga y exponga todo lo que en cuanto a consideraciones entienda, por ser ese su gran problema, y ver en la figura del abogado a la persona indicada para ayudarlo, amén del tiempo que se disponga para ello donde «hay tanto que decir, que ha de decirse en el menor número de palabras posible: eso sí, que cada palabra lleve ala y color».²⁹

«La habilidad para escuchar, comienza su formación de manera empírica en edades tempranas, y se va consolidando y perfeccionando hasta que se hace consciente. Presupone que el sujeto se involucre afectiva y emocionalmente en la interacción comunicativa».³⁰

Es por tanto la *escucha*, elemental en el desarrollo de la actividad del abogado y específicamente en su relación con el cliente, saber escuchar es una necesidad insosla-

²⁸ Castro de Morales, Lilia: *Op. cit.*, p. 207. En esta ocasión, se refiere a *El carácter de la Revista, Revista Venezolana*, Caracas, 15 de julio de 1881.

²⁹ *Idem.*, p. 145. Referido a *El Monumento de la Prensa, Los Periodistas de Nueva York*.

³⁰ Véase Águila Carralero, Alisvech: *Consideraciones acerca de la importancia del empleo del lenguaje no verbal para el exitoso desempeño profesional del jurista*, III Conferencia Jurídica Internacional sobre el Derecho y sus nuevos retos, p. 10. Su autora es profesora y actual decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey. En este trabajo, se trata muy concretamente el tema ajustado a los profesionales del derecho.

yable, atributo básico para el entendimiento y la comunicación. Sin embargo, la vorágine de trabajo obliga al abogado a cometer serios errores que inciden negativamente en este indicador:

- escuchar varias conversaciones al mismo tiempo
- querer solamente los datos para luego formular sus propias interpretaciones
- fingir atención al cliente
- creer saber lo que el cliente va a decir antes de que lo diga
- terminar la conversación que no le interesa desviando la atención del cliente
- asentir con la cabeza o fruncir el ceño para hacerle saber al cliente lo que siente acerca de lo que dice para evitar hablar o explicarle
- contestar inmediatamente cuando termina de hablar sin dar tregua a meditar lo que se dice
- evaluar lo que se está diciendo mientras se dice
- formular la respuesta mientras el cliente aún habla
- escuchar solo lo que quiere oír

Otra consideración en este tema es la *inteligencia* del abogado, puesta al servicio del cliente como «capacidad de entender, asimilar, elaborar información y utilizarla para resolver problemas»³¹, porque «funciones mentales como la percepción, o capacidad de recibir información, y la memoria, o capacidad de almacenarla»³² son elementales en el éxito de la comunicación.

Luego de los albores del siglo pasado, comenzaron a brotar diversas *teorías psicológicas* relativas a la inteligencia, dentro de las que con incidencia comunicacional se puntea la denominada *inteligencia emocional*, que recoge no solamente los sentimientos del emisor, sino también los del receptor, y son manejados en función de lograr el entendimiento y comprensión.³³ En-

tran en juego las emociones a fin de motivar la relación y lograr *el gancho* de manera que ambos queden atrapados.

Confluyen en la *inteligencia emocional* cinco aptitudes: autoconocimiento, autorregulación, motivación, empatía y habilidades sociales.

Las tres primeras son aptitudes personales que determinan el dominio de uno mismo y las dos últimas, aptitudes sociales porque determinan el manejo de las relaciones.

La *inteligencia emocional* en esta relación no significa simplemente *ser simpático*, *ser el que más dice* o *ser el que más cuenta*, sino ser asertivo, capaz de decir en situaciones o momentos estratégicos lo que corresponda y sin rodeos para hacerle ver una verdad importante, aunque molesta, que se haya estado evitando y por ende no significa dar rienda suelta a los sentimientos, sino manejarlos de modo tal que podamos decir sin agraviar, sin humillar, buscando comprensión, entendimiento y efectividad en la relación en busca de un objetivo común: la tramitación del asunto, la pretensión del cliente.

Son lamentables, en la praxis, actuaciones en negativo del abogado no solo por no tener un dominio de sus emociones –pues las emociones descontroladas pueden hacer convertir al inteligente en simple, en soso–, sino por no existir un dominio de todas sus aptitudes y habilidades emocionales. Es precisamente la *creatividad*³⁴ del abogado –que no es otra cosa que el desarrollo de sus *aptitudes*, de las cualidades que permiten ejercer la profesión, pues no todo graduado en derecho puede ser abogado–³⁵ un indicador imprescindible en el éxito de su ejercicio profesional, y no es más que el *talento* como manifestación de la inteligencia emocional.

Muy atinado en cuanto a dicho tema es la conocida *teoría de la realización personal o efecto Pigmalión*,³⁶ que

nal), así como sus antecedentes en 1990 en Peter Salowey y John D. Mayer, que fueron los que dieron el sello de *Inteligencia emocional*, y Edward Thorndike, que en 1920 trabajó similar línea pero haciéndola llamar la *Inteligencia social*.

³⁴ En el proceso creativo, los hemisferios cerebrales se encuentran en actividad al mismo tiempo, de forma coherente e integrada, independientemente de las habilidades de cada hemisferio, estas se encuentran distribuidas por toda la corteza cerebral.

³⁵ Se remite a la obra de la propia autora: *Abogacía Lucha de Pasiones*, que define este extremo.

³⁶ Véase Kasuga L., C. Gutiérrez y J. Muñoz: *Aprendizaje acelerado. Estrategia para la potencialización del aprendizaje*, 2001. En esta obra se estudia el tema en la relación *maestro-alumno*, pero de igual manera la realización personal puede constituir una poderosa

³¹ Tal como aparece en *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., Real Academia Española, 2001.

³² Jefferson, J. y D. Moore: *Manual de psiquiatría médica*, 2ª ed., [s.d.e.].

³³ Véanse los estudios del psicólogo estadounidense Daniel Goleman quien publicó en 1995 *Emotional Intelligence* (Inteligencia emocio-

puede constituir una poderosa fuerza en nuestro ejercicio profesional pues la forma en que tratamos a los otros y específicamente al cliente, será la forma en que estos se comportan, respeten y cumplan con las exigencias de su abogado. El pensar en positivo, la expectativa afirmativa puede ocasionar un buen desenvolvimiento que equivale a la forma de ver, de decir, de presentar las cuestiones a debatir y lograr desarrollar nuestros potenciales.

V.3. ¿Cómo atender un cliente?

«La paciencia es la dote de los fuertes»,³⁷ y mucha es la paciencia que debe tener un abogado en ejercicio, porque todo el que necesita de él tiene la habilidad de entender y comprender, lo que implica decir, repetir, ilustrar y ejemplificar si es preciso para que sea entendido y por supuesto, en lenguaje claro, afable, sonriendo cuando sea posible para dar clima de confianza y tranquilidad y a su vez precisando los extremos necesarios con la debida cooperación del cliente pero prevaleciendo el respeto mutuo que se logra cuando el abogado escucha y atiende a su cliente desde el primer encuentro porque «el que respeta se honra tanto como el respetado».³⁸

Lo primero es atenderlo adecuadamente, nunca en un pasillo ni en la recepción de la unidad, ello denota falta de interés, menosprecio, al mismo tiempo de hacer extensivo a otros lo que él quiere de nosotros, y no siempre es admitido por este que busca privacidad. Al cliente se atiende en la oficina del abogado, frente a él, no con grandilocuencia sino con sencillez, porque «la sencillez es la grandeza»³⁹ y esa la percibe el cliente cuando nos ve atentos a su caso.

En ocasiones es favorable sentarse justamente al lado del cliente, extender la silla y que este sienta un clima de confidencialidad, eliminando la división del buró y la posición del abogado por encima que le puede impedir abrirse y

afloorar detalles importantes, decisivos y necesarios para el abogado, lo que demanda de este la preparación de un clima en positivo para que fluya la comunicación, se logre la empatía⁴⁰ y se cultive la afinidad.

Inconcebible es decirle que abrevie cuando escuchamos una exposición dilatada por reflexiones que a nuestro juicio no tienen importancia. Debe buscarse el momento preciso para intervenir y con frases no concluyentes indicarle que debe dirigir su exposición hacia extremos que incidan en su pretensión, advirtiéndole que lo demás, si bien también es importante —para no menospreciarlo—, en ese momento no es lo definitivo y que puede ser objeto de otras conversaciones, buscando adentrarse en el tema que a criterio técnico interesa. «Si se mira constantemente el reloj se percibe gran ansiedad y puede llevarnos a un fracaso en la comunicación o a interpretar que nuestro interlocutor desea salirse del asunto o que nos oculta información».⁴¹

Tampoco es permitido bostezar, distraer la mirada, escribir, leer, o hacer cualquier cosa que no sea atender, ello crea un contexto de inseguridad que impediría la satisfacción al final del proceso, aunque logre la pretensión, porque se quedará con el sabor amargo de su exigua atención sin alcanzar el virtuosismo que la profesión pretende, «la virtud es un hada benéfica: ilumina los corazones por donde pasa»⁴² y solo se es virtuoso cuando hay sacrificio en el ejercicio de esta profesión.

V.4. ¿Cómo desarrollar la entrevista?

En la comunicación *abogado-cliente*, deben tenerse en cuenta tres canales para su definición: el auditivo, el visual y el kinestésico.⁴³ A criterio de la estudiosa del te-

fuerza en cada aspecto de nuestras vidas y específicamente en el ejercicio de nuestro trabajo. La idea de que lo esperado por una persona puede influenciar la conducta de otra, tiene sus raíces en la mitología griega. Pigmalión, príncipe de la mitología griega y romana, tenía por meta crear una estatua de la mujer ideal, así se enamoró de su creación como si se tratase de una verdadera mujer y dado su fe en sí mismo y en su amor, apareció la diosa Venus, el marfil se volvió carne según la mitología.

³⁷ *Idem.*, p. 254, referido a *La Opinión Nacional*, Caracas, N.Y., febrero 1882.

³⁸ *Idem.*, p. 303, referido a *A la Colonia, Revista Universal*, México, 27 de mayo 1875.

³⁹ *Idem.*, p. 311, referido a *Boletines de Orestes, Revista Universal*, México, mayo 1875.

⁴⁰ Águila Carralero, Alisvech: *Op. cit.*, p. 7.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Castro de Morales, Lilia: *Op. cit.*, p. 347. Referido a *La Opinión Nacional*, Caracas, N.Y., 26 de noviembre de 1981 («Proceso de Guiteau»).

⁴³ Véase Poyatos, F.: *La comunicación no verbal*, Madrid, 1994. Para conocer sobre la kinésica que establece, que son los movimientos y posiciones de base psicomuscular conscientes o inconscientes, aprendidos o somatogénicos, de percepción visual, audiovisual y táctil o cinestésica que, aislados o combinados con la estructura lingüística y paralingüística, y con otros sistemas somáticos y objetivos, poseen valor comunicativo intencionado o no. Todo lo cual es tratado por la Dra. Águila Carralero en su obra citada (p. 5) donde apunta: «En la definición anterior, el autor primeramente alude que la kinésica “indica” movimiento y deja entrever su concepción sobre la unidad entre estos elementos kinestésicos y los paralingüísticos

ma, la doctora Alisvech Águila Carralero: «constituyen la vía a través de la cual los sujetos de la comunicación perciben e interpretan los mensajes que son emitidos consciente e inconscientemente. Tales elementos se identifican generalmente mediante las palabras que preferencialmente empleamos para comunicarnos. Los verbos y adjetivos con los que las personas describen sus experiencias y construyen su actividad afectiva y cognitiva, son un indicador de los canales preferidos que utilizan. Reconocer nuestro canal preferido y el de las personas con las que necesitamos comunicarnos es importantísimo».⁴⁴

Al recibir al cliente por vez primera debe preguntársele a qué ha venido, qué desea, mirarle a los ojos, sonreírle y dejarlo hablar. Una vez iniciada la entrevista, el abogado debe ser capaz de saber cómo preguntar, lograr obtener información que no siempre fluye espontáneamente o, *contrario sensu*, delimitar y poner coto a consideraciones, sin afectar la sensibilidad del cliente o caer en posiciones de fuerza, que en un primer intercambio pueden acarrear discrepancias con efectos negativos en la continuidad de la representación. Es por ello que encauzar la entrevista por el canal adecuado con palabras y expresiones ajustadas, en pos de la empatía, es ineludible para el resultado final, donde el cliente siempre estará atento al proceder de su abogado y este a su vez concientizará que «todo en su cuerpo habla».⁴⁵

Es muy desagradable que el cliente sienta o piense que la persona a la que ha solicitado ayuda en razón de su profesión es incapaz de revertir la atención, pues solo se acude a este por necesidad y no por capricho.⁴⁶

En dicha relación, es necesario que el abogado domine y controle el lenguaje verbal y el no verbal, que concientice lo que dice y busque la fórmula de cómo lo dice, siempre en aras del entendimiento, la conexión y flexibilidad comu-

nicativa y del logro de la empatía⁴⁷ —que no es más que ponerse en el lugar del otro, sentir esa pena o situación que lo agobia—⁴⁸ para que ambos se sientan cómodos y el cliente regrese. Influye en ello el tono de la voz, volumen, las pausas y el ritmo —una respuesta atropellada, a veces en voz baja sin mirar al cliente, otras tan alto que lo hagan sentir humillado—, categóricamente confluyen en una mala atención y la pérdida de este cliente.

Se requiere interpretar correctamente el *mensaje*, que significa dominio de la emisión, recepción, definición de elementos no verbales (gestos, ademanes, modos de pararse, de caminar, de sentarse, de mover las manos, de mirar), unido a la voz como se ha expuesto, así como no realizar valoraciones sin pensar ni meditar, como exige una de las reglas de la oratoria: «pensar primero y hablar después», para no agraviar o esgrimir criterios *a priori*, no fundados, con implicaciones, contribuyendo a la codificación y decodificación de los mensajes para delimitar lo positivo o negativo, lo que es correcto y querido o lo incorrecto y no querido, que de ser inadvertidos el resultado comunicacional sería nefasto e inconforme para una de las partes.

VI. Insatisfacciones en la relación

En toda esta plataforma que es la *prestación del servicio*, confluyen estilos propios del diario bregar del abogado, no todos correctos o debidos pero que han marcado un sello, transmitiéndose de cliente en cliente hasta crear un hábito en esa *clientela*, más allá de una disciplina laboral y sí de manera más práctica en pos del cumplimiento del *plan de servicio y recaudación*, muy connotado para los miembros de la ONBC. Ejemplos como estos lo definen:

- Atención al cliente antes de las 8 am en el bufete⁴⁹

como estructuras inseparables (anteriormente comentado). Debemos añadir que el estudio de la kinésica se ha hecho aislando cada uno de los posibles ámbitos de este comportamiento y sus expresiones comunicativas. Así que las principales fuentes estudiadas han sido: contacto físico, gestos, expresión facial y corporales, las posturas, la mirada y la sonrisa, entre los que se establece una estrecha relación y al producirse cambio en uno se afecta el resto, son por tanto interdependientes».

⁴⁴ *Idem.*, p. 7.

⁴⁵ *Idem.*, p. 9.

⁴⁶ Véase de la autora: *Abogacía Lucha de Pasiones* (p. 254): prestar especial atención a las consideraciones a tenor del epígrafe «Atención al cliente: conocimiento del caso», quedando claro ¿qué espera encontrar el cliente cuando llega al bufete colectivo?

⁴⁷ En cuanto a *empatía*, Águila Carralero expone: «Consideramos que la empatía tiene un elevado carácter subjetivo y situacional, porque depende tanto del individuo que la manifiesta como de la situación que la provoca. En ella posee un espacio relevante el autoconocimiento y la percepción de los mensajes emitidos por el receptor-perceptor, en los que se involucra su mundo interno, en cuanto al reconocimiento de valores, actitudes, recuerdos y creencias en la situación que se refleja en el acto de comunicación concreto, así como el reflejo de las mismas en la correcta interpretación de la información obtenida». Águila Carralero, Alisvech: *Op. cit.*, p. 13.

⁴⁸ Están aquí presentes los valores de sensibilidad, solidaridad y humanismo, sin los que no puede fluir en armonía una comunicación entre abogado y cliente.

⁴⁹ Son aquellos que madrugan y ya a las 7 am o antes están en su bufete para sobre las 8.30 am estar en función del tribunal. Esta clientela

- Atención adecuada la primera vez, las demás breves, por el cúmulo de trabajo⁵⁰
- Atención en la casa del abogado⁵¹
- Atención los fines de semana en el bufete⁵²
- Atención determinados días a la semana según la guardia del equipo⁵³

Lo correcto según las normas de la organización es la prestación del servicio en la unidad, buscando la excelencia –confluyendo lo personal con lo colectivo– garantizan la presencia del abogado cuando es solicitado y, de no encontrarse, que conozca cuándo puede verlo según el Registro de Ubicación que tiene que estar debidamente actualizado, unido a la atención en su defecto de su jefe de equipo.

No obstante, abundan clientes para quienes lo que cuenta es su caso, no interesa que el abogado tenga otros, sencillamente el suyo es lo substancial, tampoco vale la vida de su abogado, sus problemas personales –enfermedad de él o de su familia–, el disfrute de vacaciones o la asistencia a un evento para superarse, solo su caso es lo importante y de no ser así, no está satisfecho aunque en su lugar sea atendido por otro, incluso por el jefe de equipo o dirección.

VI.1. Insatisfacciones del cliente

- Llamar por teléfono o llegar al bufete y no estar el abogado es un problema, aunque no haya sido debidamente citado
- No ser debidamente escuchado por su abogado y no recibir, a su criterio, una respuesta convincente

está habituada a llegar al bufete antes de esa hora pues sabe que es el horario de ver a su abogado.

⁵⁰ Genera descontento o insatisfacción en el cliente que se queda con deseos y necesidad de discutir su caso, pues no solo es importante la primera entrevista.

⁵¹ Algunos llegan a su casa exhaustos de la jornada y tienen que atender a más de una persona, lo han hecho un hábito y han mal educado a sus clientes que lo buscan allí cuando debía ser en el bufete, que es su centro laboral y donde se contrata y tramita el asunto.

⁵² He conocido de abogados que prefieren atender con todo el tiempo del mundo a sus clientes los sábados o domingos en el bufete, aprovechando la tranquilidad y la soledad, consideran que así adelantan trabajo y tienen mayor espacio para escuchar y discutir el asunto.

⁵³ Muy usual en los bufetes, respetando el orden y la disciplina, y garantizando la permanencia del abogado, siempre que no coincida con actos judiciales o de otra índole.

- No recibir explicación una vez terminado el asunto en cuanto al fallo y no saber qué tiene que hacer conforme a este
- Recibir fallo desestimatorio cuando el abogado, desde un inicio, le manifestó que ganarían el asunto⁵⁴
- Que el abogado elegido no pueda continuar la tramitación y le sea retornado a otro, ya sea por incompatibilidad entre los acusados en un asunto penal y defender a más de uno o por situaciones de ética –en relación con contrapartes, testigos, entre otros– verse imposibilitado de continuar, u otras razones que lo hagan menester.

La *queja* estatuida en el Reglamento sobre el Ejercicio de la Abogacía y la ONBC Resolución 142 de 1984, artículo 61: «los usuarios de sus servicios o cualquier persona, puede denunciar a las autoridades», así como el Acuerdo 1174 de enero del 2013 que modificó el 630/2011, en el artículo 19, reitera la legitimación de «los clientes o cualquier otra persona que se sienta afectada por el actuar no profesional de un abogado», permiten a quien se sienta agraviado ejercer tal derecho a la queja, mostrando su inconformidad a través de alegaciones que en no pocas ocasiones van más allá de lo real, pero que denotan insatisfacción.

En no pocos casos, el origen de la *queja* es la *falta de comunicación*, el *no escuchar*, la *falta de atención*. Al revisar la hoja de trámites del cuaderno, se constata trabajo efectuado conforme a la ley y a las normas de la ONBC, sin embargo el cliente lo desconoce y, luego de una explicación, llega a aceptar a su abogado, logra equilibrar su estado anímico y desiste de ella.

Muy prudente es puntuar que a pesar de ser declarada *sin lugar* la incidencia de una *queja* en una unidad de bufete, ello no indica que todo está bien, y si por demás recaen en un mismo abogado, entonces es evidente que tiene dificultades en su actuar y seguramente en la comunicación con el cliente.

VI.2 Insatisfacciones del abogado

- Desgastes atendiendo al cliente sin que este se muestre conforme
- Horas dedicadas al asunto sin que el cliente acuda al bufete y aporte las pruebas y elementos necesarios para el trámite

⁵⁴ Incorrecto actuar del abogado que jamás puede aseverar que ganará el asunto. Véase de la autora: *Abogacía Lucha de Pasiones* (p. 262 y ss.). Acápíte «La sentencia: el fallo, ¿afectación sentimental?».

- Estudio, dedicación y fallo desestimatorio sin que al menos el cliente haya valorado su esfuerzo
- Fallo estimatorio y el cliente sin valorar lo trabajado por el letrado sino solo que «él tenía la razón»
- Desistimiento del cliente en medio de un litigio en el que el abogado ha volcado todo su intelecto y ha hecho todo lo previsto en ley y en normas⁵⁵
- Actitudes del cliente en actos judiciales que se contradicen con lo alegado en entrevistas y en escritos polémicos en cualquier materia, poniendo en situaciones indeseables técnica y éticamente al abogado⁵⁶
- La intervención antiética de otros letrados en el asunto que, por conducto del cliente inconforme y desconfiado, intervienen y husmean el trámite originando un ambiente áspero.⁵⁷

Es menester reflexionar en cuanto a insatisfacciones, cuando el abogado en ejercicio llega a sentir en algún momento cansancio, irritabilidad e indisposición para con sus clientes, ello es un indicador dañino de que algo anda mal porque se ha desmotivado; urge entonces incentivar-se en positivo, meditar, enamorarse nuevamente de su profesión, llamarse a capítulo y, proactivamente,⁵⁸ ape-

garse a los valores de su actividad, pues de lo contrario se convertirá en un profesional deshumano, insensible, apagado e irreconciliable que no podrá continuar con su ejercicio.

VII. Consideraciones finales

- La relación *abogado-cliente* tiene límites, que no son otros que los que se exigen para prestar el servicio en consonancia con la ética, las Normas de la ONBC y la ley: el respeto, la sinceridad, la confianza basada en la buena fe, la secretividad ante criterios y expresiones del cliente, la fidelidad y lealtad a los principios morales, la integridad como ser humano y como jurista comprometido con la sociedad
- La excelsitud es el fin de dicha relación, que no es lo mismo que alcanzar la pretensión del cliente, sino el avatar en el camino para el logro de esta, que se alcance o no, no depende del abogado totalmente, lo que cuenta al final es cómo fue su entrega en observancia a lo justo, lo legal y lo digno
- Respetar al cliente, escucharlo, ponerse en su lugar, pero no confundirlo con un colega, un amigo o un pariente, es la barrera que el abogado no puede traspasar en la relación
- Sobreponer problemas personales, asegurarse de que no prevalece nada más que el amor por la justicia y la verdad, son requisitos inexcusables en esa relación
- No puede existir preferencia para asentar a un cliente, no existen buenos ni malos clientes, tampoco buenos ni malos casos, solo existen abogados con deseos de serlo o sin deseos, o lo que es igual, motivados o desmotivados
- Quien en el ejercicio de esta profesión rechaza al cliente, ha perdido la batalla, en consecuencia, o se reviste nuevamente de la armadura para la contienda diaria o tendrá que pasar a otras filas que ya no serán las de la ONBC.

* * * * *

⁵⁵ Muchos son los casos en los que el cliente, en medio de un proceso penal y amén del trabajo del abogado, contrata los servicios de otro letrado a pesar incluso de no tener queja alguna del trabajo realizado, o también cuando en un proceso civil o administrativo en los que las partes han litigado fuertemente, el cliente al final del camino determina no seguir dejando al abogado con el deseo de terminar y ver las consideraciones del tribunal al respecto ante tantos escritos fundados y controversiales durante el trámite.

⁵⁶ Bien puede suceder en actos de juicios orales, cuando el cliente que reconoció desde un inicio y la tesis del letrado se sustenta en ello para que el tribunal tenga a bien adecuar conforme el artículo 52 ch) del Código Penal e incluso por la fuerza en que concurre aplicar la Adecuación Extraordinaria, niega totalmente en ese acto. Puede suceder lo contrario, que ha negado siempre y luego increíblemente reconoce.

⁵⁷ Precisamente, quien cumpliendo con este tipo de cliente se presta para introducirse con críticas y valoraciones en un asunto tramitado por otro colega, viola el art. 12 del Código de Ética.

⁵⁸ La autora remite, como en sus trabajos anteriores *Abogacía Lucha de Pasiones* y *La ética del abogado miembro de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en la realidad cubana del siglo XXI*, a revisar Covey R., Stephen: *Los siete hábitos de las personas altamente efectivas*, Universidad de Brigham Young en EUA, citado por Padilla Díaz, Oscar: *Ser proactivos es un arte poco común*, Compendio 7, Centro Nacional de Superación de Jefes del Minint, 2011, p. 137, que define que las personas proactivas se mueven por valores cuidadosamente meditados y selectivos, se mantienen dueñas

de su reacción ante estímulos externos, centran sus esfuerzos en el círculo de influencia, se dedican a aquellos asuntos con respecto a los cuales pueden hacer algo productivo y les sacan provecho, de energía positiva y amplían su círculo de dominio.

Los procesos de amparo en Cuba: ¿Por qué no extenderlos a la tutela de los derechos individuales vulnerados?

OSVALDO MANUEL ÁLVAREZ TORRES*

SUMARIO

I. Breve Introducción. II. Interdictos posesorios y procesos de amparo. III. Los procesos de amparo en causas criminales (penales). IV. Una nueva arista de los procesos de amparo: extenderlos a dispensar tutela posesoria, a derechos individuales presuntamente vulnerados. V. Apreciaciones conclusivas

I. Breve Introducción

Cuando el Código Civil cubano en su artículo 1,¹ refiere que regula relaciones patrimoniales y otras no patrimoniales vinculadas a ellas, entre personas situadas en plano de igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales, tales relaciones no patrimoniales deben ser estimadas, salvo criterios en contrario, como los derechos inherentes a la personalidad que regula el artículo 38 del citado cuerpo legal, por lo que ello apunta a que el primer precepto del cuerpo legal sustantivo civil, debe verse en estrecha concordancia o correspondencia con el artículo 38, antes citado.

De manera que de conformidad con el artículo 38² del Código Civil cubano, la violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecte al patrimonio o al honor de su titular, confiere a este o a sus causahabientes la facultad de exigencia que se relacionan a continuación, en el propio precepto.

También dicho artículo 38 establece correspondencias con otros, de carácter constitucional, relativos a la tutela de los derechos, deberes y garantías constitucionales, consagrados en los artículos 45-66, ambos inclusive, de la Constitución de la República de Cuba³ y el artículo 111 del Código Civil cubano,⁴ específicamente en su letra b), cuando dispone protección de los derechos civiles, que entrañe el restablecimiento de los mismos antes de la vulneración de tales derechos y el cese inmediato de los actos perturbadores.

Si ello es así, ¿qué obsta a que tales derechos inherentes a la personalidad, derechos civiles, humanos, por demás garantistas, sean objeto de tutela posesoria, que debiera extenderse a tales derechos de los seres humanos a través de los procesos especiales que se regulan en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico, para que ante la vulneración de los mismos, acudan los justiciables a los tribunales de justicia competentes, a virtud de este cauce procesal existente?

Prueba de esto es la estimativa contenida en interesante sentencia del Tribunal Supremo cubano, que se trasunta:

«La naturaleza del derecho alegado (...) se encuentra entre los de la personalidad o los inherentes a ella, que es una generación de derechos de reciente estimación, ya que los Códigos decimonónicos tenían una concepción estrictamente patrimonialista en cuanto a las personas, al tratarlas exclusivamente en relación con sus bienes, no contemplando otras facetas de aquellas, como son sus relaciones con su cuerpo, con su honor, entre otros, tal como acepta la doctrina moderna, que los clasifica a su vez como esenciales, entre los que están la vida, la integridad corporal y la libertad; los sociales, también inherentes a la persona y entre los que figuran el honor, la intimidad y la imagen; y otros autores agregan otra categoría, corporales y psíquicos, entre los que se incluyen la salud psíquica y física, los sentimientos y la estima social, todos los cuales se consideran tradicionalmente innatos, intrasmisibles, irrenunciables e imprescriptibles».⁵

* Máster en Filosofía del Derecho, DEA Universidad de Girona, Cataluña, España. Especialista en Derecho Penal y Civil, así como en Derecho Patrimonial de Familia. Profesor Principal de Derecho Procesal de la Universidad de Matanzas. Registrador de la Propiedad y Mercantil habilitado.

¹ *Código Civil Cubano, Ley 59 de 1987*, edición actualizada en 2003, Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

² *Idem*.

³ *Constitución de la República de Cuba*, ed. actualizada, revisada y concordada en 2005, Ministerio de Justicia de la República de Cuba, Ed. Pontón Caribe S.A, abril de 2005.

⁴ *Código Civil Cubano. Ley No. 59 de 1987*, op. cit.

⁵ Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Sala de lo Civil y de lo Administrativo: «Sentencia 151 de 24 de marzo de 2003» (único Considerando, Ponente: Díaz Tenreiro), *Código Civil de la República de Cuba*, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ed. ONBC, 2007.

II. Interdictos posesorios y procesos de amparo

Como la *posesión* es, en su base y su acepción originaria, un estado de hecho protegido jurídicamente, toda su teoría gira alrededor de la protección posesoria, lo que origina un doble problema: filosófico (fundamento de la protección posesoria) y jurídico (exigencias de dicha protección, o lo que es igual, determinación de los requisitos que ha de reunir la detentación para ser objeto de defensa jurídica).⁶

Nadie discute la protección a la propiedad, pero en cambio, ha preocupado mucho a los filósofos y jurisconsultos el *por qué* de la protección dispensada a la posesión. Y es que esta, a primera vista, tiene algo de extraño y contradictorio: si la posesión radica fundamentalmente en un hecho y supone el ejercicio del contenido de un derecho que se cree se tiene y que puede no ser tal, ¿cómo se protege con medios jurídicos?, ¿por qué el ordenamiento jurídico concede protección al estado de hecho, independientemente de la titularidad del derecho y aunque esta no corresponda a quien la ejerce?⁷

Pues la respuesta está, sencillamente, en la necesaria dispensa de tutela posesoria a quienes poseen, con buena fe, con la intención de tener el bien para sí, como si fuere en puridad su propietario y defenderla y obrar como propietario.

El Proceso de Amparo en la Posesión se trata de una institución del proceso civil, con antecedentes remotos en el interdicto español, o sea, la prohibición o veto a la lesión o perturbación posesorias, que podría producirse respecto a un bien, tal como se establecía en la doctrina jurídica española.

Los interdictos eran juicios sumarísimos que, por su naturaleza y efectos, exigían resoluciones urgentes, de ejecución inmediata. Solucionaban provisionalmente y de momento, situaciones apremiantes, de hecho que por ocasionar perjuicios y constituir, a veces, peligros, no admitían espera.

En Cuba, el Proceso de Amparo en la Posesión, conocido como *Amparo en Actuaciones Judiciales*, fue establecido, luego de reformada la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil española de 3 de febrero de 1881 —vigente en Cuba por Real Orden 1285 de 25 de septiembre de 1885, al ponerse en vigor la Orden Militar 362 de 17 de septiembre de 1900 del Gobierno Interventor Norteamericano en la Isla de Cuba, conocida como *Orden de Amparo*.

Sin dudas, son procesos expeditos, de naturaleza sumaria, de consabida agilidad y celeridad con el objeto de amparar por el propio tribunal de quien proceda una disposición dictada en actuaciones judiciales con relación a aquella persona que no figure como parte ni que se le haya oído ni vencido en juicio y a consecuencia de esa disposición judicial fuere despojada o perturbada en la posesión de bienes que por sí o por medio de otras personas posea en concepto de *dueño* (cabe decir, como si fuere su propietario, en igual concepto que aquel) o de *causahabiente del dueño*, con anterioridad a la fecha de la disposición judicial.

En tal sentido, se exige que el propio tribunal del que dimana la resolución perturbadora o despojante de la posesión, ampare a quien demanda tutela posesoria y si es otro tribunal que esté conociendo de las actuaciones por cualquier motivo, deberá resolver, dada la urgencia de la cuestión, la solicitud de amparo.

A través de los procesos especiales de amparo, se busca dar verdadera garantía a los poseedores, facilitándoles un medio rápido y seguro contra ilegítimas perturbaciones y despojos de la posesión, por lo que su tramitación ha de estar signada por la celeridad.

De ahí que en el amparo en actuaciones judiciales, sustanciado en el propio proceso en que se produjo la lesión o perturbación posesoria, se una en cuerda floja a los autos principales de la causa o proceso, se verifique sin audiencia de nadie, en los casos en que los fundamentos que justifiquen la solicitud de amparo consten en las propias actuaciones o en otras principales o incidentes de las mismas, o se presenten documentos fehacientes que demuestren dichos fundamentos. Es esta una fase sumarísima del proceso, en el que el juzgador, teniendo a la vista estos elementos, resuelve de plano sobre la procedencia o no del amparo.

La otra fase (*fase sumaria*) en la que los fundamentos argüidos, o bien no constan claramente en los documentos y antecedentes obrantes en las actuaciones judiciales, o no se acompañan documentos cuya fehaciencia produzca la resolución de plano del asunto, trae consigo la celebración de una comparecencia en términos perentorios, donde se practican medios de probanza y después el tribunal dicta la resolución procedente en Derecho.

En la obra *El Abuso del Recurso de Amparo*, editada en su día por el entonces juez municipal del oeste de La Habana, Felipe L. Luaces y Sebrango, en 1942, se señala:

«Otro esfuerzo realizado por la Jurisprudencia para reprimir el uso inmoderado del recurso, lo constituye la Sentencia 302 de 17 de octubre de 1940 de la Audiencia de La Habana, que declara que la condición de tercero en el amparo no puede atribuírsela aquel que, pudiendo ser parte

⁶ Álvarez Torres, O. M.: *El Proceso de amparo en la Posesión*. Trabajo de Diploma en opción al título de Licenciado en Derecho, Universidad de La Habana, febrero de 1980, págs. 12 y 13.

⁷ Álvarez Torres, O. M.: *Op. cit.*

en el procedimiento principal y con conocimiento de este, hace voluntariamente dejación de su derecho (...) y como el amparista, al ser llamado en el juicio no compareció en forma (...) es visto que en el mismo no concurre la requerida condición de tercero que no haya figurado como parte ni se le haya oído, circunstancia esta por la cual no debió ser admitido y sustanciado este recurso de amparo».

Terminado un proceso de amparo en actuaciones judiciales, la resolución que se dicta y pone fin al proceso, es solo susceptible del recurso de súplica, que resuelve una Sección Especial de los tribunales, creada tal como regula el artículo 399 de la Ley Procesal Civil cubana. Teniendo en cuenta tal resolución y como lo que se resuelve es la posesión como hecho, se puede, en proceso distinto y posterior, discutir la posesión definitiva o la propiedad sobre los bienes. Luego, no goza esta resolución definitiva dictada de los efectos de la cosa juzgada material, de esta forma, puede replantearse el asunto, no de igual manera, pero sí discutirse sobre la posesión definitiva o propiedad de los bienes en proceso distinto y posterior.

El otro proceso de amparo que regula la ley procesal civil cubana, es el de fuera de actuaciones judiciales, ante actos provenientes de particulares o de autoridades u órganos administrativos.

Al igual que el proceso de amparo en actuaciones judiciales, es un proceso ágil, pronto, expeditivo, a los fines de restaurar perturbaciones o despojos en la posesión de bienes, con una fase sumarísima cuando ello sea menester y otra fase sumaria, en que la resolución judicial que le ponga fin, carece del efecto de cosa juzgada material, al poderse dilucidar cuestiones que en principio se resuelven provisoriamente, en otros procesos de carácter definitivo.

Aquí se busca satisfacer una pretensión de retención o recuperación de un bien, frente a una perturbación o despojo posesorio, pero su esfera de protección es más amplia que el amparo en actuaciones judiciales, limitada únicamente a lo que puede provocarse con una disposición emanada de un órgano jurisdiccional.

En este proceso, también especial, se protege la posesión en concepto de *dueño* y va más allá, se tutela la tenencia y el ámbito de posesión se extiende hasta la amenaza o el conato de perturbación o despojo posesorios, aunque ni una ni otro se haya materializado, basta que sean de palabra.

El amparo fuera de actuaciones judiciales, empleado cuando existen actos que provienen de particulares, autoridades u órganos administrativos, no jurisdiccionales, tiene como característica que culmina con una sentencia definitiva, susceptible de apelación a la instancia superior o segunda instancia, apelación que se admite en un

solo efecto, o sea, no impide la ejecución inmediata de la sentencia definitiva que se recurre, a reservas de lo que decida la segunda instancia.

Tratándose también de un proceso en que se dilucida de manera provisoria el hecho mismo de la posesión, no la posesión definitiva ni la propiedad, la sentencia dictada carece del efecto de cosa juzgada material, por lo que contra la sentencia emanada de la segunda instancia no cabe recurso alguno, no podrá interponerse la casación, dados los claros términos del artículo 412 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico.⁸

Respecto al tercer proceso de amparo, regulado a partir del artículo 415 de la Ley Procesal civil cubana, debe acotarse que el llamado de suspensión de obra nueva está mal ubicado como proceso de amparo. Ello se debe a que en realidad se trata de un proceso cautelar que, decidido por la primera y luego por la segunda instancia, el resultado procesal puede ser discutido ante el Tribunal Supremo en recurso de casación. Una vez resuelto el recurso, entonces la sentencia dictada sí tiene el efecto de cosa juzgada material, porque lo que se dilucida, es la paralización o no de la obra nueva que se acomete, en relación con un bien de naturaleza inmueble.

III. Los procesos de amparo en causas criminales (penales)

Dos son los procesos judiciales que corresponden a la jurisdicción civil, que se utilizan por quienes ejercitan estas acciones en demanda de tutela jurídica ante los tribunales de justicia, para reclamar la protección de la posesión o de la propiedad de bienes que caen en comiso o son confiscados en virtud de lo dispuesto en sentencia penal. Se trata de los Procesos de Amparo en la Posesión, generalmente el Proceso de Amparo en Actuaciones Judiciales, aunque también en oportunidades se ha visto la utilización del Proceso de Amparo contra Actos Provenientes de Particulares o de Autoridades u Órganos Administrativos y el Proceso de Tercería de Dominio, que no es otro que un juicio reivindicatorio en el que la acción la establece un tercero, que interesa (tercia) la reivindicación de un bien que señala como de su propiedad.⁹

⁸ Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Sala de lo Civil y de lo Administrativo: «Sentencia 49 de 19 de agosto de 1978», *Boletín* 2, 1978.

⁹ Álvarez Torres, O. M.: *Las sanciones accesorias de comiso y confiscación de bienes y su vinculación o no con el Proceso Civil*

¿Qué queda entonces al titular de un derecho subjetivo que, según su estimativa se le han vulnerado sus derechos como poseedor de un bien, con la imposición en un proceso penal de una sanción accesoria de comiso o confiscación de bienes, en que existe la consecuencia material de la desposesión de un bien, ya sea mueble o inmueble y en que no ha figurado ni como parte, ni ha sido oído ni vencido en proceso penal?

Se recurre a la vía de Proceso de Amparo en la Posesión o al proceso reivindicatorio de Tercería de Dominio, o en ocasiones a ambos procesos que no se excluyen, pues el primero tiene que ver, como se conoce, con la posesión o la tenencia del bien, pero con la posesión como hecho y no con la propiedad definitiva del bien, que puede discutirse en un proceso reivindicatorio, tal cual es la Tercería de Dominio.

¿Cómo se procede con la tramitación del amparo en causas criminales o en procesos penales en que el tribunal de la instancia ha impuesto sanciones accesorias de comiso o confiscación de bienes que entraña el perdimiento del bien o de la cosa? Y algo de mayor importancia: ¿quiénes están legitimados para promover este proceso? y ¿qué requisitos deben cumplirse en la sustanciación del mismo?

La tramitación del Proceso de Amparo en la Posesión, en demandas interpuestas en causas penales, se ajusta a lo regulado en el Título IV, Capítulo II de la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley 7 de 1977, que establece el Proceso de Amparo en Actuaciones Judiciales y lo regula en sus artículos 393-400 de la Ley Procesal civil.

Dado que el proceso en cuestión es de naturaleza sumaria, que tiene por objeto dar verdadera garantía a poseedores, facilitándoles un medio rápido y seguro contra ilegítimas perturbaciones y despojos de la posesión, su tramitación ha de estar signada por la celeridad.

Valer decor que este proceso, sustanciado en el propio proceso penal, unido en cuerda floja a los autos principales de la causa, se verifique sin audiencia de nadie, en los casos en que los fundamentos que justifiquen la solicitud de amparo consten en las propias actuaciones o en otras principales o incidentes de las mismas o se presenten documentos fehacientes que demuestren dichos fundamentos. Es esta una fase sumarísima del proceso, en el que el juzgador, teniendo a la vista estos elementos, resuelve de plano sobre la procedencia o no del amparo.

El amparo en actuaciones penales ha tenido siempre un presupuesto que trae causa de la vieja Orden Militar de Amparo de 1900, del Gobierno Interventor Norteamericano en Cuba y que se mantiene hoy día: si los bienes tienen el carácter de cuerpo del delito, la resolución en que se disponga su ocupación no será susceptible con éxito del ejercicio de la acción de amparo. En tal sentido se ha estimado que en las causas penales procederá el amparo una vez que el Tribunal o Sala de la instancia dicte resolución definitiva, que pone fin a la misma, decidiendo sobre los objetos ocupados e imponiendo las penas subsidiarias de comiso o confiscación de bienes.

Tales criterios concuerdan con lo que refrenda el artículo 150 de la vigente Ley de Procedimiento Penal, Ley 5 de 1977, pero el examen de este precepto de manera crítica, queda para el último capítulo de este trabajo, porque ¿qué pasaría con bienes ocupados en virtud de causa penal a terceros no responsables, en el proceso investigativo de un ilícito penal?, ¿tendrían estos terceros que esperar a la resolución definitiva de la instancia para impetrar protección posesoria?

Asimismo, si los bienes ocupados en el proceso investigativo policíaco no tienen el carácter de *cuerpo del delito*, o no son instrumentos o efectos de aquel, o no pertenecen al acusado, ¿sería dable el mantenimiento de la ocupación hasta la solución definitiva del proceso penal?, ¿pueden estimarse dichos bienes como piezas de convicción de tal proceso?

Se presenta entonces la cuestión de quiénes están legitimados para promover el amparo y qué requisitos deben cumplirse en la sustanciación de este proceso.

Hay que dejar sentado que el amparo no pueden reclamarlo los acusados sancionados a quienes se les imponen las sanciones de comiso o confiscación de bienes. Ellos no están legitimados para promover este proceso, sino aquellos terceros que se dicen poseedores legítimos de hecho —esto hay que justificarlo debidamente— del bien o bienes objeto de estas sanciones accesorias. Terceros que en verdad poseen para sí esos bienes, que no tienen vinculación alguna con el hecho delictivo perpetrado y que desconocían que tales bienes, ora decomisados o confiscados, fueron utilizados en la comisión del delito, o son sus instrumentos o efectos, o virtualmente son real y efectivamente propiedad del comisor aunque formalmente aparezcan a nombre de un tercero.

Dichos terceros, para que puedan ejercitar válidamente la acción de amparo, tendrán que ser oídos y vencidos en el debate penal. Por lo tanto, el tribunal, que conoce de las alegaciones del acusado en su tesis defensiva —expuesta en el escrito de calificación, que contesta a

Cubano. Tesis en opción al título de Especialista en Derecho Penal, Universidad de La Habana, noviembre de 2000, págs. 24 y 25.

las alegaciones e imputaciones del fiscal, como el propio defensor que conoce de la parte de la pretensión punitiva del comiso o confiscación de bienes interesado—, tendrá que plantear y argumentar la propuesta de testigo de este tercero, que presuntamente no figura como parte en la causa penal y que hay que oír y vencer en el proceso. De lo contrario, podrá establecer la demanda de amparo si tales requisitos no se cumplen y en ningún caso en que ello no se lleve a efecto, obstaría el éxito del proceso de amparo.

Distintas han sido las posiciones adoptadas por los tribunales cubanos de lo penal, cuando han conocido de Procesos de Amparo en la Posesión, en Actuaciones Judiciales de lo Penal o de Tercerías de Dominio, alegadas o promovidas para discutir, en lo fundamental, la improcedencia de la imposición de las sanciones accesorias de comiso o confiscación de bienes, respecto de bienes ocupados a virtud del proceso penal, con utilización de uno o de estos procesos correspondientes a la jurisdicción civil.

Existen órganos jurisdiccionales que han ido desde el rechazo de plano del asunto, hasta los que lo han tramitado y resuelto finalmente. El *rechazo de plano* a que se alude, ha estado motivado, en la mayoría de las veces, porque se ha ido en procesos de amparo reclamando la posesión, que no se tiene *de facto*, con la tesis de que se es propietario. Craso error el de los postulantes de tal teoría, pues queda claro que en los procesos de amparo, de naturaleza muy sumaria, lo que se va a pretender es la tutela de la posesión; la protección posesoria respecto a bienes que han sido quitados al que como hecho cierto los posee, los detenta, no a aquel que no los tiene para sí y alega un supuesto derecho domínico.

Tal proceso no es para los propietarios, a menos que en ellos coincida también la figura del poseedor (propietario-poseedor), es decir, que además de ser el titular, los posea o las tenga realmente a su cuidado.

De tal suerte que, incluso al finalizar el proceso posesorio, queda expedita la vía para la futura reclamación sobre posesión definitiva o propiedad de los bienes. Se ha planteado y ahora se reitera, que las resoluciones que ponen fin al proceso de amparo en actuaciones judiciales, no gozan del efecto de la cosa juzgada material, en tanto que máxima preclusión y efecto de inmutabilidad de las resoluciones que dictan los tribunales de justicia.

Al traer a colación el artículo 150 de la vigente Ley de Procedimiento Penal, es justo plantear la consideración de que este precepto analizado en relación estrecha con el artículo 6 de la mentada ley, no constituye, como opinan algunos, un obstáculo para interponer un Proceso

de Amparo en la Posesión contra Actos Provenientes de Particulares, Autoridades u Órganos Administrativos, cuando una persona poseedora o tenedora de determinado bien ocupado por la policía, durante la fase de instrucción del sumario o fase preparatoria del juicio oral de un delito en el que consta como acusado, es perturbada por esa autoridad (policía) en la posesión del bien en cuestión.

Como es sabido, la causa en el proceso penal se forma una vez que es estudiado el expediente sumarial por los jueces y dispuesta la apertura a juicio oral, a solicitud del Ministerio Fiscal. Por ello se concluye que el supramentado artículo 150 de la Ley Procesal Penal no es una barrera infranqueable para que una persona, que no es acusada ni tan siquiera sospechosa del ilícito penal investigado, pueda ser amparada, protegida en la posesión de un bien, que fue ocupado a otra persona que sí consta como acusada en ese sumario. Obviamente, siempre que el poseedor o tenedor del bien desconociera que el bien iba a ser utilizado o fue utilizado como instrumento o cuerpo del delito, en la perpetración del ilícito y siempre que dicho amparo se reclame en el transcurso de esa fase investigativa previa al juicio oral, pues allí, como bien se comprende, no hay todavía formación de causa penal.

Si a la sazón el Tribunal de lo Civil, órgano ante el cual lógicamente se presentaría esta demanda de amparo fuera de actuaciones judiciales, pues no hay causa penal radicada y por tanto no hay actuaciones penales, dispusiera, en uso de su facultad discrecional, la restitución temporal del bien, es decir, restituyera la posesión otrora perturbada hasta tanto se compruebe en la investigación preliminar la relación o no del mentado bien con el delito cometido, deberá hacer las prevenciones pertinentes en la resolución que acuerde el amparo de la obligación que tiene el amparista de cuidar, proteger, conservar y no enajenar el prealudido bien, hasta tanto se defina su situación final, sujeta a investigación penal, so pena de ser procesado el amparado incumplidor, por el delito en que pudiera incurrir en caso de incumplir con su deber de cuidar el bien que se le ha entregado transitoriamente.

Es interesante y a la vez justa la estimativa planteada y permite afirmar, que también en casos de bienes que por determinada razón tengan que ver con la sustanciación de procesos penales, cabe la interposición de la demanda en Proceso de Amparo, ya no solo en Actuaciones Judiciales como consecuencia de la disposición de los jueces sobre quitar un bien, sino como consecuencia de la realización de Actos Provenientes de Particulares, Autoridades u Órganos Administrativos, previo a la radicación de la causa penal como tal y en la fase investigativa del proceso penal, en lo que se denomina en correcta técnica jurídica como Amparo fuera de Actuaciones Judiciales.

IV. Una nueva arista de los procesos de amparo: extenderlos a dispensar tutela posesoria, a derechos individuales presuntamente vulnerados

Ahora bien, ¿qué impide que ambos procesos especiales de amparo, que ofrecen un cauce procesal fácil, presto, para reclamar la tutela de derechos posesorios perturbados, atacados y/o despojados, se utilicen, se reacomoden para permitir la reclamación por parte de los ciudadanos de sus derechos individuales, civiles y los inherentes a su personalidad?

Si el Código Civil cubano tiene preceptos que aluden a la protección de bienes, tanto de bienes corporales como de los llamados derechos o bienes incorporeales, ¿por qué ser reticentes y limitar esos procesos especiales de amparo a la tutela o protección de la posesión de bienes materiales o corporales?

No es de estimarse como un dislate, que en Cuba los procesos especiales de amparo en sede procesal civil, puedan reelaborarse sin mucha complejidad y extenderse a los derechos individuales de las personas naturales, lo que implicaría, evidentemente, un medio de control de la constitucionalidad ejercido por órganos jurisdiccionales ordinarios, sin necesidad de ir a un específico proceso especial sobre control de la constitucionalidad y los llamados intereses difusos, que dada la estructura judicial cubana y la oportunidad de los tribunales de declarar, *in situ*, en cualquier momento, las violaciones constitucionales que pudieren producirse, haría posible dispensar tutela judicial efectiva respecto a esos derechos presumiblemente conculcados, sin complejidad alguna y sin grandes modificaciones normativas.

Ese control jurisdiccional, respecto a la tutela posesoria de quienes se sientan perturbados, afectados, lesionados en los derechos individuales que se les reconocen constitucionalmente, permitiría que, al acudir a la jurisdicción ordinaria en demanda de segura protección jurisdiccional, ante actos violatorios, implicaría no tener que ejercerse directamente esta acción ante autoridad judicial distinta, como antes se ha señalado. Por el contrario, se llevaría a cabo a título de defensa posesoria de derechos individuales presuntamente transgredidos, en un proceso de tutela posesoria, en el que uno de los litigantes invocaría la supuesta infracción constitucional a sus derechos, que reputaría de inconstitucional.

En efecto, el ejercicio de este control no asumiría la forma de juicio *sui generis* en un sistema por vía de excepción, sino que se traduciría en una mera defensa alegada por uno de los litigantes en un proceso cualquiera, siendo por ende la misma autoridad judicial ordinaria la que conocería de la inconstitucionalidad o del acto aplicativo correspondiente.

A través de los procesos de amparo, podría, en franca postura garantista, restituirse a los sujetos quejosos en el goce de sus garantías individuales y en general constitucionales, cuando a virtud de actos emanados de cualquier autoridad o funcionario administrativo, los perturbaran, o de alguna forma los lesionaran en el ejercicio de la posesión de los mismos, en franco ataque a sus garantías individuales.

Si se toma en cuenta lo antes planteado, vale acotar que desde el punto de vista técnico jurídico, la vigencia del principio de constitucionalidad supone no solo el reconocimiento de que la Constitución sea la ley de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de la sociedad cubana, sino su eficacia y aplicabilidad directa como norma de derecho positivo, lo que dicho en otras palabras, supone el acatamiento directo de sus postulados y en consecuencia, su recta aplicación por los tribunales ordinarios de justicia.

En eso precisamente se fundamenta, con amparo en los artículos 120 y 122 de la Constitución de la República de Cuba, el control de la constitucionalidad en Cuba por los tribunales ordinarios, que se realiza de manera difusa, o sea, cuando esa dispensa de tutela al respeto del cumplimiento de la Constitución y las leyes, que alcanza a los derechos individuales y humanos, a las garantías fundamentales de las personas, pueden y deben ser emitidas, dispuestas y ordenadas por cualquier tribunal del sistema judicial cubano, en conocimiento de cualquier tipo de proceso, en el ámbito de su competencia.

El control de la constitucionalidad se lleva a cabo a través de dos sistemas: el *sistema americano*, también llamado control difuso o control concreto de la constitucionalidad de las leyes y, por otra parte, un *sistema europeo-austriaco* o kelseniano.¹⁰

En el *sistema americano*, en el curso de cualquier litigio en cualquier materia civil, mercantil, penal, etcétera, en el caso de que el juez ordinario tenga que aplicar una ley para resolver el caso y entiende que es inconstitucional, sencillamente está legitimado para inaplicar la ley que entiende contraria al texto de la Constitución, y resuelve en base directamente en esta o en otras normas jurídicas, pero la ley no se considera para resolver el caso. Se habla de *control difuso*, porque lo ejercen todos los tribunales ordinarios de justicia del Estado. Se habla también de *control concreto* porque el análisis de la constitucionalidad de la ley se efectúa en relación con un litigio concreto que

¹⁰ Medina Guerrero, M.: *El control concentrado de la constitucionalidad de la ley. Límites y posibilidades*, Ponencia III Convención Latinoamericana de Derecho, Universidad de Antioquia. Biblioteca personal.

aporta un basamento fáctico en relación con el análisis de la constitucionalidad de la ley. La sentencia tiene un efecto interpartes por lo que obviamente la ley no es expulsada del ordenamiento jurídico.¹¹

Este *sistema americano* fue recibido en algunos países latinoamericanos, pero no se asumió en Europa por razones variadas de desconfianza frente a los jueces, y el concepto de *Constitución* como norma jurídica se consolidó solo hasta muy avanzado el siglo XX, había gran centralidad en el parlamento y otros presupuestos ideológicos impidieron que se adoptara.¹²

V. Apreciaciones conclusivas

A tenor de los razonamientos argüidos en el desenvolvimiento de este sistema, se concluye que nada se opone a que los derechos inherentes a la personalidad, derechos civiles, humanos, por demás garantistas, sean objeto de tutela posesoria, que debiera extenderse a la protección de tales derechos de los seres humanos, a través de los procesos especiales que existen, que se regulan en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y de lo Económico, para que ante la presunta infracción de los mismos, acudan los justiciables a los tribunales de justicia competentes, resultado de una vertiente procesal que existe en la normativa procesal cubana.

Esta apreciación se ajusta a la idea precedentemente explanada, por cuanto a través de los procesos especiales de amparo, se busca dar verdadera garantía a los poseedores, facilitándoles un medio rápido y seguro contra ilegítimas perturbaciones y despojos de la posesión, por lo que su tramitación ha de estar marcada por la celeridad. Dentro de esta tutela posesoria, podrían constituir también objeto de la misma los derechos individuales, personales, los llamados derechos inherentes a la personalidad de los seres humanos.

Los conceptos antes expuestos, por su plausible imbricación con las normas procesales que dispensan tutela posesoria respecto a bienes corporales, no deben valerse como descabellados, habida cuenta que en Cuba, los procesos especiales de amparo en la posesión, en sede procesal civil, pueden replantearse sin mucha complejidad y comprender, además, los derechos individuales de las personas naturales, lo que implicaría, ciertamente, una conveniente manera de ejercer el control de la constitucionalidad que despliegan los ór-

ganos jurisdiccionales ordinarios, sin necesidad de ir a un específico proceso especial sobre ese control y de los llamados intereses difusos, en tanto la estructura judicial cubana y la oportunidad de los tribunales de declarar, en cualquier ocasión en que las conozcan, las violaciones constitucionales que pudieren producirse, haría posible favorecer la tutela judicial efectiva respecto a esos derechos presumiblemente quebrantados, sin complejidad alguna y sin grandes modificaciones en sede normativa-procesal.

* * * * *

Fórmulas matemáticas y derechos reales sobre el suelo urbano en Cuba. Difícil ecuación jurídico-práctica

DRA. MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ*

MsC. ROBERTO CARLOS SABORIT BELTRÁN**

SUMARIO I. Prolegómeno. II. Reconocimiento de derechos sobre el suelo urbano y fórmulas matemáticas II.1. Otra operación matemática y otras complicaciones: los tipos de áreas de los inmuebles. III. Aritmética e inscripción de derechos inmobiliarios. IV. Epílogo

I. Prolegómeno

El estudio de los derechos reales sobre el suelo urbano en Cuba, ha sido una de las cuestiones menos tratadas en los estudios patrios posteriores a 1959. Las razones pueden ser muchas, entre ellas, podemos encontrar la tendencia a concebir el derecho inmobiliario como derecho a la vivienda por el influjo de la Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960 (LRU); otra, la inexistencia de una Ley de Suelo hasta la fecha; la parquedad, vacíos y prolija producción normativa sobre esta materia, en muchas ocasiones contradictoria; y la concepción de que lo inmueble es la tierra, lo que se patentó en la normativa civil común cubana; entre otras razones.

* Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Notaria de La Habana.

** Abogado Adjunto de la Dirección Provincial de Bufetes Colectivos de La Habana. Profesor Instructor Adjunto.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

Con la Ley de Reforma Agraria (LRA) «la relación entre el estatuto de bien inmueble rústico y el bien inmueble urbano quedó cortada en la legislación especial y en la vida práctica»,¹ y con la posterior LRU «el mundo del bien inmueble urbano quedó progresivamente sustraído y desconectado de lo rústico».² Pero poco se ha dicho de otra profunda escisión provocada por estas leyes revolucionarias que afectaba directamente el devenir de los derechos reales sobre el suelo tal como estaban consagrados en las normas del Código Civil español, en la Ley y el Reglamento Hipotecario, en las Leyes de Arrendamientos Rústicos y Urbanos, y en la del Patrimonio Familiar, entre otras. Esta escisión, sin solución de continuidad, será una constante con connotaciones prácticas y teóricas, dado que estableció una profunda distinción entre los derechos reales adquiridos por cualquiera de estas normas prerrevolucionarias y los adquiridos en virtud de las normativas inmobiliarias urbanas dictadas en el periodo posterior, especialmente las del suelo con o sin edificación.

Es común encontrar una copiosa titulación notarial otorgada antes de 1960, en estos instrumentos se delimitaban con precisión jurídica y física la naturaleza de los derechos reales, además de que en la gran mayoría de los casos los actos que contenían estaban inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble (RPI). Mientras que en el periodo posterior los derechos reales sobre el suelo urbano siguieron una dinámica llena de exabruptos y de posposiciones legislativas que redundaron en compartimientos carentes de regulación; lo que unido a la carencia de publicidad y a las imprecisiones en el reconocimiento de los derechos y sus límites legales y físicos, conformó un sistema de derechos con un alto grado de complejidad. Desmontar, analizar y sintetizar dicho sistema, ha sido una tarea pospuesta, y para llegar a conclusiones jurídicas claras hay que interpretar y escudriñar la prolija regulación inmobiliaria.

II. Reconocimiento de derechos sobre suelo urbano y fórmulas matemáticas

La Ley de Reforma Urbana no contuvo pronunciamiento expreso sobre la titularidad del suelo urbano. Aun cuando sus postulados contantemente apuntaron directamente a la *transmisión del inmueble* nunca se precisó, si lo inmueble era solo lo edificado, sin incluir el suelo, que es por antonomasia el bien inmueble por excelencia, o si lo inmueble incluía algún derecho sobre el suelo.

Los *Por Cuantos* de la Ley de Reforma Urbana valoraron la crisis de la vivienda, los precios elevados de los terrenos urbanos, la especulación sobre los inmuebles urbanos, entre otros, como fundamento de la promulgación de la norma que estableció principios radicales que socavaron el régimen inmobiliario vigente hasta el 1959, de los cuales muchos se mantienen hasta la actualidad. Lo cierto es que en gran medida mezcló en el concepto de *inmueble*, tanto al suelo o terreno sin edificar, como al terreno o suelo edificado.

Dicha ley reconoció el derecho inalienable a una vivienda como derecho imprescriptible del ser humano. Dedicó el Capítulo II, a la regulación del Traspaso de la Propiedad de los inmuebles urbanos, con este título, *inmuebles*, no vivienda. Y en sus artículos 9, 10 y 29 se estableció el régimen de compraventa de los *inmuebles*, sin mayores precisiones.

Los Acuerdos 2 de 28 de octubre de 1960 (complementado por la RU/14 de 5 de mayo del Minjus) y el Acuerdo 28 de 5 de diciembre de 1960 del Consejo Superior de la Reforma Urbana, no definen la titularidad sobre el suelo. Sin embargo la Resolución 80 de 22 de octubre de 1965 del Minjus hace una valoración del precio según la fecha de fabricación del inmueble.

La realidad posterior ratificó, al parecer, el criterio de que lo *inmueble* era lo edificado, pues planteó que lo que se vendió fue el inmueble edificado y no el suelo, al desconocerse en los títulos formales el derecho real sobre el suelo, existiendo una escisión entre este y lo edificado, que por supuesto trascendió a la publicidad inmobiliaria urbana. Sin embargo ello genera dudas, por existir indeterminación y laguna legal en todas las normas revisadas de ese periodo.

Sin embargo ello tampoco nos indica nada concluyente, porque los llamados en la práctica forense *títulos diplomados* de la Reforma Urbana, fueron muy parcos en sí mismos; solo destacaron, con muchas irregularidades, el nombre del titular y la dirección del inmueble; y al ser complementados por el Instituto Nacional de la Vivienda, en su día, solo se refirieron a la distribución interior de lo construido según la declaración de los titulares, con grandes omisiones también. De lo que se colige que para nada fue importante referirse a los derechos sobre ese suelo sobre el que se encontraba enclavada la vivienda.

El titular recibía el título formal una vez que hubiese terminado de pagar el inmueble; pero nos pudiéramos preguntar ¿ese precio en base a cuál valor catastral se calculó? Con independencia de la subvención estatal que primó y prima hasta hoy ¿se incluyó el valor del suelo o solo de la edificación en el precio de transferencia?

¹ Rivero Valdés, Orlando: *Temas de Derechos Reales*, (coord.), Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, p. 271.

² *Idem.*, p. 272.

En la década del ochenta, después de un silencio legislativo total, se promulgan normas que de manera incipiente organizan los derechos sobre el suelo, al establecer, sin claridad suficiente, un sistema de reconocimiento de derechos que precisa la determinación de las áreas de terrenos adicionales y, por otra parte, de terrenos propios o tributarios (cfr. Acuerdo 1810 de CECM de 25 de junio de 1985, reglamentado en la Resolución Conjunta del Comité Estatal de Precios-Instituto Nacional de la Vivienda-Instituto de Planificación Física de 1 de julio de 1985). Es importante significar que dichas normas regulaban la *transferencia de la propiedad* de las viviendas de las personas que, no siendo usufructuarios onerosos, fueran declarados ocupantes legítimos, o que, siendo usufructuarios onerosos, escojan libremente esta forma de *precio* (cfr. Acuerdo Primero del Acuerdo 1810 de CECM de 25 de junio de 1985 y la Instrucción 9/1985, dictada por el Presidente del INV el 30 de julio, que extiende la aplicación de estas normas a los casos de la transferencia de la propiedad de las viviendas que el Estado construya o queden disponibles).

Cuestión básica de esas normas, es que regularon las bases para calcular el *precio* de la *transferencia de la propiedad* (cfr. Acuerdo Primero del Acuerdo 1810 de CECM de 25 de junio de 1985 y el Apartado Primero de la Instrucción 9/1985). Es sabido que los casos de ocupantes legítimos que no estaban obligados a pagar precio alguno por la vivienda, la misma resolución que los declara en esa condición, constituyó título dominico y en consecuencia para esos casos, no tenía sentido emitir normas que regulen las bases para calcular un precio de transferencia.³

Dichas normas procedieron a determinar *el terreno tributario o propio y luego el adicional* en los casos que se precisa establecer el *precio de transferencia*. El terreno tributario o propio constituye la base sobre la que se parte para el cálculo del terreno o área adicional.⁴

³ Los casos más usuales son los ocupantes legítimos susceptibles de tipificarse en el inciso c) de la Disposición Transitoria Novena de la LGV 1988, los que en relación con la Disposición Transitoria Décima serían superficiarios de toda el área de terreno susceptible de reconocimiento de dicho derecho real. Por otra parte, tales casos son muestra patente de la variedad de situaciones a enfrentar en el reconocimiento de derechos sobre el suelo urbano, en el que se incurriría en craso error si se determinan las áreas *propia* y *adicional* para proceder al reconocimiento del derecho perpetuo de superficie sobre la última.

⁴ Ello se colige del Acuerdo 1810/1985 cuando preceptúa: «En el caso de las viviendas individuales que posean un área de jardines o de terreno libre de construcción superior a la norma que se establece a continuación», normando seguidamente, por una suerte de fórmula matemática, la determinación de esas áreas propias o tributarias [cfr. inciso ch) Apartado Primero]. La misma conclusión se extrae

Es atinado hoy determinar ¿qué derecho real ostentan los titulares de las viviendas propiedad personal sobre el área de terreno tributario o propio? ¿Es susceptible de reconocerse el derecho perpetuo de superficie u otro sobre esta área? Sí queda clara la posibilidad del reconocimiento del derecho perpetuo de superficie sobre el área adicional, lo cual resulta sumamente cuestionable pues se trata de un área sobre la que no se va a edificar, y la normativa especial era clara cuando prescribía que en virtud de este derecho el «Estado (...) otorga a particulares (...) el derecho a construir viviendas» (cfr. Apartado Primero de la Resolución 2/1991 de 14 de enero, dictada por el Presidente del INV, norma esta que fue abrogada por la Resolución V-003/2014 de 27 de agosto, dictada por el Ministro de la Construcción). Con la abrogación del anterior precepto nos fue cercenada una definición legal clave para entender el derecho perpetuo de superficie en Cuba. Pero esta amputación legislativa no barre con la más asentada teoría que establece que ese derecho trae aparejado el *ius aedificandi*,⁵ pero este último está ausente en el caso del reconocimiento del área adicional, pues normativamente se precisa que tal área consiste en jardines o terreno libres de construcción [cfr. inciso ch) del Acuerdo Primero del Acuerdo 1810/1985].

No obstante estas cuestiones, debemos precisar los caracteres de dichas áreas, pues identificar cada una de ellas es el primer escollo que encuentra el operador. En cuanto al terreno propio o tributario la norma no es muy explícita, no va mucho más allá de fijar sus límites para una *parte* de ella, pues tangencialmente establece que

del Apartado Quinto de la Resolución Conjunta, que expresa: «En el caso de viviendas individuales que posean un área de jardines o de terreno libre de construcción superior a la norma que se establece a continuación para el terreno propio o tributario de la vivienda, deberá considerarse como terreno adicional, aumentándose al precio calculado de la vivienda, el precio por el derecho perpetuo de superficie de este terreno adicional».

⁵ «El *Derecho de Superficie* es el derecho real mediante el cual un sujeto (superficiante) concede a otro (superficiario) el derecho a construir o mantener lo construido, sobre el suelo de su propiedad con carácter perpetuo o temporal, deviniendo el superficiario propietario de lo construido, con independencia de la propiedad del suelo» (cfr. Fernández Martínez, Marta: «Regímenes Jurídicos del Derecho de Superficie en Cuba», *Temas de Derechos Reales*, op. cit., p. 122; aunque también se haya dicho «que atribuye, aunque temporalmente, la propiedad de las construcciones existentes sobre, o bajo un inmueble, a un titular distinto del propietario del suelo. Y surge, como la tradición y la norma jurídica demuestran, atribuyendo dentro de ese binomio, suelo-vuelo, una mayor importancia legal y potencia económica al suelo, o mejor dicho, a la propiedad del suelo» (cfr. Navas Olóriz, José Ignacio: «El derecho de superficie», *Revista Jurídica del Notariado*, no. 66, abril-junio, 2008, p. 576).

el área de jardines o de terreno libre de construcción, es *parte* del terreno propio de la vivienda [cfr. inciso ch) del Acuerdo Primero del Acuerdo 1810/1985]. Es decir que el área de jardines⁶ o terreno libre de construcción es una de las *partes* del terreno propio de la vivienda, por lo que al determinar el área total del terreno tributario o propio, de ninguna manera se puede restringir a las áreas exteriores libres de construcción. Creemos que el legislador reservó como otra parte importante del terreno propio al que se encuentra edificado⁷ u ocupado⁸ según corresponda.

Este extremo no es desarrollado con total congruencia por la norma que reglamenta el Acuerdo 1810. La Resolución Conjunta del Comité Estatal de Precios-Instituto Nacional de la Vivienda-Instituto de Planificación Física de 1 de julio de 1985, no hace referencia al área de jardines y terreno libre de construcción⁹ como *parte* del área propia o tributaria; en total contraposición a lo preceptuado por la normativa de superior rango, fija el límite para el área propia o tributaria en 250 metros cuadrados. Esa quiebra al principio de legalidad es una de las causas que ha generado y genera aún polémicas interpretaciones por los operadores. Dicho yerro no solo se ha extendido dentro de su estricto marco de regulación, a saber la determinación del área propia, sino que también a partir de él se ha sustentado la tesis de que el área total de terreno susceptible de reconocer tiene su límite en 250 metros cuadrados, sin dar cabida al posible reconocimiento de áreas adicionales de terreno.

⁶ Aquí la norma no es muy metódica pues bastaba con aludir al *área libre de construcción*, ya que el área de jardines siempre es considerada libre de construcción.

⁷ «El *área edificada* es el área del terreno cubierta por la edificación en su estado final terminado. Es la superficie que ocupa en el terreno un edificio (...) es determinada por la proyección vertical sobre el plano horizontal, de las dimensiones externas de la edificación en el terreno. No se incluye lo siguiente: construcciones o partes de construcciones que no se proyectan sobre la superficie del terreno; los componentes secundarios (escaleras, rampas urbanísticas, balcones, aleros, etc.; áreas de facilidades exteriores (casetas exteriores, etc.)» (Cfr. *Norma cubana ISO 9836:2006, Edificaciones-Normas para su desempeño-Definición y cálculo de índices de áreas y volúmenes*, ISO, 1992).

⁸ «El *área ocupada de terreno* junto al *área libre de terreno* son los dos factores que sumados proporcionan el *área total de terreno*. El *área ocupada* sería la suma de todas las áreas edificadas y otras construcciones dentro del terreno (que es la suma de todas las superficies descubiertas del terreno y que no forman parte de los edificios ocupando un espacio o área sobre o bajo el terreno)» (Cfr. *Idem.*).

⁹ Asimilable al *área libre de terreno* que no es más que el área dentro de los límites del terreno que no tiene ningún tipo de construcción (Cfr. *Idem.*).

La normativa en estudio entiende que el derecho sobre el terreno propio o tributario ya está insito en el título causal, lo cual viene dado por el hecho de que su precio ya está incluido en el precio de transferencia [cfr. último párrafo del inciso ch) del acuerdo primero del Acuerdo 1810/1985]. La norma es clara cuando señala que «se considera *dentro del precio señalado en los incisos precedentes de este artículo*, como parte del terreno propio de la vivienda, el área de jardines o de terreno libre de construcción, dentro de los siguientes límites». A continuación fija dicho límite en 250 metros cuadrados en áreas urbanas, mientras que en áreas rurales si la vivienda tiene área sanitaria (letrina) se podrá incrementar en 70 metros cuadrados, llegando hasta 320 metros cuadrados [cfr. inciso ch) del Acuerdo Primero del Acuerdo 1810/1985, en relación con el Apartado Quinto de la Resolución Conjunta]. También se considera dentro del precio de transferencia, como parte del terreno propio de la vivienda, el que ocupe una superficie que, sumada al área construida de la vivienda, haga un total de hasta 200 metros cuadrados.

No queda duda de que la parte del área del terreno propio formada por jardines y terreno libre de construcción tiene un límite de 250 metros cuadrados en zona urbana y que está dentro del precio de transferencia pues los incisos precedentes al precepto que lo reglamentan están dedicados a precisar ese precio de transferencia. Es decir, que se debe evitar el quebradero de cabeza que significa determinar el precio o valor de esa área propia o tributaria pues *ex lege* se dispone que esté incluido, dentro de ciertos límites, en el precio de transferencia. De ahí que resulte un dislate interpretativo entender que el propietario que adquiriera en virtud de estas reglas, tenga que conformarse con que dicho terreno le pertenezca a la vivienda y no a él, que pagó su precio por estar ya incluido en el precio de transferencia que expresamente convino con la administración.

Estas no son disquisiciones para demostrar un entendimiento superior, son las mínimas necesarias para complementar un sistema normativo inmobiliario que no cumple con un cometido esencial: establecer con precisión la naturaleza de cada derecho y su sistema de reconocimiento; cuestiones de extrema importancia para el devenir de los derechos subjetivos y para la correcta gestión del derecho registral inmobiliario donde, no nos cabe duda, debe registrarse con precisión meridiana cada derecho. En dicha sede, preocupa a los operadores el hecho de no quedar fijado con precisión qué tipo de derecho real corresponde a estas áreas de terrenos. Solamente para los casos en que el área total de terreno no sobrepasa los 200 metros cuadrados, la norma es precisa al disponer que se considere como usufructo gratuito el derecho perpetuo de superficie sobre estas áreas (cfr. último párrafo del Apartado Quinto de la Resolución Conjunta), lo cual no obstante su pretendida claridad, es sumamente cuestionable.

Se confunden dos tipos de derechos reales, el usufructo y la superficie; por lo que su redacción es incorrecta; ambos derechos son incompatibles de esta forma en que se pretende legalmente constituir o se expresa que se han constituido ya. En aras de un mejor esclarecimiento de la norma, pensamos que quiso decir que era gratuito el derecho de superficie que se constituyó en virtud del articulado de la Resolución 2 de 1991 del Instituto Nacional de la Vivienda que trae causa de la Resolución 1/1987 de 6 de enero, dictada por el propio Instituto. Claro que aquí hay que analizar la naturaleza del derecho, si es edificatoria o no, siempre reservándose el Estado la propiedad del suelo. No se debe olvidar que aquí la norma solo se refiere a los que edificaron y no habrían reconocido su derecho, y no a los que adquirieron supuestamente un derecho de superficie gratuito sobre un inmueble ya edificado.

Ahora bien, ¿quién constituyó el Derecho de Superficie?, ¿dónde consta?, ¿dónde obran las resoluciones administrativas concediendo el derecho? Es decir, ¿dónde está el título formal del nacimiento de este derecho?, pues la norma obliga a ello, no hay una constitución *opes legis*.¹⁰

¹⁰ La Resolución 2/91 del INV establecía en su Apartado Quinto: «Quedarán exceptuados del pago del derecho perpetuo de superficie:

»a) Las personas que fabricaron viviendas con anterioridad al 14 de octubre de 1960 siempre que el Estado haya intervenido, a través de algún órgano u organismo, en la entrega de la tierra y siempre que este hecho sea acreditado con prueba fehaciente. No obstante lo anterior, si no fuere posible probar la entrega por el Estado, en aquellos casos en que la vivienda hubiere estado ocupada durante muchos años de forma permanente por varias generaciones de la misma familia, la dirección municipal de la vivienda elevará el expediente a la dirección provincial, la que tendrá la facultad discrecional de exonerar de al promovente

»b) Las personas que fabricaron viviendas con anterioridad al 14 de octubre de 1960 en terrenos de ajena pertenencia y que a tenor de lo preceptuado en el Apartado 19 de la Resolución RU-14 del Ministerio de Justicia de 5 de mayo de 1971, fueron declarados usufructuarios gratuitos y permanentes

»c) Las personas que fabricaron viviendas en terrenos de ajena pertenencia y que a tenor de lo dispuesto en el Apartado Décimo Sexto de la RU-14 del Ministerio de Justicia de 5 de mayo de 1971, les fue reconocido el carácter de propietarios de las mismas

»ch) Los pequeños agricultores, su viuda, ascendiente y descendiente que por haber entregado sus tierras al Estado, sin recibir indemnización o renta vitalicia fabricaron viviendas en zonas urbanas o rústicas en terrenos de ajena pertenencia o de propiedad estatal

»d) Las cooperativas de producción agropecuarias que hubieren fabricado viviendas en terrenos estatales, siempre que hubieren entregado a su vez tierras de su propiedad al Estado

»e) Las personas que fabricaron viviendas aisladas en terrenos rurales propiedad del Estado.

Los títulos adolecen de este requisito y la ley es ambigua, imprecisa y tiene lagunas. Sin contar con aquellos que se les pretende reconocer un derecho gratuito de superficie y no construyeron, sino que su derecho nació por estar arrendados en dichos inmuebles y el Estado les transmitió el dominio por la Ley de Reforma Urbana. ¿Qué titularidad ostentan sobre el suelo?

Por otra parte, nada se dispone para el caso de que se exceda de esa cabida de 200 metros cuadrados, por lo que es imposible discernir la naturaleza del derecho para cada una de las áreas que sean propias o tributarias.

No nos queda duda de que la parte del terreno propio formada por el área de jardines o libre de construcción, es propia de la persona natural propietaria de la vivienda edificada. Pero no existe claridad sobre la naturaleza del derecho para la otra parte del terreno propio o tributario que no está libre de construcción. Pensamos que al no quedar precisado dicho derecho sí podía aclararse o disponerse por conducto de una norma dictada por el INV.¹¹

A estas cuestiones habría que agregar lo escabroso que resulta la determinación precisa de cada área. A los efectos legales «se considera terreno propio o tributario en áreas urbanas hasta una y media vez la proyección en planta de la superficie que ocupa la construcción de la vivienda» (*cfr.* segundo párrafo del Apartado Quinto de la Resolución Conjunta). Para determinar dicha área habría que multiplicar el área construida¹² de la vivienda por una vez y media (1.5) y al

»En los casos que resulte de aplicación alguno de estos incisos, las direcciones municipales de la vivienda vendrán obligadas a dictar resolución, concediendo el derecho perpetuo de superficie sobre el solar, significando que el superficiario está exonerado del pago del precio, aclarando que sobre el mismo rigen iguales derechos y obligaciones que para los demás casos.

»En los casos en que se contrae el inciso e) solo se reconocerá el Derecho Perpetuo de Superficie sobre el terreno en que está asentada la vivienda.

¹¹ Aunque no hay pronunciamiento sobre el precio o valor del área edificada, criterios lógico-prácticos sugieren que el área edificada se entiende *implícita*, formando una unidad inmobiliaria con lo edificado y en consecuencia también incluida en el precio de transferencia.

¹² En la *Norma cubana ISO 9836:2006* no hay referencia alguna al *área construida*, aunque es asimilable al *área edificada* que sí es recogida. Por otra parte, en el *Procedimiento para cumplimentar el servicio de Dictámenes Técnicos en Viviendas P-GCP-05*, ed. 04, junio, 2012; de los Arquitectos de la Comunidad, se recoge un concepto del *área construida* que puede ser lesivo para la conservación del recurso no renovable *suelo*, allí se dice que «comprende la suma de las áreas de todas las plantas construidas. En edificaciones de una sola planta coincide con el área ocupada y tendrán las mismas consideraciones que para la superficie ocupada». Es decir, que en virtud de este

resultado sumarle dicha área construida ($AC \times 1.5 + AC = \text{terreno propio o tributario}$). La razón para que luego de multiplicar el área construida por 1.5 (una vez y media) haya que agregar a la fórmula la suma del área construida, no solo está en el hecho de ser indicado de tal modo por el INV,¹³ sino que también se justifica con el hecho de que la norma se haya referido a «la proyección en planta» de esa área construida o, en términos más exactos, por el hecho de que el área construida también es parte del área propia o tributaria. Es decir, que con la fórmula ($AC \times 1.5$) se haya la parte del terreno propio o tributario, que es área de jardines o de terreno libre de construcción, la otra parte la constituye, no obstante el silencio legislativo, dicha área construida, de ahí que se sume al resultado el área construida. No creemos que esta conclusión entre en contradicción con lo dispuesto en la norma de rango superior [cfr. inciso ch) Acuerdo Primero de Acuerdo 1810/1985], en que no se hace alusión alguna a la *proyección en planta* y aparentemente el área propia o tributaria sería solo una vez y media el área construida. Aquí seguiría siendo válida la tesis de que el área propia o tributaria está dividida en partes: una formada por jardines y siempre libre de construcción y la otra ocupada por la construcción.

Entender que el terreno propio o tributario incluye por una parte el ya construido y por otra, una porción del área de jardines libre de construcción que no exceda de lo normado, más que una tesis es una interpretación basada en connotaciones prácticas y en la interpretación literal de la normativa vigente. Multiplicar el área construida por una vez y media, y al resultado sumar esa área construida ($AC \times 1.5 + AC = AP$), no equivaldría a entrar en contradicción con la norma de mayor rango que preceptúa que el área propia o tributaria (AP) es una vez y media (1.5) el área construida (AC), es decir, que $AC \times 1.5 = AP$, pues la fórmula busca hallar la parte del terreno propio formado por jardines y otras libres de construcciones. Las razones por la que el INV orienta determinar el AP a través de la fórmula $AC \times 1.5 + AC$, no quedan explicadas, pero de coincidir con nuestra tesis habría que precisar también un derecho para esa parte del área tributaria que está construida, la cual no debería mantenerse en propiedad del Estado, del modo en que mantiene la propiedad sobre el área adicional reconociendo el derecho perpetuo de superficie a la persona natural, sino ser propiedad personal al igual que la vivienda con la que conforma una unidad inmobiliaria. Una tesis opuesta no podría eludir explicar dichos extremos.

concepto se abriría la posibilidad de que a una vivienda individual de varios niveles se le aplicara la fórmula correspondiente a partir de un área construida engrosada por la existencia de esas varias plantas y tocaría reconocer un *área propia* muchísimo mayor a la que tocaría de aplicar la fórmula a partir del *área ocupada o edificada*.

¹³ Cfr. *Ejemplo práctico de cómo calcular el terreno adicional (zona urbana)*, volante distribuido por las DMV procedente de la Dirección de Economía del INV.

Todas estas cuestiones inciden directamente en el proceso de reordenamiento y control inmobiliario, el que persigue crear los mecanismos y procedimientos institucionales que garantizan de manera sistemática la prevención y enfrentamiento a las ilegalidades en la transmisión de las viviendas, el uso más racional de los inmuebles estatales y la adecuada tenencia y uso de la tierra (cfr. Quinto Por Cuanto del Acuerdo 4799/2003 de 26 de mayo, adoptado por Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, en lo adelante CECM), la claridad preceptiva tributa a ello.

El proceso de reordenamiento y en particular la normativa que lo desarrolló, vigorizó el debate que hoy atizamos, sobre todo por lo largamente aplazado, lo relativo al reconocimiento de derechos reales sobre el suelo urbano. En consecuencia, las normas relativas al terreno tributario o propio, adicional, edificado o construido y total, contenidas en el Acuerdo 1810/1985 de 28 de junio, adoptado por el CECM y su reglamentación en la Resolución Conjunta del CEP-INV-IPF de 1 de julio de 1985, ya explicadas con anterioridad, fueron traídas al presente jurídico como si fueran de nueva creación, pues la realidad las había postergado al desuso.

Una norma dictada *in extremis* por el Instituto Nacional de la Vivienda (cfr. Circular 1/2009 dictada por el Director Jurídico del INV el 11 de marzo), asegura que «no constituyen propiedad personal los terrenos tributarios de las viviendas que se han adquirido por asignación o por reconocimiento de derecho al amparo de nuestras legislaciones revolucionarias, o edificadas en terrenos otorgados por el Estado para la construcción por esfuerzo propio. La norma dice claramente (...) «*el terreno propio o tributario*», es decir, cuando se habla de propio no se trata de propiedad personal, es *propio* de la vivienda o *tributario* a la vivienda».

Este intento de aclaración procurando imponer el criterio de que el terreno es propio de la vivienda y no del titular de la misma, ha conllevado a cuestionamientos entre los que encontramos lo ilógico que resulta atribuir a una edificación posibilidades de apropiación de un área de suelo, facultad reservada solo a las personas.¹⁴ A esto habría que agregar la compleja madeja de derechos que tendrían que calificarse para su inscripción y a la persistente fractura de los derechos de una unidad inmobiliaria. Por otra parte esta tesis desconoce nuestra más reciente historia jurídica, enfrascada en la búsqueda de la mayor justicia pero colmada de variantes ambivalentes, sin descartar la inobservancia de normas que en alguna medida colisionaban con el proyecto social.¹⁵ También

¹⁴ Cfr. Saborit Beltrán, Roberto Carlos: «La acción de deslinde en la legislación inmobiliaria urbana. Comentarios Críticos», *Revista Cubana de Derecho*, no. 38, julio-diciembre, 2011.

¹⁵ El caso más connotado es el de la normativa registral que se entendió derogada al disponerse la cancelación de los gravámenes

a partir de ella cabría proponer una tesis difícil de sostener con seriedad «la que asegura que en el período revolucionario no se ha otorgado derechos de propiedad sobre el suelo urbano».¹⁶ Tal proposición se apoya más que nada en el vacío legislativo, pues no existió regulación legal explícita sobre los derechos reales sobre el suelo urbano, hasta muy entrada la década del 1980, que coincide con la normativa ahora aclarada de modo exabrupto por el INV. Además de que constan noticias de que fue al momento de discutir el primer anteproyecto de la primera Ley General de la Vivienda, que «se llegó a la conclusión de que el Estado no debía vender los solares yermos, sino transmitir el derecho real de superficie, de manera perpetua, por un precio».¹⁷

II.1. Otra operación matemática y otras complicaciones: los tipos de áreas de los inmuebles

Usada la fórmula que se tenga por correcta, luego de determinada el área propia o tributaria, solo quedaría restarle el área total de terreno (AT) y se obtendría el área adicional (AA), que es en definitiva sobre la que habría que reconocer lo que hoy se reconoce, como un derecho perpetuo de

superficie previo pago de una suma alzada en concepto de precio, en contra de su naturaleza jurídica y sin analizar los efectos del mismo. Esta concesión del derecho es sobre suelo no edificado, por lo que se aplica el *ius edificandi*, hay que preguntarse ¿quiere el sujeto edificar?, ¿lo puede hacer?, ¿si no lo hace qué pasa?, ¿conoce los efectos de la no edificación en el tiempo establecido?¹⁸

Pero aquí no terminan los quebraderos de cabeza. Los severos problemas que acarrearán las incongruencias de las normas analizadas supra, propenden a que algunos operadores aseveren que el límite de 250 metros cuadrados sea absoluto para el área propia o tributaria y a partir de esa cuantía vendría el área adicional. Aquí se desconoce que ese límite es para el área libre de construcción por lo que de encontrarnos con casos de áreas construidas de considerables cabidas, ese cupo podría ser ampliamente excedido, todo sin entrar a conocer la magnitud del área adicional pues sumando todas estas áreas es que se determina la cabida de la finca.

Se proclama y es una práctica diaria, que el derecho sobre el área adicional no está ínsito en el título y la acción de reconocimiento de derechos es la que en la actualidad permite obtener el que se otorga, previo el pago de su precio. Aunque no hay norma que lo establezca, en la práctica, la administración se atiene al uso pacífico y continuado de estos espacios, a la existencia de mapas parcelarios, amillaramientos o antiguas inscripciones en el RPI, que aún estando interrumpidas, corroboran la cabida original de la finca. De cualquier modo la norma es taxativa para los casos de ocupantes legítimos que tengan área adicional y el Estado tenga interés sobre dicha área. La existencia de ese interés habría que buscarla en la propia administración, concretamente en las Direcciones de Planificación Física que son las encargadas de velar por el destino y uso del suelo urbano.¹⁹

hipotecarios (cfr. Cantón Blanco, Luis E.: *Conferencias de propiedad y derechos reales*, Ed. ENSPES, La Habana, 1982, pp. 120-121); posición rectificada mucho más tarde desde el mismo seno del Ministerio de Justicia (cfr. García Henríquez, Francisco E., Yarelis Martínez Lorenzo y Jhosvany Martínez Barreiro: *Compendio de Disposiciones Legales sobre Nacionalización y Confiscación*, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004, p. 38).

¹⁶ En China, la nueva Ley de Suelo de 16 de marzo de 2007, conceptualmente se recoge dos principios básicos que, aunque teóricamente ya subyacían en el sistema jurídico chino, nunca habían sido formalmente declarados. En primer lugar, la ley reconoce expresamente la protección por igual de la propiedad privada, la propiedad colectiva y la propiedad pública, constituyendo un marco jurídico nuevo y más seguro para la iniciativa privada. Por otro lado, y consecuencia directa de este primer principio, la ley recoge la obligación del Gobierno de pagar una compensación justa en los casos de expropiación de la propiedad privada. «La nueva Ley sobre el Derecho de Propiedad en China» de Begoña de Suso, abogada de la oficina de Shanghai de Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios.

¹⁷ Vega Vega, Juan: *Comentarios a la Ley General de la Vivienda*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1986, p. 178. Aunque no fue esta la norma pionera en regular tal derecho real, con anterioridad la Ley 36/1982 de 22 de julio, Ley de Cooperativas Agropecuarias, había dispuesto la propiedad personal sobre lo edificado (cfr. Arts. 45 y 47), mientras que «el suelo es propiedad de la cooperativa y el propietario de la vivienda solo (sic) tiene derecho de superficie»; cfr. Gaceta Oficial de la República, ed. Extraordinaria, La Habana, martes 24 de agosto de 1982, año LXXX, no. 63, pp. 779-785.

¹⁸ Cfr. En la abrogada Resolución 2/91 del INV, el Apartado Sexto, relativo a los derechos y obligaciones a que conlleva este Derecho y el Apartado Octavo, relativo a la extinción del mismo. En la vigente Resolución 54/2014 de 26 de agosto, dictada por el Director del INPF, Procedimiento para cumplir las funciones que se traspan a la Direcciones Municipales y Provinciales de Planificación Física, se regulan de muy similar manera estos extremos en los arts. 5-7.

¹⁹ La posibilidad de escuchar el parecer de Planificación Física al momento de reconocer derechos sobre áreas o al deslindar, recogida en la abrogada Resolución 620/2003 del INV, fue recientemente entendida como *atinada* por el Director Jurídico del INV. En su Circula 01/2013 se dispone: «No es admisible incorporaciones de áreas que son en sí apropiaciones indebidas de terrenos estatales disponibles y que tienen el control de Planificación Física, el Ministerio de la Agricultura u otras instituciones. Por esta razón es atinado siempre que sea necesario, escuchar a entidades que pudieran ser las poseedoras de estos terrenos y de Planificación Física en su caso».

Si insistimos en crear unidades inmobiliarias fracturadas o susceptibles de fracturarse jurídicamente y derechos distintos entre lo edificado y el suelo, es imprescindible determinar los límites de cada uno de los derechos que nazcan (ya sea para el terreno propio o tributario o para el adicional). Amén de entender lo necesario y simple que resultaría la eliminación de esta diferenciación y de las operaciones aritméticas que implican, que de por sí resultan casi crueles para los que optamos por la profesión de juristas; y lo claro que sería la concesión de un único derecho, el de propiedad personal sobre el suelo urbano, sin más restricciones.

III. Aritmética e inscripción de derechos inmobiliarios

Una de las situaciones más complicadas de esta vorágine de ideas es el momento en que los derechos llegan a inscribirse en el RPI. El derecho inmobiliario «en el sentido objetivo, designa el conjunto de normas jurídicas aplicables a las fincas; en el sentido subjetivo, los derechos que tienen una finca por objeto».²⁰ Así que al reconocerse estos derechos y arribar al RPI, el registrador realiza la función calificadora y se encuentra ante el dilema de determinar la naturaleza de los derechos reales que deberá inscribir.

Ya dijimos que la normativa es *clara* cuando el área total de terreno es menor de 200 metros cuadrados (*cfr.* Último párrafo del Apartado Quinto de la Resolución Conjunta CEP-INV-IPF que considera como usufructo gratuito el derecho perpetuo de superficie de todos los terrenos que tengan un área total menor de 200 metros cuadrados independientemente del área ocupada por la construcción de la vivienda). ¿Pero qué inscribe el registrador de la propiedad? El resto de los casos son en extremo complicados. Así se genera un estado en que se entroniza la carencia de certeza sobre situaciones jurídicas, que solo gracias a nuestra incultura jurídica, no funciona como inhibidor en el tráfico jurídico inmobiliario. Pero más allá de ello hay que velar por el desarrollo cabal del principio de especialidad.

IV. Epílogo

Ni la teoría ni la práctica nos lleva a poder brindar una conclusión coherente, con el derecho que se ostenta, la titulación que se exhibe y la publicidad que se brinda sobre el suelo

urbano en Cuba. Solo tenemos interrogantes, senderos oscuros, que en buena medida los han propiciado la norma y las interpretaciones restrictivas, que la teoría civil longeva y consolidada por siglos no puede resolver. El desapego al contenido de las instituciones jurídicas reconocidas en nuestro derecho, nos lleva a sombras que ni el mejor mago puede aclarar. Si los anteproyectos de Ley de Suelo que se gestan en Cuba tienen en cuenta tales problemáticas, tendrán el mérito de vertebrar la primera norma de este tipo en la tradición legislativa cubana y además, y por sobre todo, la que logre declarar, organizar y reconocer los verdaderos derechos reales sobre el suelo urbano en la isla, brindando así verdadera seguridad jurídica a los sujetos.

* * * * *

Nuevas fronteras del derecho al honor en el siglo XXI*

CAROLINA SANCHIS CRESPO**

SUMARIO

I. A modo de introducción. II. El derecho al honor. II.1. Circunstancias lesivas. II.2. Ámbito protegido: puntos de vista negativo y positivo. II.3. Especial contenido en las personas jurídicas. III. Las libertades de expresión e información. IV. Los contornos del derecho al honor y las libertades de expresión e información. V. Tutela judicial de las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor. V.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014: vídeo colgado en YouTube.com. V.2. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014: el derecho al olvido en Internet

I. A modo de introducción

Internet ha dado lugar a una revolución de tal magnitud que supone no ya una nueva etapa en las relaciones interpersonales, sino más bien una nueva era, un nuevo

* Texto de la conferencia magistral pronunciada en el Congreso Internacional de la Abogacía 2014, celebrado en el Palacio de Convenciones de La Habana (Cuba), 16-19 de septiembre de 2014.

** Profesora Titular de Derecho Procesal Catedrática acreditada Universidad de Valencia (España)

²⁰ González y Martínez, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario*, Imprenta de Estanislao Mestre, Madrid, 1924, p. 35.

modo de entender la manera en que los seres humanos podemos intercambiar y acceder a opiniones e informaciones de nuestros semejantes, que nos sitúa en un nuevo paradigma.

El derecho al honor, en esta nueva era, esigualmente merecedor de tutela. Sin embargo, las formas de vulnerarlo se han multiplicado exponencialmente, pues el acceso a las opiniones y/o informaciones que otras personas difunden sobre un sujeto es casi infinito, con lo que aumenta el riesgo potencial y real de menoscabarlo. La opacidad del medio cibernético hace, además, que la autoría de las manifestaciones que en él se vierten, no pueda siempre atribuirse inequívocamente a personas determinadas. Esto es, indudablemente, un obstáculo para las posibilidades de defensa del mencionado derecho.

La LO 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante LO 1/1982), es el marco normativo que nos ha proporcionado el legislador, desarrollando los preceptos constitucionales relativos a esta materia. Se trata, en líneas generales, de una ley adecuada, pero hija de su tiempo. Ha venido siendo interpretada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional a lo largo de los años y así se ha logrado una puesta al día de la misma, con matices.

El derecho al honor puede verse restringido en su ejercicio por dos libertades: la libertad de expresión y la de información. Así como el derecho al honor es especialmente vulnerable por la exposición pública a que le somete internet, las libertades citadas se ven sensiblemente fortalecidas cuando se ejercitan en la red de redes, al ampliarse grandemente su campo de actuación.

Las Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) proporcionan por sí mismas, de manera casi automática, mayores libertades de expresión e información. Actualmente, lograr que la información y la opinión lleguen a un ingente número de personas geográficamente distantes en un breve lapso de tiempo, es fácil y barato. Y tan rápido que solo lleva el tiempo necesario para enviar los contenidos y el que tardan los receptores en leerlos. Pueden ser apenas minutos. Esa aparente facilidad para difundir todo tipo de opiniones e informaciones no legitima, sin embargo, un uso abusivo de las mismas. Como la inmensa mayoría de derechos y libertades, las de expresión e información se encuentran limitadas por el resto de derechos y libertades que las circundan y muy especialmente por aquellas que, como ellas, tienen el rango de fundamentales. Ese es precisamente el caso del derecho al honor que va a ocuparnos.

II. El derecho al honor¹

Según Vilalta y Méndez, el derecho al honor es el derecho de toda persona a la propia estimación, al buen nombre y reputación. Confiere a su titular el derecho a no ser humillado ante uno mismo o ante los demás. De acuerdo con estas autoras la doctrina científica y jurisprudencial ha aceptado de forma unánime la definición italiana del *honor* como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Así, este derecho al honor, se integraría en dos características:

1. la estimación que cada persona hace de sí misma
2. la trascendencia o reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad

El derecho al honor no permitiría conductas de desmerecimiento en la consideración ajena. Lo que de ningún modo podrá garantizar es el respeto o consideración ajena que no se exprese.²

El derecho al honor está fuertemente vinculado a las coordenadas espacio temporales. Es por tanto necesario acudir a la jurisprudencia para ir apreciando cómo, a lo largo del tiempo y del espacio, el concepto de *honor* ha ido variando.

Se partía originariamente del concepto de *honor* reservado exclusivamente a la aristocracia y ligado durante mucho tiempo a valores específicos como la intachabilidad de la conducta sexual de las mujeres de cuyos maridos, padres y hermanos se predicaba este honor.

En la actualidad, el derecho al honor ha perdido esa inspiración aristocrática que al principio fue uno de sus fundamentos. La idea o sentimiento de honor que era patrimonio de determinadas clases sociales o profesionales, ha pasado a convertirse en una categoría jurídica propia de una

¹ Este apartado y los dos siguientes pueden consultarse más extensamente en Sanchis Crespo, Carolina: «Protección del derecho al honor y libertades de expresión e información en la web 2.0», Gómez Colomer, Juan Luis, Silvia Barona Vilar y M^a Pía Calderón Cuadrado (coords.): *El derecho procesal español del siglo XX*, Valencia, 2012, pp. 817-839. También puede encontrarse este trabajo en «La tutela judicial del derecho al honor, Internet y la blogoesfera» en *La Ley*, semana 28, 11-17 de marzo de 2013, pp. 21-26.

² Méndez Tomás, Rosa M. y A. Esther Vilalta Nicuesa: *Acción de protección civil del derecho al honor*, Barcelona, 1999, p. 7.

determinada cultura, ha generado un derecho atribuible a la persona sin atender a la clase social, profesión, religión, raza o sexo.³

II.1. Circunstancias lesivas

Las declaraciones ofensivas y vejatorias y especialmente el insulto, son el modo habitual en que el derecho al honor puede verse violentado. Junto a ello hay que considerar la distinción entre afirmaciones susceptibles de atacar contra el honor de cualquiera y afirmaciones que solo generan daños en la honorabilidad de un sujeto atendiendo a la específica posición que ocupa. Este último tipo de afirmaciones, por su propia naturaleza, no son fácilmente sistematizables. Dado que están esencialmente ligadas al caso concreto. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido caracterizando una serie de afirmaciones como objetivamente lesivas del derecho al honor, sean cuales sean las circunstancias del sujeto afectado.⁴ Así podemos hablar de circunstancias lesivas del derecho al honor y distinguir entre las objetivamente lesivas y las subjetivamente lesivas.

Aquellas circunstancias cuya especial dureza deshonraría a cualquier individuo respecto del que se predicasen y que por tanto tendrían la consideración de circunstancias objetivamente lesivas del derecho al honor son, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las siguientes:

- Asociar a una persona con el tráfico de drogas (STS de 29 de abril de 1994)
- Predicar respecto de una persona presuntas simpatías hacia delincuentes (STS de 17 de noviembre de 1992)
- Relacionar a una persona con el ejercicio de la prostitución (STS de 4 de octubre de 1993)
- Relacionar a una persona con la práctica de la homosexualidad (STS de 2 de diciembre de 1993)

Nótese cómo a pesar de que en España, desde la Ley 13/2005, se reconoce como *legítimo* al matrimonio formado por dos personas del mismo sexo, el Tribunal

Supremo, solo 12 años antes considera relacionar a una persona con prácticas homosexuales como atentatorio de su derecho al honor. En la actualidad, como observa Moliner Navarro,⁵ la afirmación de tal condición o de tales prácticas no deberían en principio ser lesivas del honor, a no ser que se utilicen para el insulto o con intenciones homófobas.

Las circunstancias subjetivamente lesivas del derecho al honor son aquellas que lo lesionan o no dependiendo, no de su particular contenido, sino de quien sea el destinatario. Dicho de otro modo, una misma circunstancia será atentatoria del honor de una persona cuando se esgrime frente a ella y sin embargo, esa misma circunstancia, no afectará en nada el honor de otro individuo.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto esta distinta repercusión de una misma afirmación hasta tal punto que las peculiaridades de un individuo resultan absolutamente decisivas para decidir si se ha producido o no, intromisión en su derecho al honor.⁶ Resulta evidente que frente a dichas circunstancias específicas, no tiene sentido establecer listado alguno puesto que pueden ser tantas como concurren, en cada individuo y sean objeto de denostación.

II.2. Ámbito protegido: puntos de vista negativo y positivo

El concepto del derecho al honor que maneja la LO 1/1982 se articula en un doble punto de vista negativo y positivo. La confluencia de ambos configura el espacio del derecho al honor protegido legalmente.

El Artículo 2.3 LO 1/1982 establece, desde el punto de vista negativo, que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso. Estos dos supuestos de autorización legal y consentimiento del titular, son las dos únicas excepciones previstas frente a la regla general enunciada en el Artículo 1.3 LO 1/1982 cuando establece que el derecho al honor es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Quedaría así acotada una zona excluida de posibles reclamaciones por vulneración del derecho al honor.

¿Qué clase de conductas, entonces, la ley considera *atentatorias* contra el derecho al honor? La respuesta la hallamos en el Artículo 7 del citado cuerpo legal. Este precepto

³ Martínez de Pisón Cervero, José María: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1993, p. 103.

⁴ Moliner Navarro, Rosa: «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», Verda y Beaumonde, José Ramón de (coord.): *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, VV.AA., Pamplona, 2007, p. 26.

⁵ Moliner Navarro, Rosa: *Op. cit.*, pp. 26-29.

⁶ *Idem*.

enumera, desde un punto de vista positivo, las acciones que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas. Lo cierto es que el precepto entremezcla en sus siete números los ámbitos de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por lo que procede efectuar un deslinde de los mismos.

Así, tras su lectura, parece suficientemente claro que los apartados 1-4 hacen referencia al derecho a la intimidad,⁷ los apartados 5 y 6 al derecho a la propia imagen y es el apartado 7 el que prioritariamente se dedica al derecho al honor.

Desde un punto de vista positivo considera la LO 1/1982 que los ciudadanos gozan de un derecho al honor que les permite impedir «la divulgación de hechos relativos a la vida de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» (Artículo 7.3) y «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación» (Artículo 7.7).

Para saber qué concreta divulgación o imputación de hechos o qué manifestación de juicios de valor son atentatorios del derecho al honor de una persona, habrá que acudir a los criterios jurisprudenciales, sin desconocer que la existencia de las circunstancias subjetivamente lesivas no permitirán un juicio apriorístico. Será necesario, en esos casos, efectuar un análisis del caso concreto explorando los condicionantes específicos de esa persona y el contexto espacio-temporal en el que el supuesto ataque se haya producido.

II.3. Especial contenido en las personas jurídicas

Puesto que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos y deberes, cabe plantear la posibilidad de que puedan ostentar un derecho al honor.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995 y de 11 de diciembre del mismo año abrieron la vía necesaria para permitir la afirmación de tal derecho, como pone de manifiesto Marín García de Leonardo.⁸ Con apoyo en estas sentencias se puede afirmar que las personas jurídicas detentan un derecho al honor entendido

como protección de su identidad cuando desarrollan sus fines. Este derecho protege las condiciones de ejercicio de su identidad.

Una persona jurídica no puede sentirse ofendida por aspectos relativos a su filiación, su conducta sexual, sus aficiones, etcétera, es decir, por todo aquello que va unido a la condición de persona física. No obstante, en lo relativo al prestigio profesional de la actividad que desempeñe, sí podemos encontrar una dimensión del derecho al honor que compartiría con la persona física. Como apunta el Tribunal Supremo,⁹ el prestigio y la reputación profesional de una sociedad mercantil son necesarios para el desempeño de sus objetivos sociales y para el cumplimiento de los fines para los que son constituidas. Qué duda cabe que sin este buen nombre y fama frente a terceros, la sociedad mercantil no podrá realizar sus negocios y vería en peligro su existencia.

La pregunta siguiente es ¿cómo podemos saber qué clase de declaraciones menoscabarían ese derecho al honor de las personas jurídicas condensado en su derecho al mantenimiento del prestigio profesional? Porque es evidente que no pueden considerarse vulneradoras de tal derecho cualesquiera manifestaciones relativas al mismo, por más que estas no convengan a la persona jurídica por resaltar aspectos negativos de su actividad. En opinión de Marín García de Leonardo,¹⁰ no todo ataque al prestigio profesional debe ser considerado automáticamente un atentado al derecho al honor, pues el derecho a la crítica constituye una exteriorización del también protegido derecho constitucional a la libertad de expresión.

Siguiendo la línea apuntada por Marín, entendemos que el pretendido ataque al prestigio profesional de una persona jurídica mediante informaciones periodísticas negativas acerca de su actividad, si se demuestra ajustado a la realidad, no será más que un legítimo ejercicio de la libertad de información.

La interacción entre el derecho al prestigio profesional de la persona jurídica y las libertades de expresión e información se sintetizan en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero de 2006:¹¹ «Por molesta e hiriente que resulte una opinión o una información o la crítica evaluación de la conducta profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional no constituye de suyo una ilegítima intromisión del derecho al honor».

⁷ Si bien parte del apartado 3 puede entenderse referido también al derecho al honor.

⁸ Marín García de Leonardo, Teresa: «El derecho al honor de las personas jurídicas», *Veinticinco años...*, *op. cit.*, p. 60.

⁹ STS de 21 de mayo de 1997, comentada por Alma María Rodríguez Gutiérrez en «¿Quid de nuevo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas?», *La Ley*, lunes 28 de febrero de 2000, p. 4.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

III. Las libertades de expresión e información

El Artículo 20.1, apartados a) y d) de la Constitución española (en adelante CE) recoge las libertades de expresión e información.

El Artículo 20, apartado a), se refiere a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Atiende por tanto a la libertad de expresión con carácter general y al derecho de ejercerla por los justiciables. El apartado d), por su parte, protege la comunicación o recepción libre de información veraz por cualquier medio de difusión. Alude también a la regulación legal de la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Consagra así, este apartado, la libertad de información en sentido amplio y específicamente el derecho a ejercitarla del individuo.

La libertad de expresión posee un ámbito de ejercicio más amplio que la de información. No es de extrañar puesto que la primera está directamente relacionada con el mundo de las opiniones, «pensamientos, ideas y opiniones» en la expresión constitucional arriba transcrita, mientras que la segunda está ligada a «información veraz», es decir a hechos constatables. De modo que el requisito de veracidad es específico de la libertad de información.

Explica Moliner Navarro¹² que la jurisprudencia ha afirmado que el derecho a la libertad de expresión presenta un contenido más amplio y genérico, mientras que el derecho a la información se refiere al tratamiento jurídico-informativo de los hechos, presentados en forma de noticia, para lo que se exige el rigor y la veracidad.

Sin embargo, no podemos desconocer que el criterio de la veracidad, tal como ha sido tradicionalmente concebido por el Tribunal Constitucional, no se refiere a la verdad objetiva, sino únicamente a la debida diligencia del profesional al tratar de verificarla. Otra interpretación sería contraria a la propia dinámica del quehacer periodístico. A este profesional puede y debe exigírsele una labor de filtro, de control sobre la información que vierte al medio. Pero esta exigencia no puede llevarse al extremo pues, de otro modo, se obstaculizaría gravemente la propia actividad y, consecuentemente, la libertad que la sustenta.

Tradicionalmente, la libertad de información se circunscribía a los medios de información y la libertad de opinión gozaba de un marco de actuación más amplio. Hoy por hoy, sin embargo, esta distinción no puede asumirse sin

más. Como señala Cotino Hueso¹³ «en tanto en cuanto Internet es un canal de comunicación, queda protegido por la libertad de expresión e información, como desde 1997 afirmase con claridad el Tribunal Supremo de los EE.UU. (ACLU *versus* Reno 1997). Como punto de partida, tanto los modos de comunicación personal en Internet (correo, chat, foros, etc.) sí están protegidos por estas libertades (...). La más intensa protección de estos derechos a los medios se justifica por la función social o constitucional que desarrollan los medios de comunicación en la sociedad democrática. Y, sin duda hoy día esta función la desarrollan todos los usuarios de Internet en general. No solo los medios institucionalizados».

IV. Los contornos del derecho al honor y las libertades de expresión e información

Por todo lo expuesto hasta el momento, apreciamos cómo el derecho al honor puede verse violentado por las libertades de expresión e información. Si el ejercicio de las mismas se mantiene dentro de sus límites, a pesar de interferir con el derecho al honor, habrá que concluir que es lícito, pues en una sociedad democrática el valor de tales libertades ha de ser mayor por su importancia institucional. Pero ¿cómo saber si esas libertades se extralimitan invadiendo el espacio que corresponde al derecho al honor? Este problema ha sido abordado por la doctrina que mayoritariamente lo resuelve con un doble enfoque.

Según una parte de los autores, el criterio de preferencia daría la clave en la resolución de los solapamientos entre las mencionadas libertades y el derecho al honor. Para otros, sin embargo, la complejidad del asunto se disuelve cuando tomamos como punto de partida la inexistencia de conflicto.

La teoría de la posición preferente surge en sus inicios como reacción a una situación del pasado en la que el derecho al honor gozaba de una situación privilegiada, no permitiéndose perturbaciones al mismo, salvo en casos extremos. Esta teoría postula el carácter preferente de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor. En concreto, esta prevalencia tendrá lugar cuando concurren cuatro circunstancias:

- el carácter o condición pública de la persona afectada

¹³ Cotino Hueso, Lorenzo: «Datos personales y libertades informativas, medios de comunicación social como fuentes accesibles al público», Troncoso Reigada, Antonio: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal*, AAVV, Pamplona, 2010, p. 304.

¹² Moliner Navarro, Rosa: *Op. cit.*, p. 50.

- el interés general y relevancia pública de la información/opinión divulgada
- la veracidad de la información, según los cánones de la profesionalidad informativa
- la ausencia de expresiones injuriosas o difamantes

La prevalencia de esas libertades está cimentada en la proyección que ambas tienen para la construcción de una sociedad democrática y plural. Se despliega en un doble carácter: funcional y estructural. Ese rasgo distintivo no se reconoce en el derecho al honor.

El carácter funcional hace referencia al aspecto de derecho subjetivo común a todas las personas. Son libertades que, en su faceta de derechos, garantizan un inmediato disfrute y solo requieren de los poderes públicos una postura meramente pasiva. Así la finalidad de la libertad de expresión consiste en posibilitar la libre expresión de ideas, opiniones, creencias, etcétera. Mientras que la libertad de información tendría como fin básico tanto el informar como el ser informado sobre hechos noticiables.

El carácter estructural implica que las libertades han de conformar la propia sociedad de modo que el Estado debe llevar a cabo las acciones necesarias para que las libertades y su ejercicio como derechos sean una realidad visible.

La teoría de la posición preferente ha sido respaldada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. El seguimiento, sin embargo, ha sido desigual. En algunos periodos se citaba expresamente y en otros no se procedía así, pero se seguían igualmente sus postulados.

Desde el otro sector doctrinal se parte de una perspectiva que explica que todos los derechos fundamentales tienen una dimensión institucional y que la existencia del conflicto no es real. Se sostiene desde esta posición que no hay aspectos institucionales exclusivos de unos derechos o libertades fundamentales frente a otros, pues todos gozan de ese aspecto institucional derivado de su posición central en el ordenamiento jurídico. Por ese motivo, no puede esgrimirse la posición preeminente de algunos de ellos. En palabras de Martínez-Pujalte:¹⁴ «se excluye la posibilidad de un auténtico conflicto, pues los ámbitos respectivos de los diferentes derechos no presentan ninguna zona de coincidencia».

Desde esta concepción se afirma que si el ejercicio legítimo de la libertad de expresión vulnera el derecho al honor, no estamos ante un ejercicio legítimo y viceversa.¹⁵ Lo mismo puede predicarse respecto al ejercicio de la libertad de información y el derecho al honor.

Habría entonces que decidir en cada caso lo que es y lo que no es ejercicio legítimo del derecho de que se trate, entendiéndose como tal, el que se lleve a cabo dentro de su ámbito exclusivo de actuación. Se trata de delimitar campos de actuación que, al no interseccionar, no exigirían, en ningún caso, el sacrificio de un derecho a favor de otro.

V. Tutela judicial de las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor

La multiplicación de plataformas que pueden cobijar los hechos noticiables en Internet, conlleva asimismo una proliferación de modos de eventual vulneración del derecho al honor. En el caso que vamos a analizar, la posible vulneración tenía su anclaje en un video colgado en youtube.com.

V.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014: video colgado en youtube.com

Analizaremos la resolución abordando en lo esencial, sus antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho y fallo, para extraer después algunas conclusiones.

Antecedentes de hecho

Se interpuso demanda ante el Juzgado 48 de Primera Instancia, de los de Madrid, el 18 de abril de 2008. Los demandantes eran: la Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT), D. Fructuoso, Presidente de esta asociación y D^a Francisca, su esposa. Siendo los demandados: la compañía mercantil Ixe-Press, Agencia de Prensa y Producciones, S.L., su director D. Alonso y la compañía Google Spain, S.L.

¹⁴ Martínez-Pujalte, Antonio Luis: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1997, p. 133.

¹⁵ Domingo Pérez, Tomás de: *El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: planteamiento teórico y realidad*, tesina de licenciatura, dirigida por Antonio Luis Martínez-Pujalte, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, febrero de 1998, p. 41.

En la demanda se solicitaba:

1. Que se dictase sentencia por la que se declarara que los demandantes habían sufrido una intromisión ilegítima en sus derechos a la imagen y al honor por la difusión del video «Lo que oculta Fructuoso, Presidente de la AVT» en el dominio youtube.com
2. Que se indemnizase por daños morales y materiales a los demandantes en una suma total de 120.000 euros, siendo 60.000 para la AVT y 30.000 respectivamente para D. Fructuoso y D^a Francisca. Estas cantidades serían pagaderas solidariamente por los demandados en la forma que la demanda expresaba
3. Que se condenase a la entidad mercantil Ixe-Press a estar y pasar por tales declaraciones. Y a difundir a su costa, inmediatamente después de la fecha en que adquiriera firmeza la sentencia que se dictara, su texto íntegro en las mismas condiciones que el reportaje que motivaba el pleito
4. Que se condenase a Google Spain S.L. a suprimir el citado material audiovisual objeto del procedimiento del dominio youtube.com
5. Que se condenase en costas a la parte demandada

En la demanda se explicaba que en el video se daba a entender que los codemandantes cobraban de la AVT a costa de las víctimas del terrorismo, lo que constituía una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen. Alegaba que lesionaba estos derechos fundamentales el que apareciera sobre la imagen de D. Fructuoso el texto «6.000 euros mensuales»; después, sobre la imagen de D^a Francisca el texto «3.000 euros mensuales»; y finalmente, sobre imágenes de varios atentados terroristas, diversos textos que aludían a «las pensiones de viudedad, invalidez, orfandad (...) de las víctimas del terrorismo, (...) rara vez superan los 20.000 euros anuales» o «Fructuoso y su compañera cobran más de 100.000 euros anuales»

Previamente a la resolución mediante sentencia, se alcanzó un acuerdo transaccional de la parte actora con Google Spain S.L y YouTube LLC¹⁶ por lo que el proceso se sobreseyó respecto de ambas compañías.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 2 de junio de 2009 en la que declaró que estimaba parcialmente la demanda formulada por la AVT, D. Fructuoso y D^a Francisca. Consideraba la sentencia que los demandantes habían sufrido una intromisión en su derecho al honor por la difusión del video. Se consideraba *probado* que la comunicación transmitida había causado graves daños en el honor de los actores por lo que los demandados debían abonar conjunta y solidariamente a cada uno de ellos la cantidad de 12.000 euros, además de proceder a publicar el texto íntegro de la sentencia. No se apreció, sin embargo, intromisión en el derecho a la propia imagen de los demandantes, porque las imágenes del video se referían a personas con proyección pública y habían sido captadas durante la celebración de un acto público como era una manifestación.

Los condenados, en primera instancia Ixe-Press, Agencia de Prensa y Producciones, S.L. y D. Alonso, interpusieron posteriormente recurso de apelación contra dicha sentencia, al que se opuso la parte demandante. La Sección 25^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 16 de febrero de 2010, estimando parcialmente el recurso. Revocaba el pronunciamiento de condena de D. Alonso, a quien absolvía de las pretensiones de condena, pero confirmaba el resto de los pronunciamientos de la resolución apelada.

Finalmente, la única demandada condenada, la compañía mercantil Ixe-Press, Agencia de Prensa y Producciones, S.L., responsable de la televisión *online* IRTV y del dominio irtv.es en cuyo ámbito se creó el video luego difundido en YouTube y origen del litigio, interpuso recurso de casación.

Fundamentos de derecho y fallo

Los fundamentos de derecho relativos al propio recurso de casación son, en síntesis, los siguientes.

Desde el punto de vista de la recurrente, las razones para apreciar las infracciones alegadas son:

- a. Que el video en cuestión no fue localizado en la página web irtv.es en la que la compañía colgaba sus reportajes, sino en YouTube, pudiendo haberlo colocado allí cualquiera, por lo que no puede atribuirse a Ixe-Press responsabilidad alguna
- b. Anteriormente se declaró *probado*, sin constituir intromisión ilegítima alguna en el derecho al honor, que D. Fructuoso cobraba dietas de la AVT, siendo dicha sentencia ya firme
- c. Los demandantes son personas de notoriedad pública, expuestos por ello a la crítica realizada en el ámbito de sus propios quehaceres, sin que el video contenga frases ofensivas o ultrajantes

¹⁶ Los demandantes habían ampliado la demanda frente a esta compañía para que respondiera solidariamente junto con Google Spain S.L.

- d. Las expresiones que recoge la sentencia recurrida tales como «parece darse a entender» denotan la necesidad de un proceso mental y deductivo más allá de las expresiones utilizadas. Para que se hubiera producido la intromisión ilegítima en el derecho al honor era necesario un mensaje claro en descrédito o menosprecio del atacado.

Los recurridos se oponen alegando que:

- a. El conflicto no se produce entre la libertad de expresión y el derecho al honor ya que el reportaje contiene datos objetivos como son las cantidades mensuales presuntamente recibidas
- b. Estas afirmaciones son falsas como se probó en primera instancia
- c. La autoría del video es indiscutible con independencia del lugar de publicación
- d. No se empleó ninguna diligencia para asegurar la veracidad de lo difundido
- e. El hecho de que la AVT tenga personalidad pública no implica admitir cualquier ataque a su honor e imagen
- f. Hubo intención de menospreciar a D. Fructuoso y a D^a Francisca poniendo en entredicho su actuación al frente de una asociación sin ánimo de lucro y de defensa de las víctimas del terrorismo.

El Tribunal Supremo entra a continuación a analizar el recurso y establece primeramente que en este caso la ponderación debe hacerse entre el derecho al honor de personas públicas y la libertad de información. El elemento preponderante es «más que la expresión de opiniones, la comunicación de datos en relación con las cuantiosas retribuciones que el Sr. Fructuoso y su esposa percibirían de la AVT en comparación con las exiguas cantidades que percibían los familiares de las víctimas del terrorismo, transmitiéndose así información sobre una conducta objetivamente rechazable».¹⁷

Seguidamente pasa a exponer la jurisprudencia sobre la libertad de expresión, la de información y el derecho al honor, trazando los límites entre unos y otros.

Comienza diciendo el alto tribunal que «no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión, de

la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa».¹⁸ Sigue diciendo que la libertad de información, dado su objeto, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad. Por tal debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. La exigencia constitucional de la veracidad de la información no demanda una rigurosa y total exactitud en el contenido de la misma. Más bien va dirigida a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, simples rumores o meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.

La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto.

El Tribunal Supremo concluye con la desestimación del recurso de casación interpuesto. Lo hace apoyándose en varias razones de las que vamos a destacar las que nos parecen fundamentales, poniéndolas en relación con los argumentos ofrecidos por la recurrente:

1. Autoría del video

La recurrente aducía no ser la autora del video. Según ella la autoría correspondía a un colaborador que escapó luego de su control. El Tribunal Supremo contesta que por más que la recurrente se quiera desvincular de su producción y autoría, lo cierto es que admite que el video fue realizado por un colaborador suyo, asumiendo que se gestó en el ámbito de su actividad empresarial, aunque finalmente no se aprobara su emisión. Incluso se realizó con el nombre de dominio irtv.es, con lo que la relación de la recurrente con la producción del video es innegable. En cualquier caso, la carga de probar los hechos aducidos por la recurrente debió levantarla ella, cosa que no hizo.

2. Mensaje claro en descrédito o menosprecio

Según la compañía, no existió tal mensaje en descrédito o menosprecio del atacado. Sin embargo, el Tribunal Supremo explica que aunque no se dijera expresamente que los demandantes cobraban dichas cantidades de la AVT,

¹⁷ Fundamento de Derecho Octavo.

¹⁸ *Idem*.

resulta evidente para cualquier persona que las cantidades de dinero mostradas sobre las imágenes proyectadas, así lo daban a entender. Esto se comprueba fácilmente mediante el visionado de la grabación.

3. Personalidad y proyección pública de los demandantes

El Tribunal Supremo entiende que aunque esta circunstancia pudiera disminuir o atenuar el ataque, en el presente caso, al ser falsa la información difundida, la libertad de información pierde su prevalencia en favor del derecho al honor. Más aún. El alto tribunal concluye que la información transmitida es una insidia. El mensaje de que los demandantes efectivamente cobraban ingentes cantidades de la AVT en comparación con las pensiones de las víctimas del terrorismo y de sus familiares, supone la imputación de hechos que lesionan la dignidad, menoscaban la fama, imputándoles lucro personal a costa de una asociación altruista.

En conclusión, la información transmitida sobrepasó el ámbito de la libertad de información y, por tanto, prevalece el derecho al honor de los demandantes constitucionalmente protegido.

La sentencia, en su fallo, desestima el recurso de casación interpuesto por Ixe-Press, Agencia de Prensa y Producciones, S.L. contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2010 por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Confirma la sentencia recurrida e impone las costas a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido.

Conclusiones

Tras analizar la sentencia que nos ocupa podemos llegar a dos conclusiones:

1. El ámbito protegido por el derecho al honor frente a intromisiones ilegítimas, es independiente del medio en que se produzca.

Efectivamente, el medio a través del cual se lleve a cabo «la divulgación de hechos relativos a la vida de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» (Artículo 7.3 LO 1/1982) y «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación» (Artículo 7.7 LO 1/1982), es completamente irrelevante en cuanto a la identificación de la conducta sancionable. Así, violentar el derecho al honor transmitiendo la información atentatoria mediante un video colgado en YouTube es equiparable a hacerlo, a través de un medio escrito tradicional, como sería, por ejemplo, una publicación impresa.

2. La vulneración del derecho al honor en el contexto de Internet conlleva una viralización que favorece la amplificación de la conducta indebida.

Esta amplificación justifica una valoración específica de la misma que influye en la cuantificación del daño causado y debiera, consecuentemente, elevar su cuantía. Si observamos la sentencia examinada, veremos cómo las pretensiones iniciales de indemnización son drásticamente reducidas desde el inicio del procedimiento. Frente a la petición inicial de 120.000 euros, ya la primera sentencia condenatoria, la sentencia de 2 de junio de 2009 dictada por el Juzgado 48 de Primera Instancia de Madrid, estima que los demandados debían abonar conjunta y solidariamente a cada uno de los demandantes la cantidad de 12.000 euros. Estas cantidades se mantienen constantes hasta llegar a la sentencia que resuelve la casación.

El Artículo 9.3 LO 1/1982 se refiere a la indemnización y al daño moral causados. Se establecen como criterios valorativos de su alcance dos: las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que pueden tenerse en cuenta otros dos parámetros. Se trata de la difusión o audiencia del medio utilizado y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

En nuestra opinión, la viralización que permite la difusión o audiencia de contenidos en Internet, es fundamental a la hora de cuantificar las indemnizaciones. Si el tráfico de la plataforma en la que es accesible el contenido atentatorio es alto, la difusión además de amplia será rápida, lo que aumenta sin duda la gravedad de la lesión.

En cuanto al beneficio económico obtenido, la llamada *publicidad web* produce pingües beneficios a través de varios sistemas. Todo ello deberá ser objeto de valoración por el juzgador en las sentencias condenatorias por intromisiones ilegítimas del derecho al honor en Internet.

En la sentencia casacional no se hace referencia a los parámetros utilizados al respecto, por lo que es imposible su análisis. Nos queda la duda de hasta qué punto se justificó adecuadamente, por los iniciales demandantes, la cuantía de la indemnización reclamada. Así podríamos valorar el acierto o no, de la reducción aplicada.

V.2. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014: el derecho al olvido en Internet

El 13 de mayo de 2014 se dictó, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una sentencia que se ha calificado de *histórica*. En ella se reconoce el llamado derecho al

olvido en Internet. Gracias a él, los gestores de motores de búsqueda, como Google, pueden verse obligados a retirar los enlaces a informaciones de carácter personal que ya no sean pertinentes. Esta no pertinencia puede ser más o menos inocua. En algunos casos puede derivar en vulneración del derecho al honor de los protagonistas de las informaciones que se pretende desindexar.

Veamos a continuación cómo se fraguó esta sentencia, su verdadero alcance y algunas conclusiones al respecto.

Litigio principal, cuestiones prejudiciales y fallo¹⁹

El 5 de marzo de 2010, el Sr. Costeja González, de nacionalidad española y domiciliado en España, presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) una reclamación contra La Vanguardia Ediciones S.L., que publica un periódico de gran difusión en Cataluña y contra Google Spain y Google Inc.

La reclamación se basaba en que cuando un internauta introducía el nombre del reclamante en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado vínculos hacía dos páginas del periódico *La Vanguardia*, del 19 de enero y del 9 de marzo de 1998, en las que figuraba un anuncio de subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social de esta persona.

El Sr. Costeja solicitaba:

1. Que se exigiese a La Vanguardia eliminar o modificar la publicación para que no apareciesen sus datos personales o utilizar las herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para proteger esos datos
2. Que se exigiese a Google Spain o a Google Inc. que eliminaran u ocultaran sus datos personales para que dejasen de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces de La Vanguardia.

En opinión del reclamante, el embargo al que se vio sometido, estaba totalmente solucionado y resuelto desde hacía años y carecía de relevancia actualmente.

Mediante resolución de 30 de julio de 2010, la AEPD desestimó la reclamación dirigida a La Vanguardia, al considerar que la publicación de este medio estaba justificada pues había

tenido lugar por orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y tenía por objeto dar la máxima publicidad a la subasta para conseguir la mayor concurrencia de licitadores. En cambio, sí se estimó la reclamación contra Google Spain y Google Inc. La AEPD consideró que quienes gestionan motores de búsqueda están sometidos a la normativa de protección de datos, pues llevan a cabo un tratamiento de los datos y consecuentemente ordenó a ambos reclamados su retirada y que imposibilitaran el acceso a los mismos.

Google Spain y Google Inc. no acataron la resolución e interpusieron sendos recursos contra la AEPD ante la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional consideró que los recursos planteaban la cuestión de cuáles son las obligaciones que tienen los gestores de motores de búsqueda en la protección de los datos personales de aquellos interesados que no desean que determinada información, publicada en páginas web de terceros, que contiene sus datos personales y permite relacionarles con ellas, sea localizada, indexada y puesta a disposición de los internautas de forma indefinida.

El alto tribunal consideraba que la respuesta a esa cuestión exigía previamente la contestación de varias cuestiones prejudiciales²⁰ y, consecuentemente, las remitió al TJUE que se pronunció mediante la sentencia que nos ocupa.

Las cuestiones prejudiciales que planteó la Audiencia Nacional, tienen todas que ver con la interpretación que debe darse a artículos de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.²¹

²⁰ Los tribunales de cada país de la UE son responsables de garantizar que el Derecho de la UE se aplique correctamente en ese país, pero existe el riesgo de que los tribunales de distintos países interpreten la legislación de la UE de maneras distintas.

Para impedir que esto suceda, existe el «procedimiento de las cuestiones prejudiciales». Esto significa que, si un órgano jurisdiccional nacional tiene dudas sobre la interpretación o la validez de una norma de la UE, puede, y a veces debe, recabar la opinión del Tribunal de Justicia. Información oficial accesible en el sitio europa.eu, consultada el 26 de febrero de 2015.

²¹ Esta Directiva debe ponerse en relación con los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) a los que la sentencia alude:

«Artículo 7: Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

«Artículo 8: Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal

¹⁹ Para la redacción de este punto se han tomado las referencias de la propia sentencia, apartados 14-20, así como el Comunicado de prensa 70/14 emitido por el propio Tribunal.

Las cuestiones eran tres y dos de ellas se desdoblaban en varias más. La primera se refería a la aplicación territorial de la Directiva 95/46, la segunda, a la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos y la tercera atendía al alcance del derecho de cancelación y oposición en relación con el derecho al olvido.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió a las cuestiones planteadas y llega a declarar:

1. La actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», siempre y cuando esa información contenga datos personales. El gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable de dicho tratamiento» [interpretación del Artículo 2, letras b) y d) de la Directiva 95/46].
2. Cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de ese Estado miembro, se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades del responsable de dicho tratamiento, en territorio de un Estado miembro [interpretación del Artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46]
3. El gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona. También en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita [interpretación de los Artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46]
4. El derecho del ciudadano a que la información personal ya no se ponga a disposición del público en ge-

neral, mediante su inclusión en la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, prevalece, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés del público en acceder a la información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Excepto en el caso de que, por el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, la injerencia en sus derechos fundamentales estuviera justificada por el interés preponderante del público en acceder a la información [interpretación de los Artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a) de la Directiva 95/46]

El Tribunal ha venido a aclarar algunas de las dudas más frecuentes que se planteaban respecto al tratamiento de los datos personales y los motores de búsqueda. Tras la lectura de la sentencia podemos sintetizar la doctrina sentada por el Tribunal como sigue:

1. La actividad de un motor de búsqueda, cuando los resultados contienen datos personales, debe calificarse de tratamiento de datos personales y el gestor de un motor de búsqueda es responsable de dicho tratamiento
2. La filial o sucursal de un motor de búsqueda que opera en un Estado miembro, lleva a cabo también tratamiento de datos personales. No de forma directa, pero sí en el marco de sus actividades
3. El ciudadano puede pedir, respecto de las búsquedas a partir de su nombre, la eliminación de vínculos a páginas web publicadas por terceros que contengan información relativa a esta persona. Frente a tal petición, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar dichos vínculos. Esto es independiente de que la información no se borre previa o simultáneamente de esas páginas web. Tampoco influye el hecho de que la publicación en dichas páginas sea lícita
4. El derecho del ciudadano a la privacidad de sus datos prevalece, no solo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés del público. Puede haber casos en los que prevalezca ese interés público frente al derecho a la privacidad, pero serán excepcionales y ligados al carácter público del ciudadano.

Conclusiones

Dos conclusiones pueden extraerse tras la lectura de la sentencia. Ambas nos ayudarán a ver cuál es el verdadero alcance de la misma.

que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

La primera es fundamentalmente teórica. Tras este pronunciamiento, el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de los ciudadanos de la Unión Europea ha quedado fortalecido, teóricamente, frente a las invasiones provenientes de Internet. Ello se ha logrado mediante la ampliación del ámbito protegido de esos derechos.

Por lo que respecta al derecho al honor, podemos decir que sus fronteras se han expandido. Si los Artículos 7.3 y 7.7 LO 1/1982 consideran, respectivamente, que los ciudadanos gozan de un derecho al honor que les permite impedir «la divulgación de hechos relativos a la vida de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» y «la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación», el plus de protección que proporciona el derecho al olvido es, sumar a esas facultades impeditivas, la cobertura del factor tiempo. No es solo que el ciudadano pueda hacer todo lo que los artículos disponen en el tiempo presente, sino que también puede extender su eficacia temporalmente hacia el pasado. Algo similar sucede con el derecho a la intimidad.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, la victoria conseguida puede ser calificada correctamente de pírrica.

Y es que la segunda conclusión apunta precisamente en ese sentido. Veamos: lo que el Sr. Costeja González quería lograr era desvincular de una vez por todas, su nombre de un embargo que tuvo lugar años antes y que estaba totalmente resuelto. ¿Lo ha conseguido? Creo que la respuesta es evidentemente negativa. Tras la noticia de la sentencia favorable a su caso, los enlaces en Internet a su nombre se han multiplicado. En ellos ya no puede verse el texto de La Vanguardia que a él le preocupaba, pero sí referencias cumplidas de él en nuevos resultados. Ahora la noticia puede leerse en más de un idioma, cosa que antes no pasaba. Ha sucedido de nuevo el conocido como efecto *Streisand*.²² Como se ha dicho,²³ la fecha en

que se dictó la sentencia «indudablemente se convertirá en un *nuevo comienzo* para Costeja: la búsqueda en Google “Mario+Costeja+González” arroja ahora unos 75.800 resultados. La noticia recibió mención y tratamiento en medios de alcance global, en múltiples idiomas, y será objeto de análisis y notas de opinión durante varios días. En ámbitos especializados es probable que se lo siga referenciando por décadas. En definitiva, la primera consecuencia concreta del pronunciamiento del tribunal es que la gloriosa intrascendencia de aquel aviso de su-basta publicado en una perdida página de La Vanguardia de 1998 (...) a partir de ahora permanecerá siempre viva en la memoria colectiva durante décadas, en la medida que los hechos que revelan el pasado moroso de un tal Mario Costeja González han quedado irreversiblemente vinculados a un hito jurídico de olvido imposible, la consagración del *derecho al olvido* en el Viejo Continente».

¿Cuál es entonces la segunda conclusión a la que arribamos? Pues consiste inevitablemente en que el supuesto fortalecimiento de estos derechos se queda ahí, en una construcción teórica con poca incidencia práctica. El efectivo cumplimiento de esos reforzados derechos está abocado al fracaso. Esta conclusión se corrobora, a su vez, si reparamos en el procedimiento a través del cual el ciudadano europeo puede hacer valer su derecho al olvido. En efecto, la persona afectada podrá acudir al gestor del motor de búsqueda que examinará si la solicitud es o no fundada. Si no accede a la retirada de los datos, el ciudadano podrá acudir a la autoridad de control o a los tribunales con el fin de que estos examinen si la solicitud es o no viable y adopten las medidas necesarias en cada caso.

Como podemos apreciar, el propio gestor del motor, a quien obviamente interesa mantener la información indexada, es quien decide inicialmente si retirarla o no. Está claro que es juez y parte, pero también que no hay otro modo de hacerlo ya que el cumplimiento de la solicitud depende inevitablemente de su colaboración. En caso de negativa, el ciudadano se ve arrastrado a un procedimiento ante la autoridad de control o ante los tribunales. O lo que es peor, primero uno y, si fracasara, el otro.

En conclusión, si se consigue que el propio buscador atienda a nuestra petición, es posible que nuestra insistencia en ocultar unos datos, proporcione una publicidad indeseada a los mismos que se traduzca en la proliferación de nuevos resultados relacionados con la información antigua. Si no lo conseguimos, el recurso a un procedimiento judicial operará como una barrera disuasoria.

²² Con ese nombre se conoce un fenómeno específico de Internet. Tiene lugar cuando alguien pretende silenciar alguna información —puede ser un video, una foto, un twit, etc.— y consigue el efecto contrario: porque ese intento de ocultación opera como una publicidad no deseada. Así, la información circula mucho más de lo que lo habría hecho si simplemente se hubiera dejado pasar. Su nombre se debe al suceso que protagonizó la conocida actriz y cantante Barbra Streisand cuando decidió retirar una imagen aérea de su mansión californiana en 2003. Lo que logró fue despertar el interés del público y hacer que las fotos circularan masivamente en Internet, como si por sí mismas tuvieran un gran interés informativo.

²³ «La inolvidable historia del embargo al moroso Mario Costeja González, ocurrida en 1998» por derechoaleer, licenciado bajo una *Creative*

Commons Atribución-CompartirDerivadasIgual 2.5 Argentina, accesible en el sitio goo.gl, consultado el 26 de febrero de 2015.

Junto a todo ello un dato importante que abunda en el sentido de esta segunda conclusión. Cuando el buscador ha accedido a la solicitud de retirada, al intentar la búsqueda avisa de que el resultado arroja una «búsqueda escondida». Pues bien, en la parte inferior sugiere el uso de Google.com, el sitio de EE.UU. no sujeto al control que impone la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Luego, ¿sirve realmente el derecho al olvido a su fin? Parece que habrá que seguir reflexionando sobre el tema.

Esperemos que la esforzada búsqueda del derecho al olvido no haya concluido con el hallazgo de un indeseable derecho al recuerdo.

* * * * *

CURIOSIDAD

Ejercicios físicos para los abogados que prestan servicio en la ONBC

JESÚS BÁRBARO ALEMÁN YNSUA*
HUGO YOSVANY MARTÍNEZ FERNÁNDEZ**
BÁRBARA DUBÉ SÁNCHEZ***

I. Introducción

El artículo 49 de la Constitución de la República establece que «el Estado cubano garantiza el derecho a la protección, seguridad e higiene del trabajo, mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales».

Este trabajo tiene el objetivo de instrumentar un conjunto de ejercicios que fortalezcan la preparación física profesional de los abogados que prestan su servicio en la ONBC, fundamentándose en el proceso de corrección y compensación de las diferentes posturas en el desarrollo de las actividades principales de su profesión.

La principal tarea de los abogados es la de prestar servicio jurídico al cliente apoyando su trabajo en consultas y en la confección de documentos, lo que requiere largas horas sentado frente a computadoras. Dentro del desarrollo de la actividad profesional, se presentan disímiles dificultades que de cierto modo son obstáculos para lograr un buen rendimiento profesional. Nos referimos a las malas posturas que se adquieren en el desarrollo de dichas actividades, trayendo como consecuencia que el abogado se queje por molestias en la espalda debido a problemas en sus columnas vertebrales y en las extremidades superiores, que se adquieren con esas incorrectas posturas, muchas veces irreversibles y que llevan al trabajador a no rendir lo suficiente en su labor.

En la presente investigación se sugiere un conjunto de ejercicios apoyados en la gimnasia profesional aplicada, con la intención de que los abogados lo introduzcan en su práctica diaria, para fortalecer los planos musculares y desarrollar las capacidades necesarias para la actividad profesional.

II. Tareas a desarrollar

1. Caracterización de la especialidad (tareas y ocupaciones). Para analizar los procesos productivos que la integran, conocer las acciones y operaciones que intervienen en las habilidades técnicas
2. Determinar las situaciones posturales y movimientos rectores que intervienen en los procesos productivos
3. Determinar los planos musculares y capacidades físicas que intervienen en los movimientos rectores correspondientes.
4. Conocer las características psicológicas y fisiológicas de los trabajadores a los que va dirigido este proceso, aplicar pruebas que valoren el desarrollo físico de los mismos, así como realizar exámenes posturales para detectar posibles deformidades
5. Instrumentar ejercicios requeridos para:
 - El desarrollo de capacidades físicas y planos musculares afines a los procesos productivos
 - El desarrollo físico general
 - Corregir la postura y evitar deformidades
6. Práctica de deportes y actividades físicas para el desarrollo de la preparación física profesional.

* Profesor asistente del SEDER UH

** Profesor instructor del SEDER UH

*** Profesor asistente del SEDER UH

III. Habilidades Profesionales

Confeccionar con rapidez y precisión diferentes documentos en la computadora.

Acción:

Sentado frente a la computadora

Operación:

Manipulación de la computadora

Planos Musculares que intervienen: Musculatura de las extremidades superiores, principalmente manos, antebrazos y brazos

Capacidades necesarias: Coordinación, agilidad, rapidez, fuerza

Definición de postura: Puesta en posición de una o varias articulaciones, mantenida durante un tiempo más o menos prolongado, por medios diversos, con la posibilidad de restablecer en el tiempo la actitud fisiológica más perfecta.

Problemas con la postura:

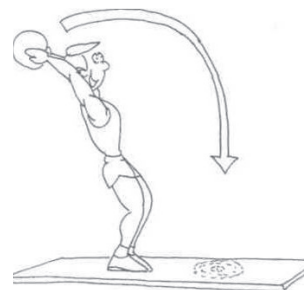
- No siempre es necesario una actividad física para involucrar las articulaciones, como es el caso del trabajo ante pantallas de ordenadores, con la consiguiente carga y efectos patológicos en la región cervical y lumbar
- Con una postura inadecuada aparece la fatiga y, en un plazo variable, las lesiones, aflorando de manera brusca (accidente laboral), o a largo plazo (enfermedad de trabajo, enfermedad profesional)

Ejercicios de Manos:

- Apriete y suelte las manos haciendo puños. Agite y estire los dedos. Repita los ejercicios tres veces
- Caminando, lanzando una pelota de papel de una mano a otra



- A la distancia de 10 metros, cambio de pelotas de softbol de un lugar a otro



- Caminando realizando voleo por encima de la cabeza



Ejercicios de espalda y hombros:

- Póngase de pie, coloque su mano derecha sobre el hombro izquierdo y recline su cabeza hacia atrás. Realice el mismo ejercicio con el hombro derecho

Ejercicios para el conjunto osteomioarticular del tronco y cintura inferior:

- Fuerza abdominal. Sentado, manos atrás, piernas semiflexionadas al frente, elevar y bajar las piernas. Se puede utilizar una pelota entre las piernas
- Torsión del tronco. Parado con piernas semiflexionadas, brazos laterales flexionados a la nuca, realizar torsiones del tronco
- Sentado, piernas extendidas, flexión del tronco al frente a tocar los pies y después flexión del tronco atrás y al lado con apoyo de las manos, repetir el ejercicio al otro lado.



IV. Conclusiones

1. La aplicación de un grupo de ejercicios físicos a partir de la metodología propuesta, permite que los trabajadores logren rendir físicamente en su labor diaria
2. La vinculación de ejercicios físicos en la actividad diaria contribuye a una prestación de servicio con mayor calidad
3. La aplicación de la gimnasia básica profesional logra el desarrollo y fortalecimiento de los músculos que intervienen en las habilidades propias de la profesión.

V. Aporte teórico práctico

La investigación aporta a los profesores de educación física una eficaz herramienta de trabajo para facilitar su mejor desempeño en desarrollo del proceso pedagógico profesional, les ofrece conceptos sobre la pedagogía profesional. También les proporciona una guía que enmarca el proceso pedagógico profesional de las clases de educación física. Las características de las clases contemporáneas de la asignatura, así como del comportamiento del organismo humano en su interrelación con el medio laboral.

Ayudará al profesional del derecho a planificar actividades con mayor calidad, teniendo un mayor bagaje de posibilidades de accionar satisfactoriamente.

* * * * *

Dictamen del Tribunal Supremo Popular

MsC. CARIDAD M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

**Secretaria del Consejo de Gobierno y del Tribunal
Supremo Popular**

CERTIFICO: que el Consejo de Gobierno de este Tribunal, en sesión ordinaria celebrada el veintiséis de junio de dos mil catorce, adoptó el acuerdo que copiado literalmente dice así:

105. Se da cuenta con consulta formulada por el Fiscal General de la República que, es del tenor siguiente:

«La condición de reincidente y multirreincidente del sancionado que extingue sanción de privación de libertad, determina aspectos importantes en el proceso de tránsito

por los diferentes regímenes penitenciarios y en el otorgamiento de su libertad anticipada, pero en cuanto a su apreciación, en el orden práctico, se observan diferentes criterios.

El Dictamen 410 de seis de septiembre de dos mil uno, que ratifica lo regulado en la Instrucción 125 de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, estableció:

La condición de reincidente o multirreincidente de un acusado es una cuestión que debe constar en el resultado probado de la sentencia con expresión de la causa, delito, sanción y tribunal sancionador, y apreciarse como tal por el tribunal juzgador, en el considerando correspondiente a esa sentencia.

Ese mandato legal no enerva la consideración de que la apreciación por un tribunal, de la reincidencia o de la multirreincidencia tendrá efectos jurídicos, no solo respecto al aumento del marco penal del delito por el que se sanciona, sino que se extiende a todas las demás consecuencias que su apreciación produciría, porque la sentencia es el único cuerpo jurídico que puede fijar esa condición al sancionado y, por lo tanto, lo que en ella no se haya dispuesto no puede tener fuerza ejecutiva.

De modo que si el Tribunal no hace expresa alusión en su sentencia sobre la apreciación de esta condición anterior del sancionado, aun en el caso de que objetivamente fuera lo procedente, no puede el órgano ejecutor por sí mismo aplicarle el tratamiento como si fuera a un reincidente o multirreincidente, ni restringir su derecho a ser evaluado para la libertad condicional, una vez decursado el término previsto para los comisores primarios, según sus edades.

Con lo cual se dejan claras dos posiciones:

1. La condición de reincidente o multirreincidente solo puede ser apreciada por el Tribunal juzgador, excluyéndose de esta posibilidad a cualquier otra autoridad jurídica o penitenciaria.
2. La condición de reincidente o multirreincidente debe quedar apreciada en la sentencia, en su quinto considerando, tal como se previó en el Dictamen 211 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular del ocho de enero de mil novecientos ochenta y cinco. De no ser así, no es posible que esta surta efectos durante la ejecución de la sanción, aun en aquellos casos en los que se debió apreciar la misma.

En las modalidades delictivas previstas en los Artículos 327 apartado 4 inciso ch) y 328 apartado 3 inciso b) del Código Penal, la circunstancia de reincidencia específica constitu-

ye un elemento cualificativo específico de estos tipos penales, no puede a su vez corporificar otra circunstancia de agravación de la responsabilidad penal, tal como lo prevé el Artículo 47.2 del Código Penal y el Dictamen 417 de seis de septiembre de dos mil dos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Sin embargo, al resultar en determinados casos excesivamente agravados los marcos penales de estas figuras delictivas, los tribunales aplican lo regulado por el acuerdo 239 de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, para adecuar sanciones que se enmarquen dentro de los límites de penas establecidas para la figura básica de estos delitos, con el consiguiente efecto de anular la agravación de la punibilidad que genera la reincidencia y la multirreincidencia como elemento constitutivo del tipo penal.

La cuestión dudosa, que ha generado diferentes criterios de fiscales y funcionarios penitenciarios, radica en los casos en los que se aplica a reincidentes o multirreincidentes, incluyendo los sancionados por los delitos previstos en los Artículos 327 apartado 4 inciso ch) y 328 apartado 3 inciso b) del Código Penal, el referido Acuerdo 239, en el sentido de que si la racionalidad punitiva que contiene esta disposición jurídica debe extenderse o no a la ejecución de la sanción.

El Dictamen 417 a que se hizo mención solo establece, en su segundo ordinal, que cuando se decide aplicar el citado Acuerdo 239, en el primer considerando de la sentencia “debe calificarse por la figura del delito que realmente corresponda, conforme a los hechos probados” sin que haga referencia a cómo proceder con el resto de los elementos de carácter jurídico que guardan relación con el delito y su autor y que tienen efecto en la fase ejecutiva de la sanción, como es el caso de la reincidencia y multirreincidencia.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, formulamos la consulta en los términos siguientes:

1. En los casos en los que el tribunal juzgador aplica el Acuerdo 239 de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a sancionados a los que corresponde apreciarle las reglas de adecuación de la reincidencia y la multirreincidencia previstas en el Artículo 55 del Código Penal, ¿deben apreciarse estas condiciones en el quinto considerando de la sentencia?
2. ¿Deben ser considerados reincidentes o multirreincidentes durante la ejecución de la sanción de privación de libertad los sancionados a los que, teniendo esta condición, el tribunal no se las aprecia en el quinto considerando de la sentencia por

aplicarle el Acuerdo 239 de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular?

3. ¿Deben ser considerados reincidentes o multirreincidentes durante la ejecución de privación de libertad los sancionados a los que, habiendo sido sancionados por los delitos previstos en los Artículos 327 apartado 4 inciso ch) y 328 apartado 3 inciso b) del Código Penal, el Tribunal le aplica el Acuerdo 239 de mil novecientos noventa y nueve del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y anula así el efecto punitivo de esta circunstancia de agravación de la responsabilidad penal, a su vez elemento cualificativo específico de estos tipos penales?
4. ¿Deben ser considerados reincidentes o multirreincidentes durante la ejecución de la sanción de privación de libertad los sancionados a los que, por haber sido sancionados por los delitos previstos en los Artículos 327 apartado 4 inciso ch) y 328 apartado 3 inciso b) del Código Penal, el tribunal no le aprecia en el quinto considerando de la sentencia estas circunstancias de agravación de la responsabilidad penal?».

El Consejo de Gobierno, atendiendo a la propuesta formulada por la Presidenta de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, acuerda evacuar la consulta formulada en los términos del siguiente:

DICTAMEN 442

En el Código Penal, Ley 62 de 1987, modificada por la Ley 87 de 1999, se determina que la reincidencia y la multirreincidencia se configuran cuando al delinquir el culpable ya ha sido ejecutoriamente sancionado con anterioridad por uno o más delitos intencionales, según corresponda, sea este de la misma especie o de especie distinta.

Desde los conceptos antes descritos, en nuestro Código Penal se confiere a estas instituciones un tratamiento dual, pues en su concepción general es una regla de adecuación, mientras que en algunos delitos es un elemento configurativo del tipo penal provocando, en una variante u otra, el aumento en la punición, dado el hecho objetivo de que se trata de personas que cometen un nuevo delito a pesar de haber extinguido con anterioridad una o más sanciones penales.

En consecuencia y a partir de los aspectos abordados en la consulta, resulta procedente, además, en una única disposición del Consejo de Gobierno, abordar el contenido de

otros dictámenes sobre la apreciación de la reincidencia y multirreincidencia para lograr mayor coherencia en su interpretación judicial.

1. La aplicación por los tribunales de la facultad concedida en el Acuerdo 239 de 8 de octubre de 1999 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, actualmente regulada en el Artículo 47, apartado 4 del Decreto Ley 310 de 29 de mayo de 2013, Modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, no enerva la condición de reincidente o multirreincidente del sancionado ni exime al tribunal de consignar los datos del antecedente penal en el hecho probado de la sentencia y de su apreciación en el considerando en que se argumenten los criterios de adecuación de la sanción, con la posibilidad de modificar el marco penal de la modalidad básica del delito, de acuerdo a las reglas que establece el Artículo 55 del Código Penal o, del resto de las circunstancias que permiten determinar el marco penal concreto de la sanción a imponer.
2. Cuando en los delitos que prevén modalidades agravadas por la condición de reincidente o multirreincidente de su responsable, el tribunal no aprecia esa institución por mandato del apartado segundo del Artículo 47 del Código Penal para modificar el marco penal abstracto o haya aplicado el apartado 4 del Artículo 47 del Decreto Ley 310 de 2013, Modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, tal decisión no impide que a los efectos del cumplimiento de la sanción se tenga en cuenta esa condición en el régimen reeducativo y para conceder los beneficios de excarcelación anticipada de libertad condicional o de sustitución de la privación de libertad por una sanción subsidiaria, conforme establecen los Artículos 58 y 30 apartado 13 de la Ley Sustantiva Penal. A los efectos de garantizar esta previsión en los trámites de ejecución de la sanción, debe consignarse de forma expresa en la parte dispositiva de la sentencia «que a los efectos de la ejecución de la sanción se considerará al sancionado como reincidente o multirreincidente», según el caso.
3. Cuando el tribunal no le aprecia la condición de reincidente o multirreincidente al sancionado y así lo argumenta en el considerando correspondiente de la sentencia o no lo disponga en la parte dispositiva de la resolución, resulta improcedente que el órgano encargado de la ejecución de la sanción, la Fiscalía y el Tribunal, en el ejercicio de las facultades que les compete, puedan aplicarle un tratamiento de reincidente o multirreincidente, ni restringir su derecho a ser evaluado para el otorga-

miento de un beneficio de excarcelación anticipada una vez que haya decursado el término previsto para los comisores primarios, en los casos que resulte procedente.

Este Dictamen deja sin efecto lo dispuesto en los Dictámenes 410 y 417, de 6 de septiembre de 2001 y 6 de septiembre de 2002, respectivamente, ambos del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y complementa en lo pertinente, la Instrucción 208, de 26 de abril de 2011, sobre la Metodología para la redacción de sentencias penales.

Hágasele saber lo anterior a las Salas de Justicia del Tribunal Supremo Popular y comuníquese a los presidentes de los tribunales provinciales populares y del Tribunal Especial Popular de Isla de la Juventud, y territoriales militares, para su conocimiento, a los fines de su cumplimiento, así como para que por su conducto se le haga saber al resto de los tribunales de sus respectivos territorios; al Fiscal General de la República, al Ministro del Interior y al Presidente de la Junta Nacional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

* * * * *

Dictamen del Tribunal Supremo Popular

MsC. CARIDAD M. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

Secretaria del Consejo de Gobierno y del Tribunal Supremo Popular

CERTIFICO: Que el Consejo de Gobierno de este Tribunal, en sesión ordinaria celebrada el dieciocho de marzo de dos mil quince, adoptó el acuerdo que, copiado literalmente dice así:

42. Se da cuenta con consulta formulada por el Fiscal General de la República que, es del tenor siguiente:

«Con el fin de contribuir al descubrimiento de redes delictivas vinculadas al narcotráfico internacional y de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1998, que fue ratificada por Cuba, en el Artículo 1, inciso g) se establece la técnica especial de investigación “entrega vigilada” ante la necesidad del combate eficaz de este flagelo, que ha devenido práctica internacional para el descubrimiento y enfrentamiento de los hechos delictivos vinculados a las drogas y que fue reconocida también por la Convención de las Naciones

Unidas contra la delincuencia organizada transnacional» de 2000, en su Artículo 2, inciso i), de la que Cuba es Estado firmante.

La experiencia adquirida en el enfrentamiento a esta tipicidad delictiva muestra que la entrega vigilada pudiera realizarse en tres escenarios distintos: en la frontera (puertos, aeropuertos y postal); en instalaciones hoteleras o lugares públicos, y en viviendas particulares y de alquiler. En cualquier caso, la aplicación de esa técnica es posible a partir de la detención de la persona responsabilizada con la entrega del producto y su disposición a colaborar en la identificación del o los destinatarios del envío, con vistas a la demostración del hecho y la determinación de la responsabilidad de los implicados.

En nuestro criterio, tanto el hecho en sí (entrega vigilada), como sus elementos circunstanciales, pueden ser parte del material probatorio en el caso investigado, sin que sea imprescindible que dicha entrega se efectúe con la droga verdadera, lo que estaría amparado legalmente en los tratados internacionales suscritos y en las regulaciones que aparecen en la Ley de Procedimiento Penal.

La referida Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, de 1988, establece, en su Artículo 11, que en la entrega vigilada, si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados conforme al párrafo 1 del Artículo 3.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 2003, ratificada igualmente por Cuba, en su Artículo 50, establece que «a fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado adoptará medidas para el uso de entregas vigiladas», y para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Penal, en los Artículos 104, 108, 119, 123, 130 y 131, contiene dictados que posibilitan la realización de esta diligencia de instrucción, mientras que en su Artículo 105 define las autoridades judiciales que controlan y realizan estas acciones investigativas.

En tal sentido, se solicita al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular que se pronuncie sobre este tema en sentido general, de conformidad con lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y en la Ley de Procedimiento Penal, y particularmente en relación con las siguientes interrogantes:

¿Podrá acreditarse la entrega vigilada como una diligencia de prueba para demostrar la existencia de un hecho de narcotráfico internacional y sus responsables?

¿Quién la dispondría?, ¿el fiscal o el instructor?

¿Cómo se acreditaría en el expediente de fase preparatoria?

¿Cuáles serían los requisitos para la validez de esta diligencia como prueba en un proceso penal?

De considerarse válida esta diligencia, ¿requerirá para su apreciación la entrega de la droga verdadera? o ¿podrá realizarse con alguna sustancia que simule su existencia, total o parcial, como prevé la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas?

El Consejo de Gobierno, a propuesta de la Presidenta de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, y valorados los criterios del consultante con los jueces de la especialidad en todo el país, así como también con la jefatura del Ministerio del Interior, la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, acuerda evacuar la consulta formulada en los términos siguientes:

DICTAMEN 443

Como se plantea en la consulta formulada, nuestro país ratificó las Convenciones de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (de 1988), la delincuencia organizada transnacional (de 2000), y la corrupción (de 2003), las que en sus Artículos 1 inciso g), 2 inciso i) y 2 inciso i), respectivamente, regulan la entrega vigilada, que consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y control de las autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en los mismos.

La entrega vigilada, activa o pasiva, es una técnica especial de investigación que se utiliza para acreditar la existencia de un hecho de tráfico ilícito de drogas, corrupción, lavado de activos, contrabando, tráfico ilegal de metales preciosos y divisa, tráfico de armas o cualquier otra actividad vinculada a la delincuencia transnacional o al crimen organizado y a sus responsables y tiene su sustento legal en los Artículos 104, 119 y 123 de la Ley de Procedimiento Penal.

La realización de la entrega vigilada será aprobada de acuerdo con el órgano al que corresponda la investigación, por el Ministro del Interior, los jefes de la Dirección

General de Investigación Criminal y Operaciones, la Dirección General de la Policía Nacional Revolucionaria o el Fiscal General de la República, y la ejecución de las acciones, diligencias y trámites realizados se harán constar por escrito y, una vez que se obtenga el resultado de su aplicación, formarán parte del expediente de fase preparatoria, conforme a los Artículos 108 y 131 de la Ley de Procedimiento Penal. En los casos autorizados por las mencionadas autoridades del Ministerio del Interior, se dará cuenta al Fiscal General de la República.

La autoridad facultada podrá, cuando las circunstancias así lo justifiquen, decidir que la entrega vigilada se realice con la droga o los bienes ocupados o ser sustituidos de forma parcial o total, en correspondencia con lo dispuesto en los Artículos 11 (apartado 3) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 20 (apartado 4) de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y 50 (apartado 4) de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

En estos supuestos, la autoridad acreditará los fundamentos de esa decisión en las actuaciones judiciales a través de resolución fundada en que consten, entre otros aspectos, la necesidad de proceder de esa forma por el tipo y cantidad de droga o bien ocupado, las características del lugar donde permanecerá la droga o se realizará la entrega y de las personas involucradas en la entrega vigilada.

Las personas que participan en la entrega vigilada, cuando no comparezcan al proceso penal como acusadas, pueden ser examinadas como testigos, a los efectos de especificar los detalles de su actuación y cualquier otro

aspecto que resulte importante o de interés para el esclarecimiento de los hechos y la participación de sus intervinientes.

Con el objetivo de garantizar que la sustancia o bien objeto de entrega vigilada se corresponda con lo inicialmente ocupado, deberá prestarse especial atención a la cadena de custodia, en correspondencia con las regulaciones establecidas por el Ministerio del Interior y su cumplimiento será controlado, en cada caso, por el fiscal.

Los resultados de la utilización de la entrega vigilada podrán ser acreditados en el acto de juicio oral, con los medios de pruebas documentales, periciales y testificales pertinentes.

Cuando, en la aplicación de la técnica especial de la entrega vigilada, el acusado haya contribuido de manera efectiva al esclarecimiento de los hechos y su actuación facilitado la detención de otras personas implicadas, podrá aplicarse la circunstancia atenuante del Artículo 52, inciso ch), del Código Penal y, de concurrir los requisitos legales, la atenuación extraordinaria de la sanción prevista en el Artículo 54, apartado 1, del mencionado Código.

Hágasele saber lo anterior a las salas de justicia del Tribunal Supremo Popular y comuníquese a los presidentes de los tribunales provinciales populares y territoriales militares para su conocimiento, a los fines de su cumplimiento y para que, por su conducto, se le remita al resto de los tribunales de sus respectivos territorios; al Fiscal General de la República, el Ministro del Interior y el Presidente de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; y publíquese en la *Gaceta Oficial de la República*, para general conocimiento.

