

BOLETÍN ONBC No. 51

Publicación de la Abogacía Cubana

Enero-Junio 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

Esp. Gladys de los Ángeles Castro Rodríguez

Esp. Karen Martínez García

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 reincorporación al trabajo de los jubilados por edad en la provincia Villa Clara / 3
MsC. FERNANDO ECHERRI FERRÁNDIZ
MsC. TANIA OROZCO SÁEZ
- ⊙ Respuesta legal a la violencia laboral en países seleccionados de América Latina / 12
MsC. LYDIA GUEVARA RAMÍREZ
- ⊙ El derecho a mantener la ocupación del inmueble por los ocupantes, no herederos ni legatarios, tras el fallecimiento de su titular:
¿Acaso un nuevo derecho real? / 22
LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
- ⊙ El conflicto entre el interés del menor y las garantías del acusado.
La cuestión de la comparecencia a juicio / 39
ESP. PAVEL PETERSSEN PADRÓN
- ⊙ Las formas de reparación del daño: su regulación como contenido de la responsabilidad jurídica civil / 51
LIC. ANA MARIA MÉNDEZ AFRE
- ⊙ La detención y la prisión provisional en régimen de incomunicación, ¿un tema prohibido, olvidado o ignorado? / 56
LIC. DISNEY PADRÓN COMPANIONI
ESP. MARIO RODRÍGUEZ REDONDO
- ⊙ Reflexiones sobre la eximente de legítima defensa / 64
ESP. MARÍA CARIDAD BERTOT YERO
LIC. DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS
- ⊙ Pautas argumentativas del abogado en la litigación penal / 73
Msc. TANIA GONZÁLEZ AGUILERA
- ⊙ El umbral del fin de las vistas. Visto / 77
DANILO RIVERO GARCÍA
- ⊙ El abogado defensor en un proceso predominante acusatorio / 84
JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ
- ⊙ Comentario de la sentencia 59 de fecha 31/12/13 del expediente Revisión civil 107/13 / 93
MARTA MERY CASABELLA FERNÁNDEZ
- ⊙ Sentencia del Tribunal Supremo Popular / 96

La reincorporación al trabajo de los jubilados por edad en la provincia Villa Clara

MsC. FERNANDO ECHERRI FERRÁNDIZ
MsC. TANIA OROZCO SÁEZ

SUMARIO

I. Introducción. II. Debate contemporáneo. II.1. Algunas aproximaciones al término jubilación. II.2. Marco legal del trabajo de los jubilados en Cuba. II.3. Comportamiento de la reincorporación al empleo de los pensionados por edad en la provincia Villa Clara. II.4. Características de la población de jubilados reincorporados al empleo durante el 2011 y el primer semestre de 2012. II.5. Motivaciones y limitaciones relacionadas con la reincorporación al empleo de los pensionados por edad. III. Conclusiones

I. Introducción

Se pronostica que durante el siglo XXI, el envejecimiento poblacional en el mundo estará presente de manera creciente en la mayoría de los países, con énfasis en los desarrollados económica y socialmente. El proceso de envejecimiento influye en diversos aspectos del desenvolvimiento de la sociedad en su conjunto y en particular de la familia. La segunda mitad del siglo pasado se caracterizó por un crecimiento considerable de la población mundial y paralelamente por el descenso de los niveles de fecundidad en algunas regiones, así como el incremento de la población de sesenta años y más. A principios de este siglo, existían 629 millones de personas con más de sesenta años de edad en el mundo, en el 2050 se estima que la cifra llegue a los 2000 millones de personas.

En los países desarrollados actualmente, los incrementos de la población adulta son más discretos, al haber comenzado su proceso de envejecimiento en el siglo pasado; sin embargo las regiones menos desarrolladas que han comenzado la disminución de su fecundidad recientemente, muestran ahora los mayores incrementos en la población mayor de sesenta años.

La tendencia en Cuba es similar a los países desarrollados, el fenómeno no es solamente un aumento de la proporción de ancianos, sino también una disminución de la proporción de niños y jóvenes menores de quince años, lo que repercute directamente en la reposición de la fuerza laboral.

Los cambios que se vienen produciendo en la estructura por edades de la población económicamente activa, generan dificultades para garantizar el relevo o reemplazo de los trabajadores que se jubilen en los años posteriores a 2015 y, en mayor medida, en la década de 2020-2030, en que alcanzan la edad de jubilación los nacidos durante la explosión demográfica de los años sesenta.

Las respuestas al proceso de envejecimiento poblacional difieren de un país a otro, de una región a otra y dependen del contexto socioeconómico y cultural en el que viven los individuos. Entre las medidas indispensables a adoptar para enfrentar el fenómeno del envejecimiento poblacional, están las relacionadas con el empleo y la seguridad social. En Cuba el derecho al empleo es una conquista social garantizada por la Revolución; el pleno empleo y el empleo como base de la seguridad social se encuentran dentro de los principios que rigen esta política.

La jubilación, desde el punto de vista social, entraña afectaciones, sobre todo en materia de pérdida de experiencia y capital humano. Existen personas que después de haberse jubilado, se sienten motivadas y en condiciones físicas y mentales para reincorporarse al empleo. Estudios sobre esta temática han revelado una alta proporción de personas que continúan trabajando en edad de jubilación y la positiva influencia que ejerce la actividad laboral en su vida personal. El reemplazo de la población económicamente activa está comprometido por la situación demográfica que presenta el país, por lo tanto habría que valorar si estaremos en condiciones de mantener el procedimiento legal del trabajo de los jubilados, como está planteado en la legislación.

II. Debate contemporáneo sobre el envejecimiento

El envejecimiento se puede analizar desde dos dimensiones: el de carácter general que experimenta la población y el de los individuos con un perfil más particular. De cualquier manera van de la mano, pues sus efectos redundan en el bienestar de las sociedades y de los individuos. Este fenómeno del *envejecimiento poblacional* responde a las grandes transformaciones económicas y sociales que han tenido lugar en el mundo y es consecuencia de la dinámica de las variables demográficas *fecundidad*, *mortalidad* y *migración*. Cuando en una población se registran valores muy bajos de las variables *fecundidad* y *mortalidad*, el proceso de envejecimiento se intensifica y se produce un cambio radical de su perfil demográfico. Por lo tanto, contribuyen al envejecimiento, el descenso de la fecundidad y el incremento -pronunciado y sostenido- de la población adulta mayor, a consecuencia de la elevada natalidad en

generaciones pasadas y del aumento de la esperanza de vida a partir de los sesenta o sesenta y cinco años.

La *fecundidad* en Cuba, como una de las variables que afecta el tamaño de una población y su composición por edad, con el decursar del tiempo ha pasado de altos a bajos niveles en un período relativamente corto, comparado con países desarrollados. Motivado por la explosión de nacimientos de principios del siglo XX después de las guerras de independencia, la tasa global de fecundidad en el país alcanzó un valor de 5.76 nacidos vivos por mujer. Esta tasa fue disminuyendo hasta llegar a 3.61 hijos por mujer en 1953. En la segunda explosión demográfica (1960-1965), dicho valor se incrementa nuevamente a 4.67 en 1963, mostrando luego un acelerado descenso de la fecundidad a 1.67 en 1980.

Tal descenso de la fecundidad está estrechamente relacionado con los avances obtenidos en la salud, la planificación familiar, la incorporación de la mujer al trabajo, el aumento del nivel educacional, así como otros factores determinantes como el empleo de los métodos anticonceptivos y el aborto. También inciden otros factores sociales como la situación de la vivienda que limita la procreación de más de un hijo, la situación económica vivida durante el período especial y la migración de mujeres en edad fértil, que afecta directamente la elevación de la tasa de fecundidad.

Otra de las variables que incide directamente en la composición del tamaño de una población es la *mortalidad*, cuya primera etapa de transición en Cuba se sitúa después de las guerras de independencia, donde la tasa bruta de mortalidad disminuyó de 24.8 en 1905 a 10.8 defunciones en 1955. En 1970 llegó a 6.3 defunciones por mil habitantes, al cierre de 2008 la tasa bruta de mortalidad fue de 7.7.

El *envejecimiento de la población* puede definirse como el aumento de la proporción de personas de edad avanzada, con relación al resto de la población, sin embargo se ha considerado la importancia de definirla también como la inversión de la pirámide de edades, debido a que el fenómeno no es solamente un aumento de la proporción de ancianos, sino también una disminución de la proporción de niños y jóvenes menores de quince años.¹ Como característica, la mayoría de las personas de edad son mujeres, ya que ellas superan a los hombres en términos de la esperanza de vida, fenómeno que se conoce en demografía como *sobremortalidad masculina*.

Cuba clasifica como un país donde el envejecimiento ha avanzado aceleradamente, cumpliéndose las pautas de la transición demográfica. En ese sentido los nacimientos ocurridos de 1900 a 1960, muestran que la fecundidad no ha sido el componente más importante en el cambio de la población anciana más joven, puesto que esta tuvo un ligero decrecimiento. La segunda explosión demográfica en Cuba ocurrió entre 1960 y 1965, después del triunfo de la Revolución y las razones fueron similares al experimentado durante las dos primeras décadas del siglo XX: el final de una guerra, el incremento del nivel educacional, la incorporación de la mujer a las tareas económicas, entre otras.

Por otro lado, podemos afirmar que *la vejez* es un término que se puede analizar desde diversos puntos de vista. Se ha convenido, sobre bases arbitrarias, fijar la transición a la vejez, o «tercera edad» a partir de los sesenta años (NNUU, 1980).

Se asume en este trabajo el *envejecimiento* como los cambios progresivos que el tiempo introduce en el organismo humano o como la pérdida paulatina de la capacidad de adaptación del organismo, debido a la interacción de factores internos y externos. Desde el punto de vista laboral, se puede afirmar que las personas cercanas a la vejez y próximas a la jubilación poseen una experiencia acumulada que los hace poseedores de una valiosa contribución a la formación de las jóvenes generaciones. Por tanto, se deben tomar en consideración los aspectos positivos de tener una edad avanzada, para trazar las políticas adecuadas que incentiven a estas personas a participar en el proceso de construcción de la sociedad, integrarlos a ella y que se sientan útiles, así como que la sociedad tome de ellos la experiencia y calificación que han acumulado a lo largo de su vida laboral.

II.1. Algunas aproximaciones al término *jubilación*

La palabra *jubilación* viene del latín *jubilare*, que significa lanzar gritos de alegría, y del hebreo *yobel*, que significa trompeta que da señal de comienzo de una festividad. Sin embargo, aún cuando se puede entender a la jubilación como mecanismo encargado de justificar la eliminación de la fuerza de trabajo obsoleta y del repuesto generacional, el fenómeno tiene también otras consecuencias individuales y colectivas.

En primer lugar, entre las personas de sesenta o sesenta y cinco años, habrá quienes den a la jubilación un matiz negativo, pues consideran que están desechados y viejos, pero habrá otros que la esperan ansiosamente, puesto que

¹ Raúl Hernández Castellón: *Envejecimiento de la población. Retos y perspectivas*, 2005.

consideran la jubilación como un derecho ganado y merecido. Es muy probable que esta diferencia no provenga solo de una diferente «disposición psicológica» frente a la jubilación, sino que responde a las diversas condiciones y experiencias de las personas, pero no cabe duda de que la jubilación supone un cambio en los hábitos y comportamientos, en la medida en que el sujeto se ve enfrentado a una reestructuración de su tiempo y sus actividades futuras. Pasar de un día para otro, de una vida enteramente consagrada al trabajo a una jubilación ocupada por el ocio, implica una modificación completa de la organización de la vida.

Algunos consideran la jubilación como una perspectiva desagradable y se niegan a pensar en ella. Otros aspiran a ella, pensando que «solo les llega a otros». En las sociedades orientadas hacia el trabajo, son numerosas las personas que no reaccionan de manera conveniente ante las dificultades que suscita la jubilación.

En Cuba, el término *jubilación* se utiliza para denominar el acto mediante el cual se le otorga una pensión por edad a un trabajador.² En ese sentido el *jubilado por edad* es el que recibe una pensión por razón de su edad y años de servicios, por el resto de su vida, y son los únicos que por ley pueden reincorporarse al empleo.

Se considera que el cambio de estatus que se produce como consecuencia de la jubilación, trae habitualmente consigo un cambio en la configuración de la red social de la persona mayor, con el abandono progresivo de las relaciones procedentes del ámbito laboral.³

El tema de la preparación para la jubilación se trató hace cuarenta años en la Organización Internacional del Trabajo.⁴ En la memoria del año 1962, el director general propuso las siguientes soluciones:

1. Que el trabajador continúe en el mismo puesto de trabajo que ocupa, pero reduciendo la intensidad de su trabajo.
2. Que se le asigne otro puesto más apropiado que el que tenía.
3. Que se le traslade a otro puesto más adecuado, aunque sea de empresa distinta.

4. Que se le ocupe en jornada parcial.

5. Que se disponga la jubilación gradual, es decir, que se le reduzca progresivamente su horario de trabajo en su último año para evitar así la brusca interrupción entre el trabajo activo y la jubilación.

Los autores de este trabajo consideran que si bien la jubilación es un cambio brusco de actividad en el que la persona deja de trabajar, en Cuba, con los niveles de salud y protección social en muchas ocasiones la persona mayor de sesenta años se siente bien de salud y con necesidad de ser útil y aportar sus experiencias, destreza, y conocimientos a la sociedad. En nuestro país, la jubilación es voluntaria, una vez que se hayan alcanzado los requisitos mínimos de edad y tiempo de servicios, el trabajar en activo servicio puede ejercer este derecho.

En el mundo se analiza lo que se conoce como *envejecimiento activo*,⁵ que es el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. Se reconocen los derechos de las personas mayores, considerando la igualdad de oportunidades, para ejercer su participación en el proceso social y en otros aspectos de la vida comunitaria.

Por su parte, el *envejecimiento productivo*⁶ es la capacidad de un individuo o población de formar parte de la población activa y dedicarse a actividades remuneradas o de voluntariado para ayudar a la familia y mantener la autonomía e independencia durante el mayor tiempo posible.

II.2. Marco legal del trabajo de los jubilados en Cuba

La Constitución de 1940 reguló muchas de las conquistas populares en materia laboral y de seguridad social, tales como el derecho al trabajo; la garantía del salario o sueldo mínimo; la inembargabilidad de este -salvo las responsabilidades por pensiones alimenticias-; el derecho a los seguros sociales contra la invalidez, la vejez, el desempleo y demás contingencias; el derecho de jubilación por antigüedad y el de pensión por causa de muerte; la jornada máxima diaria de ocho horas y derecho al descanso retribuido. Aunque fueron letra muerta, tuvo como logro que le

² A. Morales Cartaya: *La Seguridad Social en Cuba. Realidades y retos*, 2004.

³ E. Gracia: *El apoyo social en la intervención comunitaria*, Ed. Paidós, España, 1997.

⁴ OIT, Organización Internacional del Trabajo, único órgano de las Naciones Unidas con carácter tripartito.

⁵ *Envejecimiento activo: un marco Político. Programa de envejecimiento y ciclo de vida de la OMS*, Segunda Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el envejecimiento, Madrid, 2002.

⁶ R. Butler, Ch. Muller y J. Estrine: *Envejecimiento productivo*, 2005.

dio rango constitucional a los derechos de los trabajadores y del pueblo en general.

La Ley 1100 de 1963,⁷ en vigor desde el 1 de mayo de ese año, respondió a las exigencias de la situación socioeconómica del país. Sus principales logros fueron, entre otros, la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Sistema de Seguridad Social, pues amplió la protección al 100 % de los trabajadores asalariados, envolviendo también a los del campo y sus familiares; incluyó el accidente de trabajo y la enfermedad profesional; abarcó la maternidad; insertó en las prestaciones algunas cuyo seguro social no existía antes en Cuba, como la enfermedad y el accidente de origen común; reconoció, a los fines de la seguridad social, los tiempos de servicios prestados en cualquier actividad laboral.

La Constitución de la República de Cuba de 1976,⁸ consagró entre los derechos, deberes y garantías fundamentales, el *trabajo* como un derecho, un deber y motivo de honor para cada ciudadano. El trabajo es remunerado conforme a su calidad y cantidad, al proporcionarlo se atienden las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador su aptitud y calificación; lo garantiza el sistema económico socialista, que propicia el desarrollo económico y social, sin crisis y que con ello ha eliminado el desempleo y borrado para siempre el paro estacional llamado *tiempo muerto*. El texto constitucional incluye además la seguridad social para todo trabajador impedido de laborar por su edad, invalidez o enfermedad y similar protección para sus familias en caso de muerte.

Posteriormente, para dar respuesta a las directivas sobre seguridad y asistencia social derivadas del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, y tomando como base jurídica los principios generales establecidos en la Constitución, se promulgó la Ley 24 de 28 de agosto de 1979, que ofrece prestaciones que cubren todos los riesgos, con un régimen de seguridad social con amplia cobertura y uno de asistencia social ante el estado de necesidad del núcleo familiar al que pertenece la persona, en ausencia de parientes obligados a dar alimentos o cuando estos no estén en condiciones de prestar ayuda.

El Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros aprobó el Acuerdo 935 de fecha 8 de junio de 1981, el que faculta al

entonces denominado *Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social* para autorizar las soluciones salariales que se requieran para la reincorporación del jubilado, cuando no exista fuerza de trabajo suficiente debido a la naturaleza de algunos trabajos y las características de determinadas situaciones que recomienden establecer un tratamiento especial. Dicha institución estatal tuvo la función de velar porque ese tratamiento especial no se convirtiera en un estímulo a la jubilación temprana, sin embargo, no era efectivo toda vez que se había desvirtuado la concepción inicial regulada en la Ley 24 de excepcionalidad, convirtiéndose en la regla, por la necesidad de fuerza de trabajo para cubrir determinadas plazas con déficit, ya que el principio que disponía la ley marco es muy poco utilizada en la práctica diaria, por la poca remuneración que reporta y que no satisface su principal motivación para reincorporarse al trabajo.

La variante más utilizada es la de simultanear salario y pensión al amparo del Acuerdo 935, pero era de manera excepcional y requería de una aprobación del director de Trabajo Provincial, el que podía denegar o no dicha solicitud. Poco a poco esta variante se fue convirtiendo en la regla general de utilización por los beneficios que reporta y no en la excepción como estuvo concebida inicialmente con el objetivo de no incentivar la jubilación en edades inmediatas a la edad mínima. Por lo tanto, el tratamiento establecido en aquel momento perdió su efectividad, toda vez que la práctica diaria le impuso otras reglas que no eran precisamente las que estaban reguladas.

Con la aprobación de la nueva Ley 105 de 27 de diciembre de 2008, Ley de Seguridad Social, se incrementaron la edad y los años de servicios para ambos sexos, de forma tal que las mujeres se jubilan a los sesenta años y los hombres a los sesenta y cinco años, con treinta años de servicios para ambos géneros.

En ese sentido se modificó el cálculo de las pensiones, propiciando que la cuantía de la pensión tenga mayor correspondencia con el aporte, el salario y la permanencia laboral, de aquellos trabajadores que se jubilen después de cumplir con la edad y los requisitos mínimos que establece la nueva ley. Dicho incremento de la edad y el tiempo de servicios, se realizará gradualmente durante siete años a partir de 2009, con el objetivo de afectar lo menos posible a los trabajadores próximos a las edades de jubilación reguladas en la Ley 24/79.

La nueva ley establece como principio, que los pensionados por vejez pueden reincorporarse al trabajo y devengar la pensión y el salario del cargo que pasen a ocupar, siempre que sea en un cargo diferente al que desempeñaban al momento de jubilarse, aunque puede estar comprendido dentro del mismo perfil ocupacional.

⁷ Ley 1100 de 27 de marzo de 1963, fue la primera ley de Seguridad Social, los trabajadores la conocieron en su redacción original, la discutieron en los centros de trabajo y la aprobaron.

⁸ Constitución de la República de 1976, fue proclamada el 24 de febrero de 1976 después del referendo celebrado para su aprobación. Se refiere a sus arts. 45-48 del Capítulo VII Derechos, deberes y garantías fundamentales.

Se estableció como *excepción*, para los pensionados por edad que se reincorporan al trabajo y no cumplen con el requisito de edad y tiempo de servicios regulados en la nueva ley, o se incorporan al mismo cargo que venían desempeñando al momento de jubilarse, que la suma de su pensión y del nuevo salario no pueden exceder el salario que devengaban al momento de obtener su pensión. Los Consejos de la Administración aprueban las excepciones a esta regla por un procedimiento que está orientado en las disposiciones complementarias.

Como otra posibilidad, se establece que los trabajadores puedan optar por su reincorporación al trabajo en cualquier cargo, mediante la solicitud de la suspensión del cobro de la pensión por edad que reciben.

En las disposiciones transitorias, precisa la ley que los pensionados por edad de leyes anteriores que tengan sesenta años o más las mujeres y sesenta y cinco años o más los hombres, pueden reincorporarse al trabajo remunerado y devengar la pensión y el salario del nuevo cargo que ocupen, siempre que no sea en el mismo cargo que tenían al momento de obtener su pensión, aunque puede ser del mismo perfil ocupacional. Los Consejos de la Administración municipales aprueban las excepciones.

Como una de las modificaciones, la nueva Ley de Seguridad Social introduce el cobro de los subsidios por enfermedad o accidente hasta seis meses, cuando los pensionados por edad reincorporados se enferman o accidentan, equiparando sus derechos al resto de los trabajadores. Se hizo necesario cambiar la legislación en ese aspecto, para flexibilizar este procedimiento, ajustándolo a la realidad objetiva y poder cubrir la necesidad de fuerza de trabajo.

Existen sectores de la economía con déficit de fuerza de trabajo y los desvinculados no pueden cubrir estas necesidades porque les falta calificación, el perfil profesional es otro, las plazas vacantes están lejos de sus lugares de residencia o simplemente no es atractivo el salario que van a devengar o la plaza que se les ofrece. Por su parte, las entidades laborales con necesidad de cubrir tales plazas, realizan las gestiones para cubrirlas con personas jubiladas por edad, pero al jubilado le resulta más atractivo simultanear el salario del cargo y la pensión.

Con la modificación de la Ley de Seguridad Social, se flexibilizó el procedimiento legal de los jubilados por edad que se vinculan nuevamente. En la actualidad, los que poseen los requisitos de edad y tiempo de servicio se incorporan al empleo, siempre que no ocupen el mismo cargo que desempeñaban cuando se jubilaron. Ello constituye una nueva limitación, que aunque evita en alguna medida que se convierta este procedimiento en un estímulo a la jubilación en edades inmediatas a las mínimas para jubilarse,

no se corresponde con la necesidad de fuerza de trabajo que tiene el país ante el envejecimiento de la población total y de la económicamente activa.

Además, se ha puesto de manifiesto en la práctica, que existen cargos muy específicos como los médicos, las enfermeras, profesionales de la salud en general, maestros, profesores de nivel medio superior y superior, e investigadores, cuya ubicación laboral es centralizada por el Ministerio de Salud o de Educación según el caso, que si deciden reincorporarse voluntariamente, en la práctica lo hacen en el mismo cargo. Es ilógico pensar, que un médico que dedicó su vida a esa noble labor, pueda reincorporarse en otra labor. Entonces pierde efectividad esta regulación, pues en tales casos, la propia ley limita su vinculación donde son más útiles y necesarios. El país tiene dificultad con la vinculación laboral del personal técnico y profesional de la salud.

Con la aprobación del Decreto Ley 260 de 15 de julio de 2008, los maestros y profesores se beneficiaron con este tratamiento que flexibiliza el procedimiento legal de la reincorporación de los jubilados, toda vez que el Estado consideró necesario reincorporar a esa masa de trabajadores con experiencia en este sector tan deficitario de fuerza de trabajo.

Existen profesionales de otras actividades que por su desempeño profesional antes de jubilarse, las entidades requieren de sus servicios en funciones de asesoría o docencia, y en estos casos el requisito de no incorporarse al mismo cargo, los limita.

La nueva ley para dar solución a esta problemática establece que el Consejo de Ministros puede autorizar a determinado sector, rama de la economía o parte de ella, por interés del desarrollo económico o social del país, la contratación de pensionados por edad cobrando el salario del cargo y la prestación por vejez. De esta manera se solucionan los casos de un sector, de una colectividad, no así las individualidades, lo que de alguna forma se contrapone a uno de los objetivos de esta ley, que es la prolongación de la vida laboral, por la necesidad de fuerza de trabajo calificada y con experiencia que tiene el país, aunque realmente el aumento de la edad de jubilación, de alguna manera limita la vinculación de los jubilados al trabajo, toda vez que con la edad se incrementan las enfermedades propias de la vejez y disminuyen sus capacidades físicas e intelectuales de manera natural.

Por otra parte, el procedimiento legal de la reincorporación al empleo de los jubilados, con el requisito de contar con la edad mínima de jubilación, es contradictorio con respecto a las modificaciones al régimen laboral que incluye las regulaciones sobre el pluriempleo, recientemente aprobado por el Decreto Ley 268 de fecha 26 de

junio de 2009. Este Decreto Ley dispone la posibilidad de que el trabajador, después de cumplir sus obligaciones laborales, puede vincularse a otro cargo y devengar el salario por la labor que realiza. Por tanto, no existe razón para limitar al jubilado que desee reincorporarse, por no tener la edad mínima.

II.2. Comportamiento de la reincorporación al empleo de los pensionados por edad en la provincia Villa Clara

Para realizar el diagnóstico específico de este comportamiento, se analizaron las estadísticas oficiales publicadas por la Oficina Nacional de Estadística de diferentes años, así como las proyecciones de población 2006-2030. Asimismo, se utilizaron como fuente secundaria, los registros que obran en los archivos de las filiales del Instituto Nacional de Seguridad Social y de las Direcciones de Trabajo y para ello se emplearon las tres variantes establecidas en la ley, de la forma siguiente:

- Jubilados que se reincorporaron cobrando como salario, la diferencia entre la pensión y el salario del cargo que desempeñaban cuando se jubilaron.
- Jubilados que se vincularon al trabajo, solicitando la suspensión del cobro de la pensión y devengan el salario del cargo.
- Jubilados que se vincularon a trabajar, simultaneando la pensión y el salario del cargo.

II.3. Caracterización socio-demográfica de Villa Clara

Se escogió la provincia de Villa Clara para este trabajo, toda vez que presenta índices de envejecimiento superiores a la media nacional, el 18.7 % tiene más de sesenta años.

Esta provincia está situada en el centro de Cuba, cuenta con una extensión territorial de 8662.4 km² -de ellos, 719.3 km² de cayos-, y representa el 7.9 % del territorio nacional. Limita al norte con el Océano Atlántico, al este y sudeste con Sancti Spíritus, al sur con Cienfuegos y Sancti Spiritus, al suroeste con Cienfuegos y al oeste con Matanzas.

La mortalidad infantil viene experimentando cambios en su tasa en el país, en 1955 (78.5) y en 1970 (38.7) que disminuyó bruscamente a 19.6 por cada mil nacidos vivos en 1980. En el año 2000 la tasa de mortalidad infantil era de 7.2 por cada mil nacidos vivos y en el año 2011 disminuyó considerablemente, con una tasa de 4.7 por cada

mil nacidos vivos, como expresión de la efectividad del programa materno infantil. Villa Clara se comporta por encima, con un 5.7 por cada mil nacidos vivos.

La *esperanza de vida* al nacer es otro indicador que muestra cómo la población envejece. En nuestro país este indicador se incrementó de 61.8 años en 1955 a 70.4 años en 1970 y se ha mantenido en aumento, como reflejo de los altos índices de salud con que cuenta el país. En el trienio 2005-2007 la esperanza de vida al nacer fue de 77.97 años, en los hombres alcanza los 76 años y en las mujeres los 80.02 años. Específicamente en Villa Clara: hombres, 77.22, y mujeres, 81.14.

Se afirma que la población cubana está estabilizada, sin embargo consideramos que los discretos aumentos reportados en los nacimientos en los años 2007 y 2008, no suplen los aumentos en las defunciones generales ni en las emigraciones. Asimismo, según las proyecciones de población hechas, se avanza hacia un decrecimiento poblacional con una población envejecida, donde la sociedad cubana no está diseñada para enfrentar este fenómeno.

Dicho proceso de envejecimiento de la edad laboral, se prevé que debe continuar acentuándose, por lo que debe prestarse especial atención por su significación. Según proyecciones, si para el 2015 la población en edad laboral sería de 7 049 174 personas, en el 2025 se pronostica que habrá una disminución de más de 600 000 personas, pasando la edad mediana de 38.7 en el 2010 a 41.2 años en el 2025, valores que indican un envejecimiento de la base de los recursos laborales y por tanto la población ocupada verá sus edades aumentadas en igual medida.

Estos comportamientos etéreos indican la no renovación de la población en edades activas, por lo que deben adoptarse medidas, por cuanto en las poblaciones en edades preescolares, educación primaria, media y superior, el número de sus integrantes disminuirá y en algunos casos de manera significativa, así como también debe disminuir el número de mujeres en edad reproductiva y en mayor medida el de las edades más fecundas (15-34 años).

Debe preverse el comportamiento de la estructura de la población económicamente activa (PEA) en determinados sectores de la actividad económica, ya que hay algunos en los que se impone una renovación y recalificación de la fuerza de trabajo, y en otros donde es conveniente preservar contingentes laborales, inclusive en ciertas edades superiores a la edad de jubilación.

Respecto a la *ocupación*, el país ha experimentado cambios a lo largo del tiempo, que tienen que ver con el desarrollo económico alcanzado. El desempleo en Cuba fue

un flagelo que castigó a nuestra población en la etapa neocolonial, después del triunfo revolucionario se convirtió en una prioridad del Estado. En 1953 se encontraba ocupada solo el 32.3 % de la población total, situación diferente al año 2008 en que se encontraba trabajando el 73.5 % de la población en edad laboral. Acorde con los resultados que refleja el comportamiento de estos indicadores, la Población Económicamente Activa (PEA) comienza su continuo ascenso y sigue esta tendencia hasta la actualidad, la cual creció en un 8.9 %, mientras que la población desocupada tuvo una disminución total de 112.0 miles de personas.

Para llevar a cabo el análisis de las entradas y salidas de la edad activa en función de la evolución de la población, se utilizó como indicador la *tasa de reemplazo*, que se define como el cociente entre la población de 10-14 años y la de 55-59, se consideran los efectivos que entrarán en la edad de trabajar en los próximos cinco años y los que saldrán de ella. En relación a ello debemos puntualizar que la tasa de reemplazo va decreciendo, esperándose que salgan más efectivos de las edades laborales, que los que entrarán. Teniendo en cuenta esta situación, para lograr una mayor incorporación de la población mayor de cincuenta y cinco años a la actividad laboral, deberán adoptarse medidas y establecer políticas factibles para la misma, cuya presencia, será determinante como fuerza de trabajo en el desarrollo de este municipio.

Por otra parte, se producen situaciones paradójicas en esta provincia con relación al tema del empleo ya que, por un lado, existen ramas de la economía deficitarias en cuanto al completamiento de fuerza de trabajo, mientras que existen personas desvinculadas que buscan empleo. Esto tiene su explicación por los niveles de protección social y de calificación que distinguen al desempleado cubano, que hace que muchas de las personas que buscan trabajo, tengan presente la selectividad al escoger un empleo acorde a su preparación, su lugar de residencia u otras prioridades, lo cual no siempre es posible.

En el primer semestre de 2012, un total de 12 145 personas en edad laboral se ubicaron en empleos, sin embargo se encuentran vacantes 15 608 plazas, un por ciento alto de cargos técnicos de la rama económica y de recursos humanos, y otros de custodios, serenos y personal de seguridad y protección. En el 2011, se registró un total de 2406 personas desvinculadas, de ellos, 1459 hombres (60.6 %) y 947 mujeres (39.3 %), con una tasa de desocupación de 1.4 %.

Ello tiene su explicación en el hecho de que una parte importante de los desvinculados en busca de empleo poseen baja calificación, no les conviene la plaza que se le oferta o alegan, entre otras causas, lejanía de su

lugar de residencia, que la oferta no coincide con su perfil profesional. Por tanto, no se cubren por el servicio de orientación laboral del territorio las plazas de seguridad y protección, serenos, auxiliares de limpieza, contadores, auditores, especialistas en el área económica y de recursos humanos, lo que evidencia un déficit de esta fuerza de trabajo, a pesar de los procesos de reordenamiento llevados a cabo, y ha implicado disponibilidad de trabajadores. Esta situación descrita, pone de manifiesto la necesidad de prestar especial atención a las políticas dirigidas a lograr una mayor incorporación de los desvinculados a la actividad laboral, y con ello un incremento sostenido de la productividad del trabajo. Sería factible también, considerar una mayor incorporación de los jóvenes que optan por carreras universitarias y de nivel medio superior, en las especialidades económicas y fomentar el estudio mediante cursos cortos de preparación en la actividad de los recursos humanos.

II.4. Características de la población de jubilados reincorporados al empleo durante el 2011 y el primer semestre de 2012

La población de personas mayores de sesenta años, al cierre de 31 de diciembre de 2011, alcanzó la cifra de 37 983 habitantes, que representa el 21.2 % de la población total de la provincia, siendo superior esta proporción a la media nacional que es de 17 %. Clasifica como la provincia más envejecida del país. En solo dos años aumentó un 2 % su población mayor de sesenta años, lo que expresa que el envejecimiento avanza a un mayor ritmo. El grupo poblacional de ochenta y más, representa el 18.1 % del segmento poblacional de sesenta años y más, lo que indica alta longevidad en la ancianidad de este territorio.

Al analizar los índices de envejecimiento al cierre de 2011, con respecto a la relación viejo-joven había 1401 adultos mayores por cada mil jóvenes y 333 personas de sesenta años y más por cada mil pertenecientes al segmento poblacional de 15-59 años, que lo coloca entre los más envejecidos del país. En la provincia, en el 2011, se jubilaron por razón de su edad 132.062 trabajadores. La edad promedio de solicitud de la jubilación para ambos sexos es de 63.3 años, en el caso de los hombres de 67.8 años y para las mujeres, 62.3 años.

Para lograr una caracterización de los jubilados que se reincorporaron al trabajo en el año 2011 y el primer semestre de 2012, es imprescindible dividirlos en tres grupos:

1. *Grupo I:* jubilados por edad que cobran la diferencia entre el salario de la plaza que desempeñaban al jubilarse y la pensión que reciben.

2. *Grupo II:* jubilados que se reincorporaron a cualquier cargo, solicitando la suspensión de la pensión que percibían, cobrando íntegramente el salario del cargo.
3. *Grupo III:* jubilados que se reincorporaron al amparo del Acuerdo 935/81 y comprende a aquellos que cobran íntegramente el salario de la plaza y la pensión.

Análisis de los jubilados reincorporados al trabajo del Grupo I

Las estadísticas revelan que existe una tendencia nacional a la disminución de los jubilados reincorporados al empleo, pertenecientes al Grupo I. En el año 2011 se contrataron 80 jubilados por esta vía y en el primer semestre del 2012, se mantuvo la tendencia a la disminución, ya que se contrataron 31 jubilados.

En el año 2011 y el primer semestre de 2012, se reincorporaron al trabajo un total de 2495 jubilados por edad, el 29 % en plazas técnicas, el 11 % como operarios de mantenimiento, el 49 % en plazas de servicios y el 9 % como trabajadores administrativos. Las mujeres representaron solo el 36 % y los hombres el 54 %, evidenciándose una mayor vinculación en el sexo masculino.

Por lo general, las pensiones que percibieron estaban en el rango de 200 a 300 pesos, siendo factible para ellos cobrar la diferencia entre la pensión y el salario que devengaban al momento de obtener su jubilación. Un por ciento alto se vinculó a trabajar en cargos técnicos, por el nivel de calificación que poseen, por tanto, el nuevo salario a devengar es mayor, en tanto sea mayor el salario que devengaban al momento de obtener la pensión.

Análisis de los jubilados reincorporados al empleo del Grupo II

Este grupo abarca a aquellos jubilados que solicitaron la suspensión del cobro de su pensión y se vincularon a trabajar en cualquier cargo. La cifra de reincorporación es muy baja, pues se reincorporaron utilizando esta variante solamente 24 jubilados por edad, 11 en el 2011 y 13 jubilados en el primer semestre de 2012. De ellos, 8 son hombres y 5 son mujeres.

La mitad de los jubilados se vinculó a cargos técnicos, 5 trabajaron como dirigentes, 10 se vincularon a los servicios y 9 al área administrativa. Se analizaron las cuantías de las pensiones, pudiendo comprobarse que el 50 % percibían pensiones entre 200 y 300 pesos, el 42.8 % sus pensiones se encontraban en el rango de 300 a 400 pesos y solo uno percibía una pensión por encima de 400 pesos.

Examinando los salarios de los cargos a los que se vincularon, se confirmó que el 1.4 % devenga salarios entre 200 y 300 pesos, el 57.1 % recibe salarios entre 300 y 400 pesos y el 28.5 % cobra más de 400 pesos.

Análisis de los jubilados reincorporados al empleo del Grupo III

Nacionalmente, la reincorporación al empleo de los jubilados que simultanean el salario del cargo y la pensión, tiene una tendencia al incremento en los años analizados y una mayor reincorporación, contraria a lo observada en las dos variantes anteriores.

De igual manera existe una tendencia al incremento de los jubilados reincorporados por esta variante, vinculándose al trabajo en el 2011 un total de 1106 jubilados por edad. En el análisis realizado en el primer semestre de 2012, se vincularon 1254 jubilados por edad, pudiendo constatar, que se utilizó la aprobación excepcional del CAM en 957 casos.

Si comparamos el comportamiento de 2011, con el del primer semestre de 2012, se puede observar que en solo un semestre se vincularon el 73.3 % de los que trabajaron durante el 2011. Del análisis de las actividades a las que se vincularon, se colige que el mayor porcentaje se contrató en plazas relacionadas con la seguridad y protección, prevaleciendo los hombres con un 64 % y el 36 % son mujeres.

La reincorporación está, en primer lugar, en las actividades de servicios que incluye a los trabajadores que se ocupan de la protección y seguridad en las entidades laborales, con sus diferentes especificidades de cargos, los que se encargan de la limpieza, labores de cocina. En segundo lugar, los que ocupan cargos técnicos, que incluyen los de la actividad económica y los maestros reincorporados. En menor medida están los que se reincorporan en cargos de dirección, que solo llega al 1.3 %, en actividades constructivas fundamentalmente. Los organismos que más solicitan la reincorporación de los jubilados son el Minagric, Minaz, Educación, Ministerio de Salud Pública, Servicios Comunes y Poder Popular.

En relación con la edad, existen cifras bastante altas de jubilados reincorporados con más de setenta años, lo que se corresponde con los porcentajes de población en esas edades de este municipio.

Del análisis de la cuantía de las pensiones que perciben los jubilados que se reincorporaron al trabajo, se pudo constatar que el 82.9 % de ellas corresponden al rango entre 200 y 300 pesos, el 15.6 % se encuentra en el rango de 300 a 400 pesos y el 1.3 % perciben como pen-

sión 400 pesos o más. Se analizaron los salarios de los cargos en los que se vincularon, pudiendo evidenciarse que el 35.2 % está vinculado a cargos cuyos salarios oscilan entre 200 y 300 pesos, el 38 % labora en cargos con salarios entre 300 y 400 pesos, el 23.7 % está reincorporado en cargos con salarios entre 400 y 500 pesos y solamente el 1.3 % se vinculó a cargos con salario superior a 500 pesos.

II.5. Motivaciones y limitaciones relacionadas con la reincorporación al empleo de los pensionados por edad

Las principales motivaciones para que los jubilados por edad se vinculen nuevamente a trabajar son numerosas, entre ellas cabe destacar:

- En primer lugar, las relacionadas con el aspecto económico, vinculándose en numerosos casos a entidades con sistemas de pago y de estimulación en CUC, con entrega de comestibles o compra en tiendas habilitadas con precios subsidiados.
- Se jubilaron por temor a que se aprobara la nueva ley y les subieran la edad mínima de jubilación, por lo tanto, ejercieron su derecho y se vinculan nuevamente para tener mayores ingresos económicos.
- Tienen pensiones muy bajas y al vincularse nuevamente, pueden aumentar su pensión según los años laborados adicionalmente o recalcular su pensión.
- Se sienten útiles, poseen reconocimiento en el colectivo laboral, además de que gozan de buena salud y pueden aportar sus experiencias a los más jóvenes.
- No tenían intenciones de jubilarse, pero se vieron obligados a hacerlo por cuestiones familiares impostergables relacionadas con el cuidado de familiares encamados, con demencia senil.

Las principales limitaciones están relacionadas con la no flexibilización de los horarios de trabajo y de la jornada, al no estar concebida en la legislación hasta el momento, la posibilidad de trabajar a tiempo parcial.

En este punto, cabe destacar que la flexibilidad en el horario no significa que se paga más por hacer menos, sino es la necesidad de adecuar los horarios y la jornada, acorde con las capacidades físicas y mentales de la persona mayor de sesenta años. En algunas ocasiones, se pierden

profesionales porque a causa de la edad no pueden trabajar 8 horas, pero pueden contratarse a tiempo parcial.

En este sentido, consideramos que si el procedimiento tuviera horarios y jornadas flexibles, constituiría una motivación para vincularse a trabajar nuevamente después de jubilado. La persona mayor de sesenta años una vez jubilada, no quiere cumplir horarios estrictos, sino trabajar en función de obtener resultados concretos. En los profesionales de muchas ramas, esto sería muy beneficioso y útil, pues tienen acumulada una experiencia que no podemos desperdiciar.

En la Ley 24/79 era una aprobación excepcional que los jubilados se vincularan al trabajo y cobraran la pensión y el salario del cargo, por lo que el procedimiento legal en sí mismo constituía una limitación. La nueva ley estableció como *principio de reincorporación*, lo que en la anterior estaba dispuesto como *excepción*, logrando con su regulación flexibilizar el procedimiento de incorporación al trabajo de los jubilados por edad.

A su vez, la edad puede funcionar como una limitante para vincularse nuevamente al trabajo, porque con su aumento disminuyen las capacidades físicas y mentales y el rendimiento laboral, y al haber incrementado la edad de jubilación, disminuyen las posibilidades para reincorporarse al empleo.

Existe poca multiplicidad de las actividades en que puede vincularse un jubilado, al no ser contemplado en regulación legal o normas de carácter interno, que sus capacidades intelectuales pueden ser aprovechadas en labores de asesoría, tutoría, actividades que no requieran un gasto de energía física intenso, labores manuales que no requiera estar largos períodos en posiciones que pueden afectar la salud de estas personas que tienen una avanzada edad.

La organización del trabajo no ha detallado normas adecuadas para las personas mayores, con respecto a la intensidad del trabajo. El rendimiento laboral no es el mismo en una persona joven que en una mayor de sesenta años, por lo tanto, las exigencias no pueden ser las mismas, por el desgaste natural de los años.

III. Conclusiones

- Los pronósticos vaticinan que en el 2025, Cuba será el país más envejecido de América Latina, y en el 2050 uno de los ocho más envejecidos del mundo, lo que obliga a tomar diferentes alternativas, tanto en el plano laboral como social, para garantizar un sostén de los miembros de la sociedad, además de proporcionarle trabajo a la población activa que envejece. En ese sentido, se estudian las estrategias para optimizar la relación entre la población pasiva y la económicamente activa, con el

objetivo de disminuir al máximo posible la dependencia de la primera sobre la segunda.

- La jubilación, desde el punto de vista social, entraña afectaciones, sobre todo en materia de pérdida de experiencia y capital humano, sin embargo, existen personas que después de haberse jubilado, se sienten motivadas y en condiciones físicas y mentales para reincorporarse al empleo, las que deben tener una especial protección jurídica para que puedan hacerlo efectivamente.
- Sin embargo, consideramos que el actual procedimiento legal vigente, sobre la reincorporación de los jubilados al empleo, no es totalmente efectivo y no se corresponde con la necesidad de fuerza de trabajo que tiene el país ante el envejecimiento de la población total y de la económicamente activa.
- Las tendencias demográficas de la población de Villa Clara, influyen sobre la estructura de la fuerza de trabajo, observándose un decrecimiento sostenido de la población en edad prelaboral, un lento crecimiento de la población en edades laborales y un rápido crecimiento de la población en edades poslaborales, lo que pone de manifiesto la necesidad de prestar especial atención a las políticas socio-económicas dirigidas a lograr una mayor incorporación de la población desvinculada a la actividad económica, así como incentivar de manera atractiva y garantista la reincorporación de los pensionados por edad al trabajo.
- Los motivos económicos clasifican como la principal motivación para la reincorporación al empleo de los pensionados por edad, aunque se refiere también que influye en ello el sentirse útiles, comprometidos con el colectivo y continuar trabajando para incrementar la cuantía de su pensión.
- No obstante, aún subsisten limitaciones para la reincorporación al empleo de estos pensionados, entre las que se encuentran especialmente las de carácter legal: el requisito para vincularse nuevamente al trabajo, es tener la edad mínima de la nueva ley y los años de servicios, así como el de la no vinculación en el mismo cargo; aunque también coexisten otras de carácter institucional como la no flexibilización en los horarios de estas personas y la no correspondencia de trabajo que desarrollan con sus capacidades físicas debido a la edad. Ello en su conjunto incide directamente en la no efectividad del procedimiento legalmente establecido.

* * * * *

Respuesta legal a la violencia laboral en países seleccionados de América Latina

MsC. LYDIA GUEVARA RAMÍREZ

SUMARIO

I. Introducción. I.1. Normas, Convenios y Regulaciones Internacionales y Regionales. I.2. Algunas soluciones halladas en la Unión Europea. I.3. Papel de la OIT. I.4. Análisis de soluciones legales en diferentes países. I.5. La situación actual en América Latina. I.6. Tratamiento de la violencia laboral. II. Conclusiones. III. Referencias bibliográficas

I. Introducción

La violencia en el trabajo reconocida como factor de riesgo en las relaciones laborales conspira contra el buen desenvolvimiento del trabajo causando afectaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los que se destacan, a la protección de la integridad física y mental, la dignidad, la igualdad de oportunidades, a un ambiente sano y seguro y a la continuidad de la relación laboral.

El concepto de *violencia* ha sido definido por la Organización Mundial de la Salud, en el informe mundial sobre la violencia y la salud (OMS, 2003, 3) como «el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones».

En el «Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla», la Organización Internacional del Trabajo ha definido que la violencia en el trabajo será «toda acción, incidente o comportamiento que se aparte de lo razonable mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma», quedando claro que como «consecuencia directa» se sobreentiende «un vínculo claro con el ejercicio de la actividad profesional y se supone que dicha acción, incidente o comportamiento ocurre posteriormente, dentro de un plazo de tiempo razonable» (OIT, 2003, 11).

Con vistas a la prevención, enfrentamiento y sanción de los hechos de violencia laboral, se han adoptado dife-

rentes posiciones por parte de los países, aunque se ha podido comprobar que las soluciones aplicadas no son uniformes, que algunos optan por modificar la legislación laboral, otros adoptan una legislación específica, los terceros aplican legislación penal o se someten a la jurisdicción laboral, civil, contencioso-administrativa y social, y algunos no cuentan con ninguna de estas opciones, ya que aún la violencia no ha sido visualizada, lo que contribuye a que aumenten los hechos de discriminación y el principio de la igualdad brille por su ausencia.

Para profundizar en este estudio, se mencionan algunas normas y regulaciones internacionales o de carácter regional, con las características de normas de referencia para la adopción de la nacional correspondiente a cada país miembro, lo que nos permite desde el inicio aseverar que la norma internacional protege a las personas por contener principios *ius cogens* del derecho. Se destaca el papel de la Organización Internacional del Trabajo, basado en declaraciones y normativas internacionales que justifican la adopción por los países de regulaciones nacionales o la ratificación de los convenios y recomendaciones que constituyen referencia en el estudio de la violencia laboral.

1.1. Normas, Convenios y Regulaciones Internacionales y Regionales

En calidad de brevísimos comentarios sobre la normativa de carácter internacional, señalamos que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que entró en vigor en 1976, reconoce en su artículo 12 el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluyendo el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 reconoce el derecho a la integridad personal en su artículo 5, en dos aspectos fundamentales como son el respeto de la integridad física, psíquica y moral y que nadie puede ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Al respecto, es bueno indicar que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) hasta la actualidad, el concepto de «torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes» se ha utilizado básicamente para los interrogatorios a detenidos, en las prisiones, etcétera, pero no podemos pasar por alto que la persona sujeta a una acción de hostigamiento y persecución sistemática recibe tratos crueles como ofensas y maltrato de palabra, pudiéndose comprobar por el Diccionario de la Real Aca-

demia de la Lengua Española¹ que se entiende por tortura: «grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo».

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que entró en vigor en 1981 reconoce que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país.

En la Convención de *Belem do Pará* de 1994 se entiende por *violencia contra la mujer* cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado, por tanto, incluye la violencia física, sexual y psicológica, así como el acoso sexual en el lugar de trabajo.

1.2. Algunas soluciones halladas en la Unión Europea

En el ámbito europeo se cuenta con una profusa actividad normativa, dentro de los cuales, a título de mención específica sobre la violencia laboral, se mencionan la «Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea» (diciembre 2000) (2000/C 364/01), la «Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo» (2001/2339) (INI, 20.9.2001), la «Comunicación de la Comisión Europea, Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad» (2002-2006), la «Resolución del Consejo de 25 de junio de 2007 sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo» (2007-2012) (2007/C 145/01), el «Informe *Randstad*. Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince. El Acoso Moral» (2003) y el «Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el trabajo».² Es preciso apuntar que los documentos constitutivos de la UE y siguientes, se enfilan hacia la igualdad como base del disfrute de los derechos y del respeto a la dignidad y así desde el Tratado de Roma, el Tratado de Lisboa, el Tratado de Ámsterdam, la Carta de Derechos Fundamentales y otros documentos normativos,³ hay un primado de

¹ Consultado a través de Microsoft® Encarta® 2006, © 1993-2005 Microsoft Corporation (Nota de la Autora).

² Conocido como AMEVA, COM (2007) 686 final.

³ El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres está firmemente establecido en un amplio conjunto de normas comunitarias

la igualdad en las relaciones jurídicas para llegar a ser *igualdad jurídica*.

Se supone que la *igualdad* no solamente se refiere a la relación entre hombres y mujeres, sino que asume igualdad de oportunidades y de trato para todas las personas sin discriminación de ninguna índole, ni motivo lesivo a la dignidad humana, ya sea por raza, etnia, color de la piel, edad, sexo, orientación sexual, diversidad, origen nacional o social, situación económica, estado de salud, etcétera. Lo que sucede es que la discriminación de género que pugna en contra de la igualdad entre hombres y mujeres es el *leitmotive*, incluso paradigma de todos los análisis sobre igualdad y no discriminación.⁴

El Parlamento Europeo dictó una resolución en septiembre de 2001, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo en la que toma en cuenta antecedentes de otras directrices de la Unión Europea, así como se refiere, citando a la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, que un 8 % de los empleados de la UE (12 millones de personas) habían afirmado haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo en el intervalo de los últimos 12 meses.⁵

Por tales situaciones, el Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a elaborar un libro verde sobre *mobbing* considerando que era «premature regular cualquier aspecto del acoso legalmente, de manera unilateral, sin tener en cuenta ese trabajo». No existe, por tanto, una regulación uniforme de aplicación en todos los países miembros de la UE, si bien, el trabajo que se vierta en el denominado *Libro Verde*,⁶ podría ser en un futuro una directiva de obligado cumplimiento en los países miembros.

El llamado Libro Verde de Responsabilidad social de las Empresas aborda un punto dedicado a la «Responsabi-

lidad social de las empresas: dimensión interna», en el cual establece que «dentro de la empresa, las prácticas responsables en lo social *afectan en primer lugar a los trabajadores* y se refieren a cuestiones como la inversión en recursos humanos, *la salud y la seguridad*, y la gestión del cambio, mientras que las prácticas respetuosas con el medio ambiente tienen que ver fundamentalmente con la gestión de los recursos naturales utilizados en la producción. Abren una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad».

Otro texto importante es el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el trabajo. El mismo fue firmado el 26/04/07, por organizaciones empresariales y sindicales de la Unión Europea con el fin de prevenir y gestionar problemas de intimidación, acoso sexual y violencia física en el lugar de trabajo, condenando toda forma de acoso y de violencia y estableciendo la obligación de los empresarios de proteger a los trabajadores y basa su aplicabilidad en el artículo 139.2 del Tratado Constitutivo de la UE.

Se destaca que AMEVA incorpora una política de *tolerancia cero* y un conjunto de procedimientos para hacer efectivo el respeto a los principios de *dignidad, confidencialidad, imparcialidad y trato equitativo*, garantizando la adopción de medidas apropiadas contra los autores de actos de acoso y violencia, que irán de la sanción disciplinaria al despido. Por su parte, las víctimas recibirán apoyo para su reintegración, en caso necesario.

En su texto, incorpora el análisis de diversas formas de acoso y violencia en los lugares de trabajo, posibilitando su identificación porque deben ser de carácter físico, psicológico o sexual, pueden ser incidentes aislados o comportamientos más sistemáticos, se debe configurar entre colegas, entre superiores y subordinados o provenir de terceros como clientes, usuarios, pacientes, alumnos, etcétera, pudiendo ir las figuras desde casos poco importantes de falta de respeto hasta actos más graves, como infracciones penales que requieren la intervención de las autoridades públicas.

Se consideró inicialmente elaborar un documento como *Directiva comunitaria* que tuviese eficacia directa vinculante, pero como los destinatarios son las organizaciones empresariales y sindicales adheridas y no los Estados miembros, su contenido puede materializarse a través de los sistemas nacionales de negociación colectiva.

Son tres los acuerdos sociales europeos entre organizaciones empresariales y sindicales que han contribuido al combate contra la violencia, siendo estos el Acuerdo Europeo sobre el Estrés Laboral de 2004, el Acuerdo sobre Violencia y Acoso de 2007 y las Directrices multisectoriales sobre violencia y acoso de terceros de 2010.

en lo que se refiere al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

⁴ Se ha hecho mención de la discriminación porque es una forma de violencia que impide el ejercicio de los derechos laborales fundamentales en el ámbito de una relación jurídico-laboral (Nota de la autora).

⁵ Según encuesta realizada a 21 500 trabajadores por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (con sede en Dublín).

⁶ Se han consultado dos Libros Verdes elaborados por la Comunidad Europea. Uno es el Libro Verde sobre la igualdad y la no discriminación en la UE ampliada, texto original terminado en mayo de 2004, Comisión Europea, Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales. El otro que debe ser al que se refiere este trabajo es el Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas en 2001.

Pero es cuestionable el valor jurídico de estos acuerdos porque no tienen fuerza vinculante en la legislación comunitaria y de los Estados, ni tampoco la fuerza legal de otros pactos y convenios que impactan en las legislaciones nacionales. Son acuerdos más con sentido informativo, promocional y preventivo que de carácter normativo.

Hay, no obstante, un resultado de referencia del Acuerdo sobre el Estrés Laboral en el Decreto Legislativo 81/2008 de Italia y en otros casos los acuerdos han sido utilizados para interpretar normas legales nacionales. Tal es el caso de España, que los ha tomado de guía en los criterios técnicos dictados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Además, la jurisprudencia se ha hecho eco de los mismos pudiendo comprobarse en algunas sentencias judiciales.

Vale la pena mencionar el siguiente texto consultado «El problema es que estos acuerdos tampoco tienen un contenido y principios coherentes y unitarios. El Acuerdo sobre el Estrés Laboral sí se enmarca claramente dentro de la Directiva Marco 89/391 de seguridad y salud en el trabajo a la que expresamente se menciona en su apartado 5. En cambio, el acuerdo de 2007 de violencia y acoso solo reconoce de modo ambiguo, a través de una simple nota a pie de página, su carácter interdisciplinar por cuanto que afecta tanto a las directivas de seguridad y salud en el trabajo como a las directivas sobre igualdad de trato. Sin embargo, en su apartado 4 no se mencionan los principios básicos de la acción preventiva y solo se hace una referencia expresa a los procedimientos de gestión de conflictos por acoso laboral. Las directrices multisectoriales de 2010 son mucho más claras a este respecto y reconocen abiertamente el carácter multidisciplinar y pluriofensivo de las conductas violentas ya que en ellas se citan tanto los derechos laborales a la dignidad y la igualdad de trato como la necesidad de evaluar los riesgos derivados de la violencia y acoso de terceros».⁷

1.3. Papel de la OIT

La organización internacional más comprometida en el combate contra las múltiples formas de manifestación de la violencia laboral es, sin lugar a dudas, la Organización Internacional del Trabajo, cuya actividad contra la discriminación y por ambientes de igualdad de oportunidades se concreta a través de declaraciones y normas internacionales, entre las que se destacan, sin ser exhaustiva la lista, la Declaración de Principios y

Derechos Fundamentales de la OIT (1998), el informe Violencia en el trabajo de 1998, revisado y actualizado en 2006, la Resolución de problemas psicológicos en el trabajo concretada en la Metodología SOLVE del año 2000⁸ y el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de servicios y medidas para combatirla (OIT, MEVSWS/2003/11).

El informe *Violence at Work* es un estudio encomendado por la OIT sobre la violencia en el local de trabajo y convoca a los países miembros a adoptar pautas de discusión sobre el problema y proponer soluciones urgentes para combatir en vías de erradicar al corto plazo este problema. La obra aborda de conjunto todos los tipos de violencia, con mayor incidencia en la física, por agresiones con armas, los robos y homicidios y la violencia sexual, donde existe alguna estadística a consultar, pero se compromete el resultado cuando trata de denunciar otros comportamientos violentos como el acoso sexual, la xenofobia, el ostracismo, el racismo, el psicoterrorismo, donde las conductas violentas más frecuentes son las intimidaciones, amenazas, persecución sistemática, ofensas verbales y gestuales, hostilidad, gritos y el silencio deliberado con tonos de desprecio.

El Programa INFOCUS de Seguridad y Salud en el Trabajo y Medio Ambiente de la OIT enmarca una nueva iniciativa conocida como *Metodología SOLVE* para abordar los factores de riesgo *psicosociales* en el trabajo, vinculados con el alcohol, las drogas, la violencia, el estrés, el tabaco y el VIH/SIDA. Este programa que se basa en la prevención, pretende dotar a los empleadores de un marco para la formulación de políticas, así como obtener los conocimientos necesarios y destrezas para abordar y prevenir los problemas antes mencionados.

Con el paso del tiempo, la metodología y el programa SOLVE se constituyeron en paquetes formativos para los trabajadores y empresarios, pero ahora su contenido ha ido en aumento. La segunda edición se basa en la experiencia adquirida con la aplicación del programa de formación SOLVE desde 2002. Ahora la OIT en 2012 promueve un enfoque más completo sobre todo para la gestión integral del estrés en las entidades. Los cinco temas originales mencionados⁹ se han revi-

⁷ Manuel Velázquez Fernández: *El tratamiento legal de los riesgos psicosociales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, 2012.

⁸ Se ha completado con modificaciones recientes incorporando otros elementos importantes para valorar los factores de riesgo de conjunto con el entramado de relaciones dentro del medio ambiente laboral y en otras relaciones comunitarias, sociales, etc., como son la actividad física, el sueño saludable, el humo de segunda mano, el estrés económico y la nutrición.

⁹ Violencia, alcohol y drogas, VIH-SIDA, estrés y tabaco.

sado y ampliado de un modo considerable a la luz de los últimos avances científicos y sobre todo de las buenas prácticas para hacer frente a los nuevos desafíos de un mundo cambiante del trabajo. Desde esta perspectiva renovadora, la nueva versión incorpora una concepción del principio de promoción de la salud mucho más extensa y heterogénea. Así, aparecen tenidos en cuenta aspectos tales como la nutrición, el sueño saludable y la actividad física.

«El punto de partida sigue siendo que todo cambio en la organización del trabajo, incluso en la *cultura del trabajo*, de especial actualidad a raíz de la crisis y las reformas laborales que se han realizado para intentar resolverla, requiere una evaluación de los factores psicosociales, que deben ser gestionados de forma cuidadosa para reducir el estrés. Pero ahora se pone un énfasis especial en las nuevas situaciones difíciles en estos tiempos de crisis-cambio y que están contribuyendo a un notable incremento del que llama *estrés económico*.

»De ahí que el curso sobre la nueva política de gestión de estos riesgos cubra de una manera muy interactiva nueve temas relacionados con la promoción de salud en el trabajo:

1. El estrés
2. La violencia psicológica y física
3. Factores de estrés económico
4. El consumo de tabaco y el humo de segunda mano
5. El alcohol y el consumo de drogas
6. La nutrición
7. El ejercicio o la actividad física
8. Sueño saludable
9. El SIDA

»También proporciona una introducción al método y se dirige a la promoción de la gestión de la salud laboral y la forma del concepto a la acción».¹⁰

¹⁰ María Rosa Vallecillo Gámez: «Los recursos educativos como ineludible y productiva clave preventiva: El Nuevo Programa SOLVE de la OIT», Anuario internacional 2012 sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo en Europa, UGT 2012.

En la Reunión de expertos¹¹ para elaborar el «Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente» celebrada en Ginebra, Suiza del 8-15 de octubre de 2003, se analizaron cuestiones de interés sin agotar su contenido, como son:

1. La mayoría de los gobiernos consideraron que el repertorio constituiría una iniciativa positiva para abordar el *estrés* y la *violencia* por los altos niveles de expresión en los diferentes países
2. Algunos representantes se refirieron a la ausencia de información mundial que muestre que la incidencia de la violencia y el estrés en el lugar de trabajo es una cuestión importante o que justifica la aplicación de una reglamentación oficial
3. La mayoría de los gobiernos que respondieron considera que el repertorio es útil para elaborar políticas y estrategias con miras a la prevención y gestión del estrés y la violencia laboral
4. El hecho de abordar el estrés y la violencia en un mismo repertorio constituye un tratamiento acertado como enfoque integrado para abordar los factores psicosociales, que no deberían tratarse aisladamente, sino que su gestión debería situarse en el contexto más amplio de un sistema de seguridad y salud en el trabajo, con un enfoque basado en un sistema de participación de los trabajadores, con herramientas de gestión de carácter general para la autofiscalización
5. Hubo sugerencias de calificar la violencia en el lugar de trabajo como un fenómeno externo y que se agreguen varios tipos de violencia, por ejemplo, los actos terroristas, las agresiones no intencionadas relacionadas con una enfermedad mental o con el consumo de drogas, aunque consideraron que era

¹¹ En el análisis del tema, respondiendo al cuestionario, participaron representantes de gobiernos designados e invitados como: Alemania, Australia, Austria, Bulgaria, Dinamarca, Eritrea, Filipinas, Finlandia, Hungría, Indonesia, Lituania, Malasia, Mauricio, México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Túnez y Zimbabwe. Nótese que solamente participó un país de América Latina que a la sazón no tenía soluciones aplicadas en la legislación nacional sobre el combate a la violencia en el trabajo. Sin embargo, ni Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, Uruguay o Chile que tienen algunas medidas adoptadas participaron en la elaboración del Repertorio de Recomendaciones (Nota de la Autora).

importante distinguir entre la violencia laboral externa e interna puesto que la externa estaba relacionada con un riesgo más alto de violencia física, y la violencia interna con formas más psicológicas de violencia (por ejemplo, abusos y discriminación), estos fenómenos requerirían medidas preventivas y enfoques diferentes.

I.4. Análisis de soluciones legales en diferentes países

Vistas algunas de las herramientas y mecanismos existentes de carácter internacional y regional, entre los que no hemos mencionado la última normativa comunitaria sobre violencia externa (2011) que permite el tratamiento al nivel nacional europeo de la violencia de género y la adopción de las leyes de igualdad, se aborda ahora la labor nacional mediante un estudio comparativo de la situación actual en algunos países seleccionados que a nuestro juicio constituye un punto de partida obligado para adoptar una visión integradora nacional, regional e internacional.

Todos los países de la Unión Europea reconocen constitucionalmente y garantizan el derecho de los trabajadores a mantenerse sanos, tanto física como mentalmente, en el trabajo y a que se respete su dignidad. Sin embargo, cuando de violencia laboral se trata, en su variante de acoso moral en el trabajo, solamente se encuentra una tutela efectiva por ley específica en Suecia, Finlandia, Bélgica, Francia, Dinamarca, así como del estudio de los factores de riesgos en el trabajo, algunos países consideran estos hechos como delito. Por la magnitud del problema y la incidencia en la salud y seguridad de los trabajadores, son varios los países que han presentado proyectos de leyes para legislar en este sentido.¹² A continuación se analiza la legislación en países seleccionados.

La regulación legal sobre el acoso moral tiene en Suecia su más elevado exponente, desde 1977 en que su Ley Básica de Prevención de Riesgos hacía referencia al hecho de que un ambiente de trabajo hostil podía tener implicaciones negativas en la salud de los trabajadores.

La norma sueca modificada en 1993, Ordenanza AFS 1999/17 sobre el acoso moral, enfatiza en el entorno organizacional y en el enfoque preventivo. La manera más efectiva de combatir el acoso en el trabajo es eliminando

la posibilidad de violencia, así como contar con un método preventivo, lo que contribuye a reducir tantas intervenciones. La aproximación preventiva es la mejor forma para evitar el problema, es la más efectiva, la única que permite intervenir antes de que se produzca la violencia. Por último se menciona que en este país el acoso moral en el trabajo está considerado un delito.

La Ley de acoso moral de Francia 2002/73 de 17 de enero de 2002 se conoce como de *modernización laboral* y en su capítulo IV trata la lucha contra el acoso moral en el trabajo (artículos del 168-180). Esta ley define el acoso moral como «acciones repetidas que tienen por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar contra los derechos y la dignidad, alterar la salud psíquica o mental y comprometer el futuro profesional del funcionario». Introdujo, además, nuevas disposiciones en el Código de Trabajo como la noción de *acoso moral* y su represión en el Código Penal.

Desde 2008, Francia comenzó a utilizar la noción de *acoso discriminatorio*. Es decir que en esta forma, no requiere actos repetidos para ser calificado como *acoso moral*.

La ley también tipifica penalmente el acoso. Además de ser una infracción a la legislación laboral, el acoso moral es también objeto de una infracción penal. El empleador puede ser perseguido en términos de legislación laboral o de legislación penal. Se ha tipificado como *delito* esta conducta, estableciendo sanciones que comprenden no solo la multa pecuniaria sino también la privación de libertad.

Más recientemente, en el 2010, se adopta por los interlocutores sociales franceses en cumplimiento de las directivas de la Unión Europea un Acuerdo sobre violencia y estrés en el trabajo, en el cual se consideran como definiciones actualizadas las siguientes: «El acoso en el trabajo aparece cuando uno o varios trabajadores son objeto de abuso, de amenazas y/o de humillaciones repetitivas y deliberadas en circunstancias vinculadas al trabajo, ya sea en el lugar de trabajo, o con ocasión o motivo de este. La violencia en el trabajo se produce cuando uno o varios trabajadores son agredidos en circunstancias vinculadas con el trabajo y se manifiesta desde la falta de respeto hasta el impedimento de alimentarse, dirigida hacia el ánimo de destruir al otro, va de la incivilitación hasta la agresión física. Puede tener la forma de agresión verbal, del comportamiento puramente sexual, de agresión física».

La labor realizada en España es de destacar ya que cuenta con una copiosa doctrina y jurisprudencia desde 2001 y regula a través de la Constitución, el Código Penal, la Ley de Prevención de Riesgos y el Estatuto de los Trabajadores, la protección contra tratos degradantes, los daños derivados del incumplimiento del deber del empleador de velar por la salud y la integridad física y mental del trabaja-

¹² Una de las obras más completas de consulta, es la escrita por Luisa Lerda titulada «La tutela jurídica del *mobbing* en algunos países europeos, Estados Unidos y Australia», publicada en *Revista Electrónica de derecho del trabajo* (en italiano).

dor, así como la dignidad, la imagen, la honra, el honor y la privacidad, y últimamente se sitúan entre los países con legislación específica contra el acoso laboral.

En enero de 2007 se aprobó la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que tipifica el acoso sexual y el acoso por razón del sexo.

España enfrenta el acoso trasponiendo las Directivas comunitarias 2000/43/CEE y 2000/78/CEE sobre igualdad en todos los órdenes, en el empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo y además utiliza el *soft law* de las NTP y los Criterios Técnicos.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales lo incluye como riesgo a prevenir, la Ley de Seguridad Social lo reconoce como enfermedad profesional y el Estatuto de los Trabajadores lo incorpora como una vulneración de un derecho fundamental del trabajador.

Se ha modificado el Estatuto de los Trabajadores y toda la legislación laboral para impedir la discriminación en el trabajo, incluyendo expresamente, y por primera vez, el acoso laboral y la no discriminación por orientación sexual, para cumplir la Directiva Europea 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo. Se invierte la carga de la prueba, de forma que es el empleador el que ha de demostrar que su actuación ha sido razonable y no discriminatoria.

En cuanto al Código penal, se tipifica el acoso laboral como *delito* (artículo 173.1), cuando en el ámbito de cualquier relación laboral y prevaleciendo de su relación de superioridad, se produzcan de forma reiterada actos humillantes u hostiles sin llegar a constituir trato degradante, estableciéndose sanción de privación de libertad de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o los medios empleados. Hasta ahora solo el acoso sexual constituía delito en el trabajo.

En fecha reciente, se publicó la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en cuyo preámbulo se destaca que «la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a este en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. Además de la mencionada atracción competencial de los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo, se unifica el conocimiento de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso».

Y continúa señalando que «se pretende asimismo dar respuesta a las exigencias de la doctrina constitucional emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre. Esta sentencia posibilita la extensión

competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. Corresponde al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de estos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador».

La Ley 143/2002 de Canadá, introdujo disposiciones en materia de acoso psicológico, con el derecho del asalariado a un medio ambiente de trabajo libre de acoso. Una sola conducta grave puede constituir acoso psicológico si daña realmente y produce un efecto nocivo continuado al trabajador.

Como el trabajador asalariado tiene derecho a un medio de trabajo libre de acoso psicológico, el empleador deberá adoptar los recursos razonables para prevenirlo, así como para detener cualquier conducta o actuación de tal índole que llegue a su conocimiento. El asalariado que se considere víctima puede acudir mediante una queja a la Comisión de Normas del Trabajo y presentar un recurso ante la Comisión de Relaciones de Trabajo.

Más tarde se presentó un proyecto de ley de violencia en el trabajo (168), incluido como capítulo 23 de los Estatutos de Ontario (2009), promulgada el 15 de junio de 2010. Contiene enmiendas a la Ley de seguridad y salud en el trabajo, para incorporar regulaciones sobre acoso laboral en el sentido de que todos los lugares de trabajo con 5 trabajadores o más, estarán obligados a aplicar medidas para prevenir y tratar la violencia laboral y el acoso. Esta ley se extendió a Quebec y ha sido efectiva en Manitoba a partir del 1 de febrero de 2011.

I.5. La situación actual en América Latina

América Latina presenta características dignas de resaltar. La violencia laboral constituye un hecho social generalizado, pero es un fenómeno no visualizado en todos los países, a pesar de ser un factor de riesgo en las relaciones de empleo y actuar en consecuencia sobre otras relaciones interpersonales. Se observa resistencia al reconocimiento, porque es una violencia en relaciones donde están presentes los entes públicos o personas jurídicas y no interpersonales, donde quien tiene la obligación de proteger es quien ocasiona el daño, pero sin base científica es imposible estudiar el fenómeno. Todavía la violencia laboral no

se trata en todos los países como un factor organizacional, sino que se sigue observando como el resultado de una conducta y comportamiento narcisista e individual de un sujeto contra otra persona y no se observa interés en conceptualizarla para sancionar leyes.

A finales del año 2012, en México se agregó a la Ley Federal del Trabajo, como garantía de la protección a los trabajadores ante fenómenos laborales que les afectan, un artículo en concreto (3 *bis*), que define los conceptos de *hostigamiento* y *acoso sexual*. La fracción XII del artículo 133 determinó específicamente la prohibición a los patrones de acosar a sus trabajadores, y la fracción XIII establece la responsabilidad del patrón frente al acoso en su empresa o centro de trabajo, aún cuando él no la haya ocasionado y sea propiciada por sus trabajadores.

Es importante destacar la promulgación de la Ley de las Mujeres para una vida sin violencia por el Honorable Congreso del Estado de Durango de 13 de enero de 2012, que se refiere a la violencia de género y en su texto define qué se entiende por *acoso moral en el trabajo* y por *violencia de género en el ámbito laboral*.

En cuanto a Brasil, el Código Penal aplica sanción por acoso sexual, pero el acoso moral todavía no forma parte de una legislación específica de nivel nacional. La legislación específica sobre acoso moral se limita a la administración pública municipal y estadual.

Hay leyes contra acoso moral en trescientos cuarenta municipios. San Pablo es el estado de mayor población del país, con más de 41 millones de habitantes y está casi totalmente cubierto por legislación estadual y municipal. La región del Sudeste y del Sur son las que tienen más leyes aprobadas, además de ser las de mayor cantidad de población con un total de más de 80 millones de habitantes. Actualmente se encuentra en discusión el proyecto de Ley 7.202/2010 que incluye el acoso moral como accidente del trabajo.

El día 2 de mayo se ha declarado por ley como *Día de combate al acoso moral*. Los tribunales regionales de trabajo de Bahía, Espírito Santo, San Pablo, Minas Gerais y Río Grande del Sur han creado una jurisprudencia por acoso moral, abusos y violaciones de los derechos humanos.

Es de destacar la actividad de las organizaciones sociales y sindicales, por lo que aún sin una ley de carácter federal, podemos mencionar el acuerdo negociado entre dos centrales obreras, CONTRAF y CUT con BRADESCO,¹³ que

trajo como resultado un *protocolo* para prevenir el conflicto en el ambiente de trabajo, así como la Ley 11948 de 16 de junio de 2009, en el sentido de no ejecutar préstamos a las entidades que hayan sido sancionadas por actos de acoso moral en el trabajo.

La solución hallada en Ecuador ha sido a través de la norma constitucional, que en el título II, capítulo sexto Derechos de libertad, artículo 66, regula el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad.

En Bolivia, las regulaciones aparecen en su Constitución, recientemente aprobada. Marca un hito para el resto de los países de la región el hecho de que en su artículo 49, la Constitución defina que el Estado protegerá la estabilidad laboral, «prohibiéndose el despido injustificado y toda forma de acoso laboral».

Por otra parte, Argentina a nivel nacional no cuenta con una ley específica, sin embargo existen normas en las diversas provincias que tratan el tema, en la mayoría se contempla la situación dentro del sector público, exceptuando en la provincia de Entre Ríos, que es comprehensiva del sector público y privado.

En Uruguay se aprobó definitivamente en agosto 2009 la Ley 18.561 para tipificar como *falta laboral grave* la violencia moral en el trabajo, conjuntamente con el acoso sexual, brindando además protección frente al despido en estos casos.

En cuanto a Chile, el 8 de agosto de 2013 comenzó a regir la ley relativa al acoso laboral (Ley 20.607), la cual introduce modificaciones en el Código de Trabajo vigente. Antes de la mencionada ley, no existía regulación específica sobre este tema en Chile. Los aspectos relevantes de la ley, se refieren a la definición de *acoso laboral* y las acciones a adoptar contra quien cometa dicho acto, pudiendo ser despedido sin derecho a indemnización por años de servicio, ni indemnización sustitutiva del aviso previo.

En Venezuela, el marco legal contempla la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (2005) con su Reglamento Parcial (2007), la Ley

¹³ El sector bancario brasileño es considerado uno de los más violentos en el país, ya no por las acciones derivadas de la violencia externa,

sino la que se comete internamente en el concepto de acoso moral en el trabajo.

sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007) y la Ley Orgánica de los trabajadores y trabajadoras (LOTTT de 2012), complementada por un Reglamento parcial puesto en vigor en 2013.

La Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, constituye la primera ley al nivel nacional en un país latinoamericano que norma todo lo relativo al acoso moral en el trabajo, desde la seguridad y salud en el trabajo.

La Ley Orgánica del Trabajo, de trabajadores y trabajadoras (LOTTT de 6 de mayo de 2012), incorpora las definiciones de *acoso laboral* y *acoso sexual* y en el artículo 166 destaca las acciones contra el acoso laboral o sexual por parte del Estado, las organizaciones sociales, los patrones y patronas.

En Colombia se acogió en 2006 la Ley 1010 por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo de los que realicen sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública y aclara que no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa.

Para concluir, Cuba no cuenta con una legislación específica referida a la sanción del acoso laboral, no lo define e incluso, existen muy pocas reclamaciones ante los tribunales sobre esta figura. No obstante, el sistema de justicia laboral, puesto en vigor por el Decreto Ley 176 de 1997, completado con la Resolución Conjunta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Tribunal Supremo Popular del mismo año, reconoce como *violación de la disciplina laboral* el maltrato de palabra u obra a superiores, compañeros de trabajo y terceros en ocasión o con motivo de la actividad laboral, y la legislación aplicable a los cuadros y funcionarios, reconoce iguales violaciones de la disciplina laboral de estos respecto a los trabajadores subordinados, en ocasión o con motivo de la actividad laboral.

I.6. Tratamiento de la violencia laboral

El sector que en todos los estudios se considera como el de mayor violencia psicológica en el mundo, es el de la Administración Pública. La incidencia de este sector en las estadísticas de violencia provocó el estudio de la OIT conocido como «*Violence at Work*» y el Repertorio de Recomendaciones prácticas sobre la violencia en el

lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla (2003), que tiene por objeto facilitar pautas generales de orientación para tratar el problema de la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios.

Sin embargo, América Latina se diferencia del resto de las regiones por el incremento de la violencia en las empresas productivas y de servicios subsidiarias de las grandes transnacionales (*Walmart, McDonald, Carrefour*, los Bancos más importantes), que como todos conocemos, impiden la creación de sindicatos, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho colectivo de representación sindical y, por tanto, los hechos de violencia que ocurren ni son *visualizados* ni *identificados*.

Para que la sociedad enfrente el fenómeno, se hace necesario un proceso de información y formación que contribuirá en definitivas a la creación de un instrumental jurídico que sirva a todos los operadores del derecho. Es necesario que tanto los jueces que administran justicia como los abogados litigantes, conozcan y se capaciten en todo lo relativo a las causas y consecuencias de la violencia psicológica, ya sea en la administración pública, en la empresa productiva pública o privada, en las escuelas, hospitales y otras esferas de los servicios. Por tanto, es especialmente interesante un trabajo de reflexión intenso y detallado por parte de la doctrina, puesto que ya es posible detectar, de un análisis de los pocos ejemplos de lo que hoy disponemos, los principales problemas que se están planteando y que frenan una comprensión adecuada, por parte del derecho, dificultando una aplicación efectiva de la legislación existente para reprimir o sancionar convenientemente tales comportamientos.

II. Conclusiones

Son más los países que carecen de una legislación específica y que tratan de resolver la necesaria protección a través de un proceso de reforma de la legislación vigente o mediante la autorregulación y últimamente a través de los modelos promocionales, aunque no hay fronteras definidas y puede haber una mistura de los diferentes modelos a favor de la protección de las víctimas de tales conductas abusivas y dañinas de la salud de las personas.

Hay países que ya cuentan con un avance legislativo importante, caracterizado por referencias de carácter constitucional y normas laborales, civiles y penales, que asegura un marco legal para proteger a la víctima de tales acciones, aunque sería recomendable cierta unificación de los cuerpos legales vigentes para evitar la dispersión

normativa que en ocasiones pudiera arrojar dudas de aplicabilidad en el juzgador.

De una forma u otra, todos los países cuentan con armas legales e institucionales para afrontar el problema en sus múltiples perspectivas, basados en el respeto a los derechos humanos tales como la dignidad, la honra, el honor, la integridad física y mental, que son atacados directamente en un ambiente de violencia laboral, sobre todo en el orden psicológico, en su manifestación de acoso laboral.

Tanto desde una perspectiva de la legislación vigente como de las propuestas legislativas, existe un clarísimo primado de la tutela preventiva y, paradójicamente, de la tutela penal, ya que al adscribir la violencia y el acoso como tratos degradantes hay una fuerte corriente hacia la *penalización* del derecho laboral, lo que a nuestro juicio limita el uso de las herramientas propias del derecho laboral, desviando la tutela de esta rama, hacia la acción de la justicia penal, en algunos casos, con sanciones extremas que tampoco parecen ser suficientes a los fines de la prevención y la educación.

Se precisa de la labor coordinada y consciente de los especialistas, investigadores y profesionales para garantizar una doctrina que pueda proporcionar los principios, fundamentos y razones para que las normas que regulan la materia, proporcionen la debida protección a la víctima, evitando por su ausencia o por «doctrinas falsas y negativas» consecuencias nefastas hacia la seguridad y salud de los trabajadores, ya que estas conducen a la confusión por parte de los jueces y, en última instancia, se traducen en indefensión para la víctima.

revista *Trabajo y Derecho*, No. 43, Colombia, 2007, pp. 169-215.

McDONALD, Andrea Fabiana: *El mobbing o violencia laboral en el derecho laboral internacional*, [s.d.e.], Argentina.

MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela: *El acoso laboral y la reforma laboral de México del 2012*, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, [s.a.].

MUÑOZ ASTUDILLO, Manuel: *Mobbing en Chile. Concepto, tratamiento legal y juicio*, Chile, 2006.

OIT: *Programa Infocus de seguridad, salud en el trabajo y medio ambiente*, Programa SOLVE, Oficina Internacional del Trabajo, 2004.

-----: *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente*, Ginebra, Suiza, 2003.

Revista Brasileña de Salud Ocupacional (dedicada al acoso moral en el trabajo), Vol. 37, No. 126, julio-diciembre 2012.

TREVIÑO GHIOLDI, Susana: *El acoso sexual en el marco del derecho penal del trabajo*, Asociación de Empleados del Comercio, Córdoba, Argentina, 2006.

-----: «Legislación nacional e internacional. Violencia laboral Rosario», <http://violencialaboralrosario.com> (9 de diciembre de 2011).

YANES, Douglas: *Aproximación al tema de mobbing o acoso laboral y su regulación legal en Venezuela*, Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela, 2004.

-----: *Mitos y Realidades del Avance Legislativo en Materia de Acoso Laboral en Venezuela (Período 1999-2009)*, <http://sst-duglasyanes.blogspot.com> (8 de abril de 2011).

* * * * *

III. Referencias bibliográficas

BARRAGÁN CISNEROS, Velia Patricia, Carlos Sergio QUIÑONES TIOCO *et al*: *Del acoso moral en el trabajo. Perspectiva constitucional, legal, organizacional y política*, UJED, Editor Flores y Distribuidor, México, 2011.

BARRETO, Margarida: *Violência, Saúde e Trabalho (uma jornada de humilhações)*, PUC-SP y FAPESP, São Paulo, Brasil, 2003.

DI MARTINO, Vittorio y Duncan CHAPELL: *Violence at work*, OIT, Ginebra, 1998.

FELKER, Reginald: *Daño moral. Acoso moral. Acoso sexual en las relaciones de trabajo*, 3ª. edición, LTr, São Paulo, Brasil, 2010.

GUEVARA RAMÍREZ, Lydia: *Una mirada al mundo del trabajo*, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, 2010.

GUEVARA RAMÍREZ, Lydia: «Factores psicosociales y organizacionales y su influencia en la salud ocupacional»,

El derecho a mantener la ocupación del inmueble por los ocupantes, no herederos ni legatarios, tras el fallecimiento de su titular: ¿Acaso un nuevo derecho real?

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

SUMARIO

I. La libre disposición por causa de muerte de la vivienda de residencia permanente como postulado cardinal del Decreto Ley 288/2011. II. El destino de los ocupantes, no herederos ni legatarios, a la muerte del titular del inmueble. II.1. La atribución por causa de muerte, a título particular y *ex lege* del derecho a mantener la ocupación del inmueble a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios. II.2. Disquisiciones sobre la naturaleza de tal derecho: ¿personal o real? II.3. Contenido y alcance del derecho. II.4. ¿Supone la atribución *ex lege* a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios, del derecho de mantener la ocupación del inmueble, tras el deceso del propietario, una vulneración legal de la intangibilidad cualitativa de la legítima, reconocida en el artículo 492.2 del Código Civil, en el supuesto de que el beneficiario de la vivienda fuere un legitimario? III. A modo de epítome. IV. Bibliografía

I. La libre disposición por causa de muerte de la vivienda de residencia permanente como postulado cardinal del Decreto Ley 288/2011

No quisiera ser reiterativo de lo que ya he explicado en otra ocasión:¹ el principio del que se informa el Decreto Ley 288/2011, de 28 de octubre, es la libre disponibilidad por causa de muerte de la vivienda de residencia permanente, en tanto que la Ley General de la Vivienda, siempre consagró, desde su prístina redacción, similar principio en sede de vivienda de descanso. *Ergo*, el titular de su vivienda puede disponer *ad libitum* de esta a favor de la

persona que desee, sin más cortapisas que la que pudiese imponer la existencia de legitimarios *ex* artículos 492 y 493 del vigente Código Civil, de ser la vivienda el único bien del que fuere titular al momento de su deceso, o de superar el valor de esta, el 50 % de todo su patrimonio, en tanto los legitimarios o especialmente protegidos tendrían a su favor el ejercicio de las acciones conducentes a la protección de la legítima (*v.gr.*, la nulidad de la institución de herederos o la reducción de los legados atribuidos, si entre estos estuviere la vivienda).

Prima pues el derecho de herencia frente al de ocupación, que se había erigido en obstáculo insalvable para la adjudicación de un inmueble por aquellos herederos que al deceso del titular no estuvieren ocupando el inmueble. La razón que sustentó esta posición y que trae causa de la Ley de Reforma Urbana y sus múltiples normas complementarias era la tuición de aquellos que habían mantenido con el titular una ocupación continua y estable, a quienes incluso el legislador del Código Civil de 1987 les favorece con la transmisión también por causa de muerte, dispuesta *ex lege* y a título singular, de los bienes indispensables para el mantenimiento de la vida en el hogar, o sea, los enseres domésticos o menaje familiar, hoy todavía derecho vigente (véanse artículos 542 al 544 del Código Civil).

Los ocupantes del inmueble fueron favorecidos por el legislador de la leyes generales de la vivienda, principio inviolable durante toda la vigencia de ambas leyes (la de 1984 y la de hoy, aún vigente), hasta la entrada en vigor, en fecha reciente, del Decreto Ley 288/2011.

¿Qué se ha entendido por ocupación?

Ha sido la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo quien ha intentado definir la *ocupación*, en esencia, en función interpretativa de las normas de la Ley General de la Vivienda, conectadas con el fenómeno sucesorio, en tiempos en que la ocupación desplazaba el derecho de herencia. Una buena parte de estas sentencias fueron dictadas para solucionar litis establecidas en la instancia con motivo de la impugnación de títulos formales notariales en que se instrumentaba la adjudicación hereditaria. Interpuestas las demandas por ocupantes no herederos, frente a los herederos, respecto de los cuales se alegaba la improcedencia de la ocupación que habían manifestado —o probado en el mejor de los casos—, ante el notario autorizante de la escritura pública de adjudicación.²

¹ Así lo he dicho en mi artículo «Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el Derecho cubano: Un atinado giro copernicano» (inédito).

² Téngase en cuenta que también en sede judicial, por la vía del contencioso administrativo, se conocían las demandas inter-

La ocupación en tal sentido se entendió como una situación fáctica, de connotación jurídica que genera derechos subjetivos, o sea, el derecho a adjudicarse con preferencia un inmueble, incluso frente a los herederos del titular.

Se calificó como una situación fáctica. Para el Tribunal Supremo la ocupación es una *situación de hecho* (Sentencia 198 de 30 de marzo de 2006, Sentencia 1 de 22 de enero de 2009), *física* (Sentencia 181 de 15 de marzo de 2005, Sentencia 234 de 31 de marzo de 2005, Sentencia 367 de 31 de mayo de 2005, Sentencia 602 de 14 de septiembre de 2005, Sentencia 231 de 28 de julio de 2008, Sentencia 64 de 30 de marzo de 2009), *materia* (Sentencia 1 de 22 de enero de 2009, Sentencia 10 de 23 de enero de 2010), implica que el inmueble es el lugar «donde la persona desenvuelve su realidad cotidiana, el sitio donde concreta su existencia» (Sentencia 231 de 28 de julio de 2008), «donde habitualmente (...) realiza las actividades necesarias para el desarrollo de su vida doméstica» (Sentencia 173 de 30 de mayo de 2008), llamada dicha persona, de esta manera, ocupante. Pero también la ocupación ha de ser *permanente* (Sentencia 367 de 31 de mayo de 2005, Sentencia 602 de 14 de septiembre de 2005, Sentencia 64 de 30 de marzo de 2009) o *ininterrumpida* (Sentencia 234 de 31 de marzo de 2005, Sentencia 231 de 28 de julio de 2008) y *estable* (Sentencia 367 de 31 de mayo de 2005).

Actualmente, tras las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 288/2011,³ la ocupación como categoría jurídico-inmobiliaria subsiste, lo que sin el protagonis-

mo del que disfrutaba en el régimen jurídico anterior, de modo que la prueba de su existencia no es presupuesto ni para impugnar adjudicaciones hereditarias, ni para reclamar ante los tribunales competentes un derecho preferente de adquisición de un inmueble.⁴ En corres-

⁴ Cabe citar entre otros pronunciamientos del Alto Foro en ese sentido, a guisa de ejemplo, los siguientes:

«Aun tratándose de sucesión intestada, es exigible al heredero que pretenda adjudicarse la vivienda que fuere propiedad de su causante, la ocupación física estable y permanente del inmueble; y en el caso, estamos en presencia de sucesión testada donde el recurrente, instituido heredero universal de la causante, no reside en la vivienda controvertida, por lo que tal condición le resulta ineficaz para adjudicársela en atención a lo que establece el artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, pues el inmueble quedó ocupado por otras personas al fallecimiento de su titular». Sentencia 367 de 31 de mayo de 2005, segundo Considerando (Ponente González García).

«Alegada por la casacionista la infracción por aplicación indebida del artículo sesenta y siete inciso ch) del Código Civil en relación con el setenta y seis de la Ley General de la Vivienda ello no acontece, ya que en el caso, instada la nulidad de la Escritura Pública quinientos noventa y uno de fecha trece de junio del dos mil tres sobre Aceptación de Herencia y Adjudicación de Vivienda sobre la base de que la heredera del propietario del inmueble no ocupaba la vivienda al ocurrir el fallecimiento de aquel, en buena hermenéutica jurídica habría que colegir que era prohibitivo otorgar la escritura cuando no se cumple con uno de los requisitos que exige la ley especial en la materia». Sentencia 636 de 6 de octubre de 2005, segundo Considerando (Ponente Díaz Tenreiro).

«Teniendo en cuenta que el legatario instituido en Testamento Notarial otorgado por el propietario, solo podrá adjudicarse la vivienda en los supuestos a que se refieren los incisos a) y b) del artículo setenta y seis de la Ley General de la Vivienda, supuestos fácticos vulnerados en el acto jurídico contenido en la Escritura Pública (...) sobre Aceptación y Adjudicación de Herencia, mediante la cual el demandado se adjudicó la vivienda objeto de la litis, y por consiguiente al realizarse en contra de una prohibición legal adolece del vicio de nulidad previsto en el artículo sesenta y siete inciso ch) del Código Civil, puesto que la referida vivienda no quedó libre de ocupantes al fallecimiento de su propietario, ni el legatario instituido la ocupaba con esa oportunidad, quedando demostrada la condición de conviviente del demandado, no heredero, en el inmueble de litis en virtud de la Resolución (...), desde el año mil novecientos noventa y cinco hasta la actualidad, confirmada por la sentencia (...), dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana y la (...) dictada por igual Sala del Tribunal Supremo Popular, de lo que resulta la ineficacia de la Escritura Pública de cuya nulidad se trata». Sentencia 111 de 31 de marzo de 2008, primer Considerando de la segunda sentencia (Ponente L. Hernández Pérez).

«La sentencia dio por sentado que la recurrente no ocupaba la vivienda al fallecer la propietaria y testadora de la misma, así como que quien la ocupaba en ese momento fue el hijo de aquella y padre

puestas contra las resoluciones administrativas (dictadas por las direcciones municipales de la vivienda) por las que se había adjudicado la vivienda a un heredero, en razón de tener mayor necesidad habitacional, frente al resto de los herederos, en supuestos en que ninguno era ocupante del inmueble, al momento del deceso de su titular [art. 77 b)] e igualmente en esta sede se conocían de las impugnaciones establecidas por los herederos no ocupantes de las resoluciones administrativas que le reconocían el derecho a la transferencia de la propiedad de la vivienda, a favor de los ocupantes no herederos, que reunían los requisitos establecidos en el art. 78 de la Ley General de la Vivienda, precisamente para desvirtuar la ocupación o el cumplimiento de algunos de los requisitos establecidos *ex lege* y, en consecuencia, probar que al momento del fallecimiento del titular el inmueble estaba ocupado por personas sin derecho a reclamar la transferencia de la titularidad del inmueble a su favor. Ello a los fines de interpretar la norma, de modo que les favoreciera al superar el obstáculo que la norma imponía a los herederos cuando al deceso del titular, el inmueble estaba ocupado por terceros.

³ Conforme lo he expresado en mi artículo (*cit*).

pondencia con el artículo 24 de la Constitución, la nueva norma legal, al modificar la Ley General de la Vivienda, da preeminencia al derecho de sucesión por causa de muerte sobre la ocupación y ello no solo responde a un sentido jurídico-formal, sino en esencia, a los cambios que operan en la sociedad cubana. Suficiente con probar que no se ostenta la titularidad de otra vivienda de residencia permanente, para tener derecho a adjudicarse por sucesión *mortis causa* una vivienda de la cual se es heredero o legatario.

Empero, no quiso el legislador dejar desprotegidos a los ocupantes del inmueble y en tal sentido ha reconocido un peculiar derecho a quienes, con el consentimiento del propietario, hubieren estado ocupando el inmueble al menos, cinco años antes del fallecimiento de este (véase artículo 77.4).

II. El destino de los ocupantes, no herederos ni legatarios,⁵ a la muerte del titular del inmueble

Obsérvese que el legislador hace referencia a ocupantes, y no a convivientes. *Ergo*, se trata de personas que sin ser herederos, aun cuando puedan ser parientes allegados o no del titular, pues la norma no discrimina, ocupaban el inmueble al deceso de este, ocupación que ha de haberse prolongado por lo menos por cinco años, al fallecer el titular. No es necesario que esa ocupación lleve consigo convivencia con el titular, o sea, que el titular y los ocupantes no herederos hayan vivido conjuntamente en el inmueble. El titular del derecho de propiedad, por tal concepto, puede haber vivido o no en el inmueble. Por no vivirlo,

no pierde tal titularidad. No da respuesta, sin embargo, el legislador, a las situaciones de cotitularidad, o sea, cuando hay más de un propietario sobre el inmueble y fallece uno de ellos, en tanto el *supérstite* pretende dar por terminada la ocupación de dichas personas sobre el inmueble del cual ostenta la titularidad sobre una de las cuotas (en situaciones de copropiedad por cuotas o titularidad indivisa sobre un mismo bien inmueble).

No obstante, en principio, es evidente el *animus legislatoris* favorecen a toda costa a los ocupantes del inmueble, de modo que estos nada reclamen al Estado, por motivo del fallecimiento del propietario, cuando el heredero o herederos adjudicatario(s) pretenda(n) poner fin a la ocupación que venían detectando con el asentimiento del otrora titular, quien, no obstante, en vida sí que pudiera haber ejercitado el derecho que le franquea el artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, salvo en los casos a los que se contrae el artículo 65, situaciones que en los últimos tiempos el Tribunal Supremo valoró casuísticamente y con el verdadero tono de excepcionalidad que la norma les dota. O sea, como primera nota característica, hay que acotar que los ocupantes a los que se refiere el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, según la redacción dada por el artículo 3 del Decreto Ley 288/2011, no tienen por qué coincidir con los sujetos protegidos del cese de convivencia a que alude el artículo 65 de la propia ley, por lo que el titular en vida, en cualquier momento pudo promover el cese de la ocupación, o de la convivencia, en un sentido estricto, si ambos hubieren vivido juntos. Resulta verdaderamente demasiado abarcador, como ahora constataremos, los sujetos que pudieran resultar beneficiados con el derecho reconocido *ex lege* a su favor en el citado artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda.

II.1. La atribución por causa de muerte, a título particular y *ex lege* del derecho a mantener la ocupación del inmueble a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios

Se trata, sin dudas, de un verdadero derecho subjetivo reconocido a favor de los ocupantes, no herederos, quienes tan solo tienen que probar la ocupación, ni tan siquiera la convivencia, en el inmueble del cual fuera titular el causante, al menos cinco años antes del fallecimiento, siempre que la ocupación hubiere sido con el consentimiento del propietario. Implícitamente doy por sentado que para el reconocimiento de tal derecho, es necesario no tener otra vivienda de residencia permanente en propiedad, pues de tenerse, no habría motivo, ni justo, ni legal, para que a su favor se le reconozca a un sujeto, el derecho a mantener la ocupación de un inmueble de titularidad ajena. De ser titular de una vivienda situada en zona de descanso, si bien,

de la no recurrente, situación fáctica determinante por la que se ha de estar y pasar, que impedía al heredero testamentario la realización del acto de adjudicación de conformidad con la letra del artículo setenta y seis, ya que no se daba ninguna de las dos posibilidades, para que el heredero testamentario pudiera adjudicarse la vivienda, pues la del caso ni era ocupada por la heredera testamentaria, ni quedó libre de ocupantes; sin que ninguna trascendencia tenga sobre ese impedimento el fallecimiento posterior del ocupante; cuando lo que ha de tenerse en cuenta a los efectos del derecho de los herederos del propietario es la situación del inmueble al justo y preciso momento del deceso de aquel». Sentencia 163 de 30 de mayo de 2008, tercer Considerando (Ponente Acosta Ricart).

5 Es dable aclarar que cuando me refiero en este estudio a los ocupantes, no herederos ni legatarios, lo hago en el sentido de que no sean los herederos ni los legatarios del titular de la vivienda, respecto de esta, lo cual no quiere decir, en modo alguno que lo sean en otros bienes de aquel. Es a los efectos de la vivienda en lo que ellos no son ni lo uno ni lo otro.

según el dictado literal de la norma, pudiera el ocupante, no heredero, resultar beneficiado con dicho derecho, su propia excepcionalidad conculcaría con la acreditación de la titularidad sobre otra vivienda, aunque esta la destinare al descanso o veraneo, pues repugnaría el sentido ético y a toda lógica jurídica que reclame la ocupación de una vivienda, para ocuparla permanentemente, con la consiguiente afectación que ello trae consigo para el derecho real de propiedad, del cual es titular el nuevo adjudicatario por causa de muerte, cuando se ostenta la titularidad sobre otra vivienda, a la que se quiere mantener insistentemente destinada a descansar o veranear y en la que muy bien pudiera fijarse la residencia permanente.

Analicemos con detenimiento la naturaleza de la atribución de tal derecho. En primer orden, se trata de un derecho subjetivo atribuido *ex lege*. No es el titular del inmueble el que atribuye el mencionado derecho. Pudiera el propietario, eso sí, imponer por vía de modo al legatario o heredero a quien le atribuye su vivienda de residencia permanente, ex artículo 55 del Código Civil, el derecho a ocupar el inmueble a un tercero, mientras esa persona viva o por un tiempo determinado. Tal tercero, pudiera ser una de las personas que venía ocupando el inmueble, y que no beneficia el titular testador, con la vivienda, ni por herencia, ni por legado, pero también cabe que a través del modo, quiera el disponente por causa de muerte, beneficiarle, aun cuando este último, ni tan siquiera hubiera ocupado nunca el inmueble. Ello en todo caso en el reino de las hipótesis, es posible, nada constriñe al testador a actuar de otra manera. Ahora bien, el derecho que se reconoce en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, tal y como ha quedado redactado por el Decreto Ley 288/2011 es de indudable atribución legal. Es el legislador quien se lo atribuye al o a los ocupantes, precisamente si logran demostrar ocupación del inmueble con la anuencia del titular (lo mismo expresa, que tácita, por lo menos cinco años, antes de su fallecimiento). Empero, aun sea de atribución legal el derecho, no quiere decir ello que se constituye legalmente. De este modo el titular del derecho, aun cuando no puede exigir su creación que es por disposición de ley, sí que puede interesar su constitución y ello a los fines de la publicidad que merece (en dependencia de la naturaleza que definitivamente se le confiera). Así, el derecho podría ser constituido voluntariamente por acuerdo del titular y del gravado (heredero o legatario de la vivienda), o por vía administrativa por resolución dictada a tal fin (ante las correspondientes direcciones municipales de la vivienda) o judicial, de existir controversia sobre ellos sobre su misma concurrencia, supuesto en el cual la resolución judicial servirá de justo título formal acreditativo del derecho.

Igualmente el derecho atribuido *ex lege*, lo es por causa de muerte. El derecho no está reconocido como tal en vida del titular del inmueble. Este, en cualquier momento puede promover un cese de convivencia –aunque *rectius* no con-

viva con la persona que ocupa su inmueble–, para lo cual le es dable ampararse en el artículo 64 de la Ley General de la Vivienda. El ejercicio de tal acción, aún sin éxito, es prueba irrefutable de que tal ocupación ya no era con la anuencia del titular, aunque por supuesto si se les permitió entrar en el inmueble era porque su titular estuvo, de inicio, conteste. Suficiente, no obstante, que se demuestre que el titular ya no toleraba tal ocupación, para que no se le pueda reconocer a su favor el derecho previsto en el artículo 77.4. Quedaría por dilucidar cómo interpretar el supuesto en que, promovido el cese de convivencia, este fuere denegado por la instancia administrativa y ratificado por la judicial al amparo del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, pues en tales casos está claro que judicialmente se ha protegido al ocupante, pero igualmente la ocupación a que alude el artículo 77.4 no ha operado con «el consentimiento del titular», sino en contra de su voluntad. ¿Habría entonces que entender que al fallecimiento del titular le sea atribuido el derecho a «mantenerse en la ocupación del inmueble»? Lo cierto es que el derecho nace por causa de muerte. En vida del titular este puede poner fin a la situación del ocupante, llamado *conviviente* por la Ley General de la Vivienda, cuando el titular pretende extraerlo del inmueble y que cese su ocupación, o en todo caso *convivencia* (en el supuesto de que el titular conviva con el ocupante), lo que ha dado por entender el legislador cuando en el artículo 64 faculta al propietario a dar por terminada la convivencia, siendo lo cierto que realmente lo que pretende el propietario es dar por terminada la ocupación, que en una buena parte de los casos deviene en convivencia si el ocupante *convive*, o sea, vive juntamente con él o los titulares del inmueble. Fallecido el propietario, nace el derecho a favor de los ocupantes, ejercitable frente a todos, incluidos por supuesto los herederos de aquel, de que se les mantenga en la ocupación del inmueble, lo que pudiera llevar también a una futura *convivencia* forzosa o *ex lege* con los herederos o igualmente legatarios del finado propietario. Es la muerte de este último lo que lleva al legislador a la atribución de tal derecho, como si quisiera reforzar la situación de tales ocupantes, ante el cambio de circunstancias que opera con el advenimiento de los sucesores por causa de muerte, quienes se adjudicarían el inmueble, eso sí, respetando el derecho constituido a favor de aquellos que también eran ocupantes de dicho inmueble en vida de su causante.

Agréguese, que se trata además de un derecho atribuido a título particular. Los ocupantes reciben como una atribución legal, a la muerte del propietario del inmueble que venían ocupando, el derecho a continuar o prolongar indefinidamente la ocupación, algo similar al llamado legado *legal*, o sea, a aquellas atribuciones por causa de muerte y a título singular que reciben por ley determinadas personas vinculadas con el causante de algún modo. No obstante, esta situación se puede tornar mucho más compleja cuando se trata de situaciones de cotitularidad, obviadas

en este tema, como en tantos otros, por las normas jurídicas sobre la vivienda.

Doy por sentado que los ocupantes de un inmueble, para que puedan permanecer en él en tal condición, han de tener el asentimiento de todos los propietarios, pues autorizar la ocupación supone un acto de administración, para los cuales, según el dictado del artículo 164.2 del Código Civil «se requiere el consentimiento de la mayoría de los copropietarios y, en su defecto, la autoridad competente, a instancia de parte, resuelve lo que corresponda, incluso nombrar un administrador». *Ergo*, en situaciones de cotitularidad para que una persona ocupe un inmueble tienen que asentir la mayoría de los titulares, mayoría que se calcula según dispone el apartado 2 del mismo artículo citado, en proporción a lo que representa el valor de la cuota de cada uno de los condóminos. En defecto de tal mayoría, la autoridad competente –a mi juicio, la judicial–, determinará cómo proceder. De ese modo, en el supuesto de que todos los copropietarios asintieron la ocupación, ¿qué situación resulta del hecho de que haya fallecido uno de los condóminos y el resto quiera dar por terminada la ocupación? ¿le es dable a ellos dar por concluida dicha ocupación, o convivencia, según proceda, al amparo del artículo 64 de la Ley General de la Vivienda o prevalece el derecho reconocido en el artículo 77.4 de la propia ley? ¿se trata de un derecho declarado *ex lege* para situaciones de titularidad única, a cuyo tenor se protege al ocupante frente a los sucesores por causa de muerte de ese único titular, devenidos luego, nuevos propietarios? Esta situación verdaderamente se convierte en un dédalo jurídico. ¿La muerte de uno de los condóminos hace nacer este derecho para los ocupantes frente al resto de los condóminos? ¿Supone ello que si se desea poner fin a la ocupación es necesario que se ejercite la acción antes del fallecimiento de cualquiera de los condóminos, aunque este no tuviere mayoría en la copropiedad constituida? De ser así, no tendría sentido alguno que los propietarios pudieran en cualquier momento poner fin a la ocupación y que la muerte de uno solo de ellos, lo impida, dado que al morir un condómino y ser sucedido por quienes tuvieran, a su muerte, derecho a ello, el reconocimiento del derecho previsto en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, enervaría toda posibilidad, de modo que el resto de los condóminos –en el supuesto en que resultaren ser la mayoría– tendrían que respetar el derecho de los ocupantes a mantener la ocupación del inmueble, aun en contra de esa masa de copropietarios que infructuosamente verían esfumar toda posibilidad de poner fin a la ocupación.

Por último, dada la singular naturaleza de este derecho, no cabe duda de que se trata de un derecho intransmisible por cualquier título. En efecto, el titular del derecho no lo puede ceder a ningún tercero, ni tampoco es transmisible por causa de muerte. Tan solo serán titulares del *derecho*

a *mantener la ocupación del inmueble*, los que lo ocupaban, por lo menos cinco años antes del fallecimiento del titular, con su anuencia. Al fallecimiento del ocupante, se extingue el derecho. Si él había mantenido la ocupación con el nuevo titular, no nace para sus respectivos causahabientes (me refiero a los del ocupante), derecho alguno a su fallecimiento, este fenece con su titular (dado su carácter vitalicio), con independencia de que a su deceso queden otros ocupantes en el inmueble, titulares en igual concepto del mencionado derecho.

II.2. Disquisiciones sobre la naturaleza de tal derecho: ¿personal o real?

Ahora bien, ¿cuál es la verdadera naturaleza del derecho que se viene estudiando? Determinarla nos permitiría ubicar su régimen jurídico. No quepa duda que su delimitación supondría para cualquier jurista un verdadero quebradero de cabeza. Lamentablemente nuestras normas jurídicas carecen de una exposición de motivos de las cuales puedan colegirse la *ratio legis*, o al menos, el *animus legislatoris*. El legislador ha dotado a los ocupantes con un derecho que les permite mantener la ocupación. Hemos repasado ya cómo el Tribunal Supremo la ha definido. En tal orden, se impone deslindar la ocupación como aquella situación fáctica, de vocación permanente e ininterrumpida, respecto del lugar en el que una persona desarrolla sus actividades domésticas y cotidianas, situación fáctica que por los efectos que en Derecho provoca, deviene en situación jurídica, del derecho subjetivo derivado de esta que el ordenamiento legal reconoce al sujeto inmerso en ella. O sea, creada y reconocida la situación jurídica, de la ocupación emana un derecho subjetivo para el ocupante. Derecho que a su vez, según su atribución legal, es oponible frente a terceros, o sea, no solo frente a los herederos o legatarios del titular del inmueble, sino ante cualquier otro. Esto es, reconocida una ocupación por el tiempo de al menos cinco años antes del fallecimiento del titular, con su anuencia, el ordenamiento jurídico le reconoce al ocupante un derecho subjetivo que le permite mantener su *statu quo*. No se trata del derecho a ocupar el inmueble, sino a prologar la ocupación ya detentada, de ahí el *nomen* atribuido por el legislador de derecho a *mantener* la ocupación. No es una ocupación derivada del fallecimiento del titular, sino un derecho atribuido *ex lege*, por causa de muerte y a título singular que tiene como objeto la ocupación precedente del inmueble por el tiempo que la ley ha fijado (cinco años como mínimo). Quien no haya sido ocupante en tales circunstancias, no resulta *beneficiado* por el legislador con la atribución de tal derecho.

Ahora bien, el derecho así configurado pareciera que se emparenta con los derechos reales, sobre todo por su oponibilidad *erga omnes*, si no es que realmente lo es.

Examinemos entonces si el derecho reconocido por el legislador supera el test que le permita ser ubicado dentro de los derechos reales.

Es cierto que se suele aducir con gran predicamento que los derechos reales son típicos, o sea, no es dable que se constituyan nuevos derechos de tal naturaleza. Esencialmente la discusión en este orden ha venido de la mano de si es dable, como acontece en sede de derechos crediticios, crear a través de un negocio jurídico nuevos derechos reales, distintos de los previamente regulados por ley. De todos modos, de calificarse el presente, de derecho real, su atribución sería *ex lege*. No es la voluntad del titular en su testamento quien crea el derecho a mantener la ocupación en el inmueble, sino la propia ley ex artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda. Aunque algunos de los autores del Código Civil le niegan virtualidad a la autonomía de la voluntad como fuente creadora de derechos reales, y con ello la posibilidad de crear derechos reales atípicos,⁶ la poca doctrina cubana posterior que ha estudiado el tema, ha sustentado que nuestro Código Civil «no prohíbe expresamente la constitución de figuras atípicas de derechos reales y, en defecto de prohibición expresa, habría que entender vigente el carácter dispositivo de las normas del Derecho Civil: si no hay prohibición expresa, no se puede presumir».⁷ Y con toda certeza el legislador del Código Civil no dispone en ninguno de sus preceptos que los derechos reales regulados en dicho cuerpo normativo sean los únicos con fuerza jurídica en el ordenamiento cubano.

En la doctrina española, los adversarios a la posibilidad de crear nuevos derechos reales se apoyan en la propia excepcionalidad de cada uno de los derechos reales reconocidos en la ley. Álvarez Caperochipi, que defiende con vehemencia una posición contraria a la de la libertad en este orden, arguye que «el fundamento ontológico de

la tipicidad es que todos los derechos reales limitados deben considerarse de algún modo como regímenes de desmembración de la propiedad, en razón a una *causa jurídica*, y que suponen medidas antieconómicas de tutela singular frente al principio supremo de tutela universal de los acreedores. Son por tanto derechos excepcionales (típicos)».⁸ Más adelante también expresa que «la crisis del derecho se muestra siempre en el olvido de los valores universales y en el asalto del derecho por valores particulares. (El sistema estalla en un conjunto de fantasías dogmáticas). La tutela del crédito ha de considerarse el valor universal supremo del derecho civil (superior aun al de la autonomía de la voluntad) y las excepciones particulares a dicho principio han de establecerse siempre con medida y con cautela, pues la destrucción de lo universal es irreversible».⁹ Posición, a mi juicio, demasiado esquemática para justificar la improcedencia de nuevos derechos reales, sin negar la razón cierta que pueda encerrar, pues también la dinámica que el Derecho debe solventar puede imponer la necesidad de creación de nuevos derechos reales, no solo al libre albedrío de los particulares, sino cuando razones de orden público o interés social supongan la necesidad de nuevos derechos de esta naturaleza, no previstos en el Código Civil.

Pudiera dubitarse si el propósito del legislador fue crear un verdadero derecho real al reconocer al ocupante el *derecho a mantener la ocupación del inmueble*, tras el fallecimiento del titular, pero es lo cierto que tale derecho, del modo en que ha sido reconocido, tiene rasgos o atributos que son propios de los derechos de naturaleza real.

Así, se trata de un derecho caracterizado por:

- a. La *inmediatez*, en tanto el poder directo que tiene el ocupante sobre la cosa ocupada, o sea, la vivienda. El ocupante detenta la vivienda, lo cual es cierto que puede compartir con el titular, pero esta detentación es visible y efectiva, a tal punto que el nuevo titular no le queda otra que tolerarla. Tal inmediatez la ejerce el ocupante *per se*, sin necesidad de que un tercero colabore en ello como en los derechos crediticios, en los que se tiene un derecho sobre la conducta del deudor a realizar una prestación consistente en un *dare*, un *facere* o un *non facere*.
- b. La *corporeidad*. El derecho de ocupación se ejerce sobre un inmueble, concretamente sobre una

⁶ Es el criterio del profesor Vicente Rapa Álvarez, uno de los autores del Código Civil. Véase a tal fin: *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, ENPES, La Habana, 1990, p. 19. En dicha obra, el autor sostiene que el Código Civil cubano de 1987 solo reconoce los derechos reales que expresamente regula, de modo que a su juicio, no está autorizada la creación de nuevos derechos reales, por ser ajeno a ello la autonomía de la voluntad, como acontece en sede obligacional. En su tesis se apoya en los códigos civiles alemán, portugués y japonés, entre otros, que siguen tal orientación. Este esquema rígido de regulación de los derechos reales, cree el autor que facilita la gestión registral y garantiza además la seguridad del tráfico jurídico.

⁷ Así, Orlando Rivero Valdés: *Temas de derechos reales*, 3.ª reimposición, Félix Varela, La Habana, 2009, p. 23.

⁸ José A. Álvarez Caperochipi: *Curso de derechos reales*, t. I (Propiedad y posesión), Civitas, Madrid, 1986, p. 20.

⁹ *Idem*, p. 21.

vivienda de residencia permanente, lo cual hace palpable la tangibilidad de la cosa sobre la cual se ejercita el derecho. Se ocupa la vivienda y a partir de ahí, se usa en beneficio del ocupante.

- c. La *perpetuidad*. En tal sentido es dable apuntar ciertas particularidades de este derecho. Es cierto que en la manera en que se regula en la Ley General de la Vivienda el derecho de ocupación del artículo 77.4, que a mi juicio tiene carácter personalísimo, pues resulta intransmisible por cualquier título causal, se le reconoce al ocupante, con vocación de permanencia y no de temporalidad alguna, si bien hay derechos reales como el usufructo o la superficie que se caracterizan por su temporalidad (véanse artículos 214, 215, 221 y 222.1 y 2, todos del Código Civil). El ocupante mantiene la ocupación, sin necesidad de justificar por qué está ocupando el inmueble, ni las necesidades perentorias que motivan a que ocupe un inmueble ajeno. Sin embargo, la lógica jurídica me induce a pensar, que el derecho de ocupación se extinguirá si se demuestra que el ocupante es titular de otra vivienda, o si durante esa ocupación puede adquirir para sí una vivienda, incluso por consolidación si llega a adquirir la vivienda sobre la que tiene constituido el derecho a mantener su ocupación. En tal sentido, no resulta compatible el derecho de propiedad o dominio sobre una vivienda propia y el derecho de ocupación sobre la vivienda ajena, como sí pudiera acontecer con los derechos reales de aprovechamiento, pues nada prohíbe que se sea titular del derecho de propiedad de un inmueble y usufructuario del inmueble de titularidad ajena. Pero es lo cierto que el legislador tampoco regula el régimen de extinción de este derecho y sí tan solo el título legal de atribución. Hay algo igual que en este orden me lleva a dudar sobre el íntegro cumplimiento en el derecho que se estudia de este atributo de los derechos reales, o sea, el de la perpetuidad. La ocupación como derecho reconocido a quienes venían precisamente ocupando el inmueble al fallecimiento del titular se les reconoce por el sentido de continuidad de esta situación fáctica, devenida en jurídica. No creo que sea defendible que se ostente el derecho a ocupar una vivienda, si se deja de ocupar esta, salvo en situaciones excepcionales. A diferencia del derecho de propiedad que no se pierde por el no ejercicio, sería discutible sustentar la tesis de que el derecho de ocupación no se pierda a pesar de que quien se diga ocupante, lleve tiempo sin ejercer la ocupación, en tanto en ese período ha venido ocupando otro inmueble. La peculiar naturaleza de este novísimo derecho lleva a crear grietas que se hacen visibles respecto al carácter perpetuo de los derechos reales.

- d. La *oponibilidad* frente a terceros. Si hay un atributo de los derechos reales que me hace pensar en esta naturaleza para el *derecho a mantener la ocupación* de una vivienda, es este. El derecho creado *ex lege* a favor del ocupante es oponible –como he venido reiterando hasta la saciedad–, *erga omnes*. Cualquiera que sea el titular del inmueble, y no solo los herederos o legatarios del titular que autorizó la ocupación, sino también sus causahabientes, deben respetar la situación jurídica creada, de modo que el reconocimiento del derecho, les afecta, dado que el dominio o propiedad está gravado con la ocupación, cuya naturaleza se aproxima, si bien tiene elementos que le hacen diferentes, al derecho de habitación como derecho real de aprovechamiento.

- e. La *reipersecutoriedad*. Al tener efectos absolutos los derechos reales, lo cual hace que sea exclusivo del titular frente a terceros, los titulares de un derecho real pueden recuperar la cosa, en manos de quien se encuentre. En este orden, dado que el derecho de ocupación permite a su titular beneficiarse con una vivienda, en la cual tendrá ubicada su morada y en la que realizará las más comunes necesidades de la vida doméstica y cotidiana, ello supone que aún enajenado el inmueble por el nuevo titular a un tercero, por el concepto que sea, el ocupante del inmueble tendrá derecho a seguir ocupando el inmueble, aun en el supuesto en que el tercero adquirente lo haya desconocido, pues en tales circunstancias entraríamos en el espinoso tema del saneamiento por evicción por la existencia de gravámenes ocultos, si es que para el adquirente cabe ser conceptuado el derecho del ocupante como un gravamen, amén de lo que posteriormente explicaré sobre la procedencia o no de la inscripción del derecho. Eso sí, no se trata en buena técnica jurídica de recuperar el inmueble o de perseguir el inmueble, dada la peculiaridad del derecho de ocupación. No tiene el ocupante a su favor una acción similar a la de naturaleza reivindicatoria que a favor del titular dispensa el artículo 129 del Código Civil. El derecho de ocupación en sí, no puede ser enajenado, lo que sí acontece sobre el derecho de propiedad, otra cuestión distinta será la inherencia del derecho de ocupación sobre la cosa o bien inmueble que se enajena.

- f. La *publicidad registral*. Uno de los atributos más visibles de los derechos reales es su publicidad a través de los registros correspondientes que permite a su vez ejercitar la oponibilidad frente a terceros que se predica en ellos. En aras de las

garantías del tráfico jurídico, los derechos reales han de ser publicados. La Resolución 114/2009 de la Ministra de Justicia, reguladora de las normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad establece en su artículo 4, apartado 11, que entre los títulos formales que pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad se citan a «Las resoluciones administrativas que reconocen un derecho real sobre un bien inmueble», título idóneo para reconocer el derecho que tienen los ocupantes del titular de una vivienda, que al fallecer este, acreditasen una ocupación, con su anuencia, por los menos cinco años antes de su deceso. No cabe duda que el reconocimiento del derecho a que hago referencia, cuyo título causal o material es la ley, obrará por vía administrativa, de modo que la resolución que al efecto se dicte por la Dirección Municipal de la Vivienda pudiera ser el título formal que accedería al Registro, como también lo pudiera ser una resolución judicial, de solventarse una litis en derredor de su reconocimiento por la vía del contencioso-administrativo. Reconozco que el tema es discutible, como polémico puede resultar su encuadramiento dentro de los derechos reales. Empero, de admitirse tal tesis, sería un absurdo que el Registro de la Propiedad le diera la espalda ¿Qué garantía tendrían los causahabientes del heredero o legatario que al fallecimiento del titular se adjudican el inmueble, si desconocen la afección de naturaleza real que la ocupación mantenida por disposición legal a favor de los ocupantes, supone para el nuevo titular? Téngase en cuenta que el comprador, el vendedor, el donatario o cualquier adquirente del inmueble, tendrá que tolerar el derecho de ocupación reconocido ex artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, con absoluta enervación de la facultad de poner fin a dicha ocupación. Si ello es así, como en realidad acontece conforme con el dictado legal, la publicidad del registro será un arma para la seguridad jurídica dinámica, el adquirente conocerá a través del asiento de inscripción registral y la respectiva certificación de dominio y gravámenes que expide el registro, el gravamen real que la ocupación supone para cualquier pretensión adquirente.

Díez-Picazo es necesario describir cómo operan en él las principales facultades que dimanar de derechos de esta naturaleza:¹⁰

- a. La facultad de realización directa que incluye la utilización, goce y disfrute. Dicha facultad, tratándose de un derecho real de aprovechamiento comprende el *ius utendi*, o sea, el derecho de usar o utilizar la vivienda, de manera que puede servirse de esta. El ocupante no estaría limitado con exclusividad a utilizar tan solo ciertos compartimentos del inmueble. El concepto de *ocupante* se refiere a todo el inmueble, no a determinadas habitaciones de este. De igual modo el *ius fruendi*, en tanto que al servirse de la vivienda, podrá disfrutarla y gozarla, si bien no obtener frutos civiles, dado que en su condición de ocupante no estaría legitimado *v.gr.*, para arrendar el inmueble.
- b. La facultad de exclusión. Conforme con dicha facultad el ocupante puede prevenir, impedir o poner remedio —según expresa Díez-Picazo—, a las intromisiones o perturbaciones causadas por personas extrañas al goce. Según esta facultad el titular del derecho real, en su estado preventivo puede lograr que la eventual intromisión o perturbación quede enervada o impedida y en su aspecto represivo puede reclamar que se ponga fin a toda perturbación o lesión y que la cosa se restituya a la situación en que se encontraba antes. Así, el ocupante puede impedir que se ejercite cualquier cese de convivencia por los nuevos titulares, dado que la ley le atribuye el derecho a mantener la ocupación, e incluso —aún pudiendo ser discutible—, ante cualquier perturbación de esta, lo cual comporta posesión, pudiera interesar en sede judicial amparo en la posesión (véanse artículos 203 y 204 del Código Civil y artículos 401-414 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico).
- c. La facultad de persecución, o lo que también se denomina *reipersecutoriedad*, a cuyo tenor el titular del derecho real puede exigir frente a cualquiera que detente el bien, que le sea restituido. El ocupante como titular de un posible derecho real en cosa ajena, puede disponer a su favor de la acción confesoria, a los efectos de que le sea declarada o reconocida la ocupación regulada en

II.3. Contenido y alcance del derecho

Cabe, en consecuencia, estudiar cuál es el contenido de este derecho, o sea, qué facultades se entienden ínsitas en él. Si partimos de la tesis de que estamos en presencia de un derecho real, entonces, siguiendo al maestro

¹⁰ Sigo el esquema del contenido del derecho real descrito por Luis Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. III (Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la propiedad. La posesión), 5.ª ed., Thomson - Civitas, Madrid, 2008, pp. 914-918.

el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, incluso frente a los herederos o legatarios del titular, o frente a aquellos que traigan causa de estos, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*. Los nuevos titulares tienen que tolerar el derecho atribuido a los ocupantes por el mencionado precepto. Este en vía administrativa puede interesar el reconocimiento del *derecho a mantener la ocupación del inmueble*.

- d. La facultad de disposición. Por la peculiar situación de los ocupantes y su carácter personalísimo, no le es dable transmitir ni a título *inter vivos*, ni *mortis causa* el derecho del cual son titulares. En cambio, como contenido de esta facultad, sí le es dable su extinción a través de la renuncia (véase artículo 5 del Código Civil).

Por otra parte, para los herederos o legatarios del titular, o para quienes traigan causa de ellos, el reconocimiento *ex lege* del *derecho a mantener la ocupación del inmueble* supondría una posible carga o gravamen real, en tanto situación de sujeción, dado que los nuevos titulares tendrán que soportar el derecho atribuido a los ocupantes, para lo cual se les impone un comportamiento negativo, de abstención o tolerancia. Los nuevos titulares, o quienes en un futuro traigan causa de ellos, aun cuando puedan igualmente disfrutar y aprovechar el inmueble en razón del dominio que ostentan sobre él, tal dominio estará gravado con la ocupación de ciertas personas, a las que no pueden extraer del inmueble y que, en principio, vitaliciamente tendrán derecho a seguir manteniendo la referida ocupación.

De seguir este razonamiento, estaríamos en presencia del carácter inherente que tiene el gravamen respecto de la vivienda, de modo que cualquiera que sea su ulterior adquirente tendrá que tolerar su existencia en el sentido de, si quiere convivir en el inmueble, hacerlo conjuntamente con los ocupantes. Situación que como apunta Díez-Picazo «es una situación que se transmite, en la que sucede (*proptem rem*) el adquirente o el sujeto en la titularidad del dominio».¹¹

II.3.1. El *derecho a mantener la ocupación del inmueble*: ¿Un nuevo derecho real de habitación?

De cuanto he venido explicando, el *derecho a mantener la ocupación del inmueble* tiene una naturaleza que le asemeja al derecho real de habitación, regulado en el Cód-

go Civil español, vigente en Cuba hasta 1988.¹² Apuntan Díez-Picazo y Gullón que si bien el derecho de uso, estrechamente vinculado con el de habitación, es un anacronismo, el derecho de habitación ha emergido en razón de puntuales aplicaciones prácticas como «cuando se desea asegurar a una persona el derecho a la vivienda con carácter vitalicio o duradero».¹³

En la doctrina argentina, Borda define al *derecho real de habitación* como aquel que le permite a su titular la utilidad de morar una vivienda. La habitación permite el uso de la vivienda pero no aprovecharse económicamente de ella, ni la facultad de percibir sus frutos.¹⁴ Y al igual que el *derecho a mantener la ocupación del inmueble*, se caracteriza por su temporabilidad e intransmisibilidad, esta última en razón de su naturaleza personalísima, al constituir un «ligamen indisoluble con la persona del titular del que el gravamen es, en principio, inseparable».¹⁵ O sea, el titular del derecho real de habitación no lo puede transmitir ni a título *inter vivos*, ni *mortis causa*, y por regla general, tal y como al parecer también lo dibuja el legislador de la Ley General de la Vivienda, el derecho reconocido en el artículo 77.4 es vitalicio, a menos que se renuncie a él, o se haga inconsistente con su propia función social, por adquirir el ocupante una vivienda de residencia permanente. En todo caso, siempre será ejercitado únicamente

¹² La doctrina que ha estudiado con detenimiento esta figura (véase Giacomo Venezian: *Usufructo, uso y habitación*, t. I, traducción castellana de Rafael Atard, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castán Toboñas, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pp. 78 y ss.) y a la que sigo en esta nota, ubica a la *habitatio*, como un derecho real desprendido del usufructo, se trata de un «derecho de cobijarse en un determinado edificio». En su origen se concedió como *usufructus aedium, usufructus domus*; la cláusula que se le une, *habitandi causa*. Se alega que pudo tener por fin limitar el derecho otorgado a la satisfacción de la necesidad que el concesionario sienta de una habitación. En tal sentido, contendieron los jurisconsultos clásicos respecto a si había de interpretarse siempre así, o si, no obstante, el concesionario conservaba la facultad de usar de la casa para algo más que para habitarla -sin hacer alteración en ella, se entiende, de su destino económico-, y si podía, por lo tanto, alquilarla; controversia que resuelve una constitución de Justiniano en favor de la segunda de las opiniones expuestas.

¹³ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral), 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 432.

¹⁴ Guillermo A. Borda: *Tratado de Derecho Civil*, t. II (Derechos reales), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 973.

¹⁵ José Antonio Doral García de Pazos: «Comentarios al artículo 525», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (directores), EDESA, Madrid, <http://vlex.com>, p. 4.

¹¹ *Idem*, p. 919.

por su titular, sin posibilidad alguna de transmitirlo por ningún título, dado que le satisface la perentoria necesidad de tener un techo donde vivir. También tienen en común el ser derechos limitados, o sea, se limitan a satisfacer las necesidades del habitador y del ocupante, según el caso. No obstante, el derecho real de habitación puede recaer sobre toda la vivienda o sobre piezas determinadas de la vivienda, en tanto que, en la manera en la que se ha venido perfilando la ocupación en nuestro país, implica la posibilidad de utilizar todo el inmueble, sin que tenga el ocupante que reservarse el uso de determinadas piezas. En otro orden, el título constitutivo del derecho real de habitación, al igual que el de uso, preeminentemente es voluntario, por acto *inter vivos* o por causa de muerte, a diferencia del *derecho a mantener la ocupación del inmueble* que es de atribución legal.

Creo oportuno también, por la similitud que tiene, distinguir el derecho reconocido por el Decreto Ley 288/2011, al modificar la vigente Ley General de la Vivienda, de la novedosa figura, reconocida en el Derecho español, de la atribución legal del derecho real de habitación a favor del legitimario discapacitado. En primer orden, marcan diferencias los sujetos destinatarios. En el Derecho español, la Ley 41/2003 que modifica varios preceptos del Código Civil –entre ellos el 822–, en pos de la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad atribuye el derecho, en defecto de disposición en contra del testador, a favor de uno o varios legitimarios con discapacidad, o sea la finalidad de la norma es «dispensar un trato de favor a la constitución de derechos de habitación a título gratuito, cuando tengan como destinatarios a personas con discapacidad y, como objeto, la que viene siendo su vivienda habitual (...) [y] asegurar a los legitimarios discapacitados el uso, con carácter en principio vitalicio, de la que ha venido siendo su vivienda habitual, para cuando el titular de esa vivienda, causante de la sucesión en la que es legitimario el discapacitado, no haya previsto nada al respecto».¹⁶ Mientras, en nuestro Derecho, el beneficiario es una persona no heredera, ni legataria, mucho menos legitimaria, que tampoco tiene que demostrar su discapacidad, ni el grado de esta. Todo lo contrario, el beneficiario de este derecho es el ocupante del inmueble, o sea, quien venía ocupándolo, sin más requerimiento, que dicha ocupación haya sido con la anuencia del titular por un plazo

no menor de cinco años, antes del fallecimiento de este. La finalidad del *legado* legal del derecho real de habitación es la protección a las personas con discapacidad, si bien como precisa Sanz Viola, se trata, al igual que el nuestro en este orden, «de un derecho real, de origen legal que surge en el momento de la apertura de una sucesión *mortis causa* y opera tanto en la sucesión testada como en la intestada».¹⁷ Atribución que no es computable en la legítima,¹⁸ mientras que el derecho atribuido *ex lege* a los ocupantes del inmueble en el entorno jurídico cubano, teóricamente pudiera suponer un gravamen que vulnera la intangibilidad cualitativa de la legítima, pero en todo caso, se erige en una norma de excepción en este orden. Como norma imperativa o de policía, no da cabida a la autonomía de la voluntad, o sea, no le es dable al testador evitar la aplicación *ex lege* del artículo 77.4, a menos que en vida, el titular del inmueble decida poner fin a la ocupación *ex artículo 64* de la Ley General de la Vivienda. Por ese motivo, no cabría hablar de un verdadero legado, como disposición a título particular, *mortis causa*, de naturaleza voluntaria, por el atribuyente, en su condición de titular del inmueble, ni tampoco de su disposición por donación. Su naturaleza es legal, lo crea y lo atribuye el legislador.¹⁹ No le es dable al titular del inmueble excluirlo en su testamento, pues el derecho nace a la muerte del titular, antes, el ocupante no tenía derecho a continuar tal ocupación, ello nace precisamente por causa de la muerte del titular de la vivienda. No se trata de una transmisión, sino del nacimiento y atribución por motivo de la muerte del propietario

¹⁷ Véase Ana María Sanz Viola: «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», *Actualidad Civil*, No. 2, quincena de 16-31 de enero de 2009, t. I, p. 2 (versión en pdf). Igual criterio sostiene Araceli Donado Vara: «Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. I, Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro (coords.), Universitat de Valencia, 2008, p. 377.

¹⁸ Posición que defiende, entre otros, J. L. Monestier Morales: *Op. cit.*, pp. 17 y 18. Otros, como A. Donado Vara: *Op. cit.*, p. 369, lo consideran un verdadero privilegio y una de las finalidades de la ley que lo reguló.

¹⁹ Como expone Jesús Flores Rodríguez: «El nuevo artículo 822 del Código Civil; el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», *Revista jurídica del notariado*, No. 54, abril-junio 2005, p. 88, «el legado tiene su fundamento y justificación en la voluntad del testador. Por ello, no tienen la consideración de legados los llamados legados legales, o atribuciones de bienes o derechos a favor de determinadas personas, singularmente, pero no por disposición del causante, sino por ministerio o efecto de la propia ley», «en la base del legado subyace la naturaleza de acto voluntario del causante, del testador, que difícilmente puede identificarse con una atribución *ex lege*».

¹⁶ Véase Julia Ruiz-Rico Ruiz-Morón: «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, No. 4, quincena del 16-29 de febrero de 2004, t. I, p. 7 (versión en pdf). Véase asimismo Juan Luis Monestier Morales: «Legados de habitación a favor del discapacitado: efectos civiles y liquidación tributaria», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de noviembre de 2007, p. 5, <http://www.refdugr.com>, (2 de mayo de 2013).

de la vivienda. A diferencia de la figura reconocida en el Derecho español, a cuyo tenor el atributario del derecho «queda facultado para ocupar y usar, en una casa ajena, las piezas o dependencias necesarias para él y para las personas de su familia, quedando las que no le sean precisas a disposición del dueño de la vivienda»,²⁰ el derecho regulado en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda le atribuye a su titular la posibilidad de aprovecharse de la ocupación de toda la vivienda, no de piezas concretas de esta, pero no le atribuye a su titular, en ningún caso, la exclusión de la convivencia de los herederos o legatarios de la vivienda.

Coinciden, sin embargo, en el objeto sobre el cual recae el derecho, que en nuestro Derecho patrio recae sobre la vivienda de residencia permanente, en el regulado por el Derecho español, sobre la vivienda habitual.²¹ No obstante, mientras que en el Derecho español se exige convivencia con el titular, de modo que también supone una situación precedente de ocupación de la vivienda por la

persona con discapacidad, que a su vez es legitimario del causante, titular de este, en el Derecho cubano se requiere solamente ocupación, exigiéndose a tal fin un plazo, del cual se dispensa en el Derecho español.²²

II.3.2. ¿Cabe ejercitar contra los titulares del derecho, el cese de convivencia ex artículo 64 de la Ley General de la Vivienda, por el heredero o legatario, devenido luego propietario del inmueble? ¿Tendrán los titulares, la facultad de instar la nulidad en sede judicial, de los actos de transmisión de dominio del inmueble por su nuevo propietario?

A la muerte del titular, los herederos o legatarios a quienes les fue atribuida y adjudicada la vivienda, devienen nuevos propietarios del inmueble, quienes por disposición legal, han de pasar por el *statu quo* establecido por el legislador, a saber: el respeto al derecho concedido a los ocupantes, como parte de la sujeción que el derecho real que al parecer reconoce el legislador a los ocupantes, comporta para los titulares del dominio.

Pero en qué consiste este derecho ¿qué supone tal ocupación? ¿tiene acceso el ocupante a todo el inmueble? ¿se confina a su dormitorio y a otras áreas esenciales del inmueble como las destinadas a los servicios sanitarios?

²⁰ Véase A. M. Sanz Viola: *Op. cit.*, p. 2 (versión en pdf).

²¹ En tal sentido se ha dicho con gran acierto, por la doctrina española (J. L. Monestier Morales: *Op. cit.*, p. 8), que este concepto de vivienda habitual «tiene como base o sustrato la permanencia, en el sentido de la realmente ocupada por ambos convivientes, discapaz y benefactor y, por tanto, no tiene por qué coincidir con la vivienda familiar, ni identificarse con el de la definición civil del *domicilio* (art. 40 C.c.). Tal vez se estaría centrando la atención sobre otro aspecto, el dato objetivo de la residencia y convivencia real, entre benefactor y discapacitado, que puede darse o no en la vivienda familiar, y que en última instancia será una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los jueces de instancia, pues, en último extremo, los herederos forzosos que ven perjudicada su legítima, podrían exigir la computación del derecho de habitación legado, si estiman que no se han cumplido por el testador los requisitos del artículo 822 del Código civil». Áurea Ramos Maestre: «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», *Revista de Derecho privado*, enero-febrero 2013, p. 22, apunta que por vivienda habitual ha de entenderse «el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar, donde convivían el discapacitado y el causante». Esta autora, no obstante, identifica vivienda habitual con vivienda familiar, y a tal fin puntualiza los requisitos que ha de cumplir dicha vivienda, a saber: ser habitable, de modo que reúna las condiciones que permitan desarrollar las funciones esenciales de la vida familiar; reunir la circunstancia de la habitualidad, de manera que la vivienda constituya el lugar en el que se desarrolla con normalidad y con vocación de permanencia la vida del beneficiario y la de los demás miembros de su familia; y como tercer requisito que sea la vivienda principal, o sea, aquella en la que el legitimario con discapacidad tenga la residencia habitual, requerimiento que —según el criterio de esta autora—, ha de cumplirse no solo al tiempo de constituirse el derecho, sino también en el momento del fallecimiento del disponente.

²² En la doctrina española, así se pronuncia A. M. Sanz Viola: *Op. cit.*, p. 7, para quien, si bien la convivencia es un requisito esencial para que le sea atribuido *ex lege* el derecho real de habitación al legitimario con discapacidad, resulta en el contexto hispánico un concepto indeterminado. Y respecto del plazo de convivencia, como no se exige ninguno, resulta suficiente —a su juicio—, que dicha convivencia existiera al momento del fallecimiento del titular del inmueble. Por su parte J. L. Monestier Morales: *Op. cit.*, p. 11, sostiene el mismo criterio de que el titular fallecido y el beneficiario, en su calidad de legitimario con discapacidad deben convivir al momento del deceso del primero, empero «al no precisar la Ley un plazo mínimo de convivencia, se crea una norma en blanco que habrá de resolverse al prudente criterio del juzgador y de las pruebas practicadas». Más precisa resulta en este orden Á. Ramos Maestre: *Op. cit.*, pp. 23 y 24, quien, dejando por sentado la necesidad de convivencia del legitimario con discapacidad con el titular de la vivienda, intenta una aproximación conceptual de convivencia, por la cual entiende «la existencia de vida en común, que podrá probarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho». En tanto que, respecto del tiempo de duración de esa convivencia, ante la ausencia de un pronunciamiento expreso del legislador, queda claro, —a su juicio—, que debe cumplirse tal convivencia al momento del óbito del titular de la vivienda y, segundo, la estabilidad de tal convivencia, o sea, que el legitimario con discapacidad tenía una convivencia duradera con el titular del inmueble.

En principio, como ya he explicado, la ocupación no confiere derechos especiales para el ocupante, que no sea, el mantener un *status* que no suponga para él hacinamiento, ni desmedro de los más elementales derechos como ser humano. El ocupante tiene acceso a todo el inmueble, respetando las reglas de urbanidad y armonía, sin derecho alguno a los actos de administración y disposición sobre él. Así, no le es dable elegir su dormitorio, ni el baño, en caso de que existan varios. Tiene que limitarse a lo que él o los propietarios dispongan, siempre que ello no conculque su dignidad. Empero, la norma con un afán sobreprotector llega a limitar las facultades del propietario, pues ha de tenerse en cuenta que la condición jurídica de heredero o legatario es meramente transitoria. Una vez adjudicado el legado o la herencia, quien fue heredero o legatario se convierte en nuevo titular del inmueble, y como tal ha de tener las mismas facultades que cualquier propietario, entre ellas la de poner fin a la ocupación o convivencia, según el caso, sin más limitaciones que las establecidas en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, que en la relación de sujetos protegidos no incluye a quienes fueron ocupantes con el anterior titular, por lo menos cinco años antes del deceso de este, pues entonces las excepciones se convertirían en regla, de modo que al seguirse causando futuras herencias, el número de ocupantes pudiera irremediablemente incrementarse, pues a los ocupantes autorizados por el primer titular (causante) habrían que agregar los nuevamente autorizados por el siguiente titular, una vez devenido causante. En fin, sería un viaje con Alicia al pueblo de Maravillas.

Si hacemos un análisis comparativo de los convivientes que se protegen en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda con los ocupantes a quienes tutela el artículo 77.4 de la propia ley podríamos llegar a conclusiones sumamente interesantes. Los convivientes protegidos son personas o unidas por vínculos de sangre en el orden de los descendientes o de los ascendientes con el propietario, o unidas por vínculo conyugal, o aun cuando este se hubiere extinguido, se tratare de la madre de los hijos comunes, menores de tres años, que no tuviere otro lugar de residencia, u otros sujetos que, por razones sociales, el legislador considera atinado enervar la acción del titular del inmueble de poner fin a la ocupación. Razones, precisamente de naturaleza social y humanitaria así lo ameritan, ya sea porque se trate de madres, aun extrañas al propietario, que igualmente con hijos menores de edad, llevaren tres o más años ocupando la vivienda, y tampoco tuvieran otro lugar de residencia, o ancianos en iguales circunstancias, o como también aduce el legislador «cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano», supuesto este último que permite dar protección a personas que por sus circunstancias, como pudieran resultar aquellas con determinadas discapacidades, ameriten no ser extraídas de la vivienda por las consecuencias que

ello pudiere representarle en su estabilidad psíquica y emocional o en su valimiento. En todo caso, se trata de personas en situación de verdadera perentoriedad, motivada en gran medida por la inexistencia de lugar de origen al cual retornar y su propia desvalidez. Muy distinta es la situación de los ocupantes protegidos por el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda. Dichos ocupantes no tienen que demostrar la inexistencia de lugar de origen, ni la convivencia con el titular del inmueble, mucho menos situación de perentoriedad, ni discapacidad, ni minoridad, ni incapacitación, ni vínculos de naturaleza parental o conyugal con el causante, ni situación alguna de desvalimiento económico o social. Suficiente con probar la temporalidad de una ocupación, superior a los cinco años al momento del deceso del titular de la vivienda, la anuencia de este en tal ocupación y el fallecimiento de dicho titular, para invocar a su favor y frente a todos los demás, incluidos los nuevos titulares, el *derecho a mantener la ocupación del inmueble* que, una vez reconocido, será ejercitable sin límite de tiempo, pues el legislador ni tan siquiera establece un plazo prudencial para que los ocupantes se procuren una nueva vivienda en concepto ahora de titulares.

Similar al principio sucesorio: *semel heres, semper heres*, una vez reconocida la condición de ocupante protegido en un sujeto, este siempre la tendrá, en principio, salvo lo que ya he acotado, a perpetuidad. Se colige de cuanto he expresado que el ocupante es un sujeto especialmente protegido por el Derecho, sin otra razón que atender que la propia ocupación. Se quiere evitar por el legislador una carga para el Estado, al impedirle al nuevo titular la extracción del inmueble de quienes venían ocupando este al fallecer su propietario, haciendo nacer *ex lege* un derecho subjetivo de esa situación fáctica, sin miramiento alguno del desmedro que ello comporta para el derecho de los nuevos titulares, quienes no tendrán otra opción para evitar esa eterna ocupación que no sea procurarles dinero suficiente para que estos puedan adquirir un inmueble, dinero que tendrán que abonar de su propio patrimonio, a la vez que sujetarse a deseos o caprichos de los ocupantes, en tanto que en el orden legal nada compele a estos a que acepten la proposición de los nuevos titulares. Incluso, sería de dudoso éxito la pretensión en sede judicial de los herederos o legatarios, devenidos nuevos propietarios del inmueble, de compeler a los ocupantes a que acepten su proposición de recibir cierta cantidad de dinero para que con ella adquieran un inmueble, pues también entraría en el terreno de la dogmática jurídica, si ciertamente ellos estarían legitimados para promover ese proceso, amén de todos los extremos que pudieran aducir los ocupantes, quienes incluso pudieran resultar personas no vinculadas entre sí por lazos familiares y exigir cada uno de ellos, de los nuevos titulares, dinero para adquirir sus propios inmuebles, situación insostenible patrimonialmente para los nuevos titulares que tendrían que resignarse a tolerar una ocupación impuesta más que por su causante, por la

ley. No se olvide, algo que he reiterado respecto de esos ocupantes, a menos que se encontraren en las excepciones del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, el anterior titular podía en cualquier momento poner fin a la ocupación, facultad que se le cercena por ley a quienes a su muerte, traen causa de él.

Entiéndase por tanto que el *derecho a mantener la ocupación del inmueble* enerva toda facultad del nuevo propietario de ejercitar el cese de ocupación. Ahora bien ¿existe comunicabilidad entre este derecho y el reconocido en el artículo 70.5 de la Ley General de la Vivienda de anular el contrato de compraventa o donación del inmueble en el cual se es conviviente especialmente protegido? Como en otra ocasión ya se ha explicado,²³ el legislador ha dotado a los convivientes especialmente protegidos que regula el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, con el derecho a ejercitar la acción de nulidad del contrato de compraventa o de donación de la vivienda en la que precisamente se es conviviente, lo que *per se* es hartamente controvertido, pero pudiera resultarlo mucho más, si el ocupante a que se refiere el legislador en el artículo 77.4 de la citada ley se entiende también legitimado para ejercitar la misma acción. No obstante, la interpretación que ofrezco, como corresponde al caso, es restrictiva. Dotar a los convivientes especialmente protegidos con la acción de nulidad absoluta del contrato de compraventa o del de donación de la vivienda, además de injusto, resulta un contrasentido, *ergo*, tratándose de una norma jurídica de excepción no ha de ser interpretada en sentido extensivo, ni incluirse en ella sujetos distintos a los específicamente legitimados por la ley para el ejercicio de la acción de nulidad. El precepto en concreto legitima la nulidad de tales contratos en el supuesto de desprotección de alguno de los sujetos a que se refiere el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, no a los ocupantes previstos en el artículo 77.4. De este modo, si el nuevo propietario, decide vender o donar la vivienda y los ocupantes con *derecho a mantener la ocupación del inmueble* no son a su vez de los que el legislador prevé como convivientes especialmente protegidos del artículo 65, no están legitimados para impugnar uno y otro contrato concertado. Pero, ¡jojo!, sí que podrán oponer frente al nuevo titular, causahabiente a título particular del sucesor por causa de muerte del primer

titular que les permitió ocupar el inmueble durante por lo menos cinco años, antes de su fallecimiento, el derecho reconocido *ex lege*, a título singular y *mortis causa* de mantener esa ocupación, que no decae por el acto de compraventa o de donación que ahora ha concertado el heredero o legatario, luego devenido titular. Situación que sería idéntica en el supuesto de cesión de herencia o de cesión de derechos hereditarios. Frente a estos actos, o cualquier otro de transmisión de dominio, el derecho es oponible al devenido titular. No obstante, es dable distinguir la oponibilidad *erga omnes* del derecho reconocido en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, del derecho a solicitar judicialmente la nulidad del contrato de compraventa o de donación, prevista ex artículo 70.5 de la propia ley. Mientras que, a tenor del primero se limita la facultad del propietario, cualquiera sea este, de interesar el cese de la ocupación en el inmueble de quien tiene reconocido el tantas veces citado *derecho de mantener la ocupación*; conforme con el segundo, el comprador o donatario de un inmueble, derivado propietario de este, puede perder la titularidad, cuando en el inmueble hay convivientes especialmente protegidos que acreditan que el acto de compraventa o el de donación lo dejan desprotegidos, concepto válvula, de apreciación judicial, que puede tener las más diversas interpretaciones. A este conviviente, legitimado por el artículo 70.5 y que se ubica en el elenco de sujetos protegidos, previsto en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, no solo se le protege su ocupación, sino que se le habilita para destruir con la más letal arma que dispensa las normas jurídicas civiles: la acción de nulidad absoluta, el contrato de compraventa o el de donación concertado por el propietario del inmueble con un tercero (comprador o donatario, según el caso), sin el más mínimo recato del legislador de proteger a ese tercero adquirente de buena fe, con título inscrito en el Registro de la Propiedad, incluso aun cuando sea a título oneroso, pues la norma legal no discrimina la naturaleza gratuita u onerosa del acto de transmisión de dominio, contraviniendo así principios elementales del Derecho civil, en el que se favorece la protección de quien adquiere a título oneroso, precisamente por la repercusión económica que los actos de esta naturaleza revisten.

En esta urdimbre jurídica es que vengo sosteniendo la tesis de que al ocupante, reconocido en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, no le asiste el derecho a impugnar el contrato de compraventa o el de donación, a menos que, además de ser ocupante del inmueble, con el merecimiento que supone el derecho a mantener tal ocupación, se trate de una persona cuya situación sea subsumible en la hipótesis normativa del artículo 65 de la Ley General de la Vivienda, supuesto en el cual, además del derecho que le confiere el legislador en el artículo 77.4, pudiera, al menos hipotéticamente, ejercitar la nulidad del

²³ Véase Rafael Roselló Manzano: «La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables», *La compraventa como paradigma contractual*, bajo mi coordinación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 379-398, y Leonardo B. Pérez Gallardo: «La compraventa de viviendas en el Derecho cubano», *Diario La Ley*, Buenos Aires, de 19 de junio de 2013, año LXXVII, No. 113, t. La Ley 2013 C, pp. 1-7.

acto de compraventa o del de donación si el heredero, una vez adjudicatario, decide vender o donar el bien, con lo cual le dejaría desprotegido, presupuesto que como explicaré, sería casi de imposible realización. En efecto, la legitimación para impugnar el contrato concertado pudiera ser discutible en el orden técnico, si se toma en cuenta que al venirle reconocido *ex lege* el derecho de mantener la ocupación, oponible *erga omnes*, sería casi imposible que tuviera éxito el argumento de que la compraventa o la donación consumadas le perjudicaren, pues teniendo derecho a mantener la ocupación, quien en todo caso se vería afectado en el contenido del derecho de propiedad sobre el inmueble que adquiere sería el comprador o el donatario, el que de todos modos, de concertar el contrato con pleno conocimiento del derecho del o de los ocupantes, tampoco lo pudiera impugnar *a posteriori*. A fin de cuentas ¿Qué razones podría esgrimir un ocupante si el nuevo titular del inmueble –que lo había adquirido por sucesión *mortis causa*– lo quiere vender o donar, si a todas luces no lo puede extraer previamente del inmueble? ¿Cuáles argumentos pudiera argüir en pos del éxito de su demanda impugnatoria si su derecho es oponible al comprador o al donatario, quienes tendrían que respetar la ocupación que él ostenta del inmueble? Pudiera esgrimirse que el donatario o el comprador que adquiere el inmueble ha llevado a vivir a él a un mayor número de personas que las que antes vivían en él con el enajenante del inmueble, pero tales razones no podrían prosperar. Con ocupante especial protegido y todo, el titular puede llevar a vivir al inmueble a las personas que él decida, a diferencia de los ocupantes, quienes tienen vedada toda posibilidad en ese orden. Puede que el ocupante no se sienta bien con el nuevo titular (comprador o donatario), no mantenga relaciones armónicas, de cordialidad, pero ello no es razón suficiente para que prospere en sede judicial una demanda impugnatoria del contrato de compraventa o del de donación por motivo de la desprotección. El legislador lo que persigue con la norma (artículo 77.4) es que el ocupante no quede sin un lugar donde vivir, no quede en la calle, no satisfacer las apetencias emocionales o afectivas del ocupante, a partir de la mejor o peor predisposición que tenga respecto del titular del inmueble, en el que él tiene el derecho a mantener la ocupación, pero no a aspirar a mejorar este derecho con la adquisición de la titularidad del inmueble. En síntesis, los ocupantes amparados por el derecho reconocido *ex lege* en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, aún subsumibles en el catálogo de sujetos especialmente protegidos como convivientes según el dictado del artículo 65 de la propia ley, no les debería alcanzar el derecho de impugnación del contrato de compraventa o de donación concertado por el titular del inmueble, en tanto la oponibilidad del *derecho a mantener la ocupación del inmueble*, los mantendría siempre a buen resguardo e impediría que tal acto transmisivo del dominio les provocara una situación de indefensión o desprotección.

II.4 ¿Supone la atribución *ex lege* a favor de los ocupantes, no herederos, ni legatarios, del derecho de mantener la ocupación del inmueble, tras el deceso del propietario, una vulneración legal de la intangibilidad cualitativa de la legítima, reconocida en el artículo 492.2 del Código Civil, en el supuesto de que el beneficiario de la vivienda fuere un legitimario?

Un tema sumamente interesante en el orden de la dogmática jurídica lo es la posible vulneración a la intangibilidad cualitativa de la legítima, reconocida en el artículo 492.2 del Código Civil, que pudiera suponer la atribución *ex lege* del derecho de los ocupantes, no herederos, a *mantener la ocupación del inmueble*, tras el deceso de su titular. En efecto, ello pudiera acontecer si el titular tiene especialmente protegidos, a los cuales les debe atribuir la mitad de su patrimonio al día de su fallecimiento, en el supuesto de que la vivienda de residencia permanente agotare su patrimonio, como en muchísimas oportunidades acontece en la realidad cubana.²⁴ Si fuere así, los legitimarios tendrían derecho a reclamar tan solo la mitad de ese inmueble, pero libre de gravamen alguno que aminore el disfrute de lo que por legítima les corresponde. Según el dictado literal del artículo 492.2 del Código Civil: «El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos». Y es cierto que este derecho, reconocido a favor de los ocupantes, no herederos ni legatarios, funciona como un gravamen para los legitimarios, pues mermaría el disfrute de lo que por legítima les corresponde, sea la mitad del inmueble, o lo sea este *in integrum*, en el supuesto de que existan otros bienes o derechos que puedan engrosar la parte de libre disposición.

Sin embargo, es dable detenernos en este estudio. Ciertamente no es el testador el que grava la cuota de legítima con el derecho atribuido a un tercero sobre el bien que se

²⁴ En el Derecho español, salvadas las distancias que nos separan, apunta Á. Ramos Maestre: *Op. cit.*, pp. 29 y 30, que en el supuesto en que «cuando el beneficiario del derecho de habitación concurren otros legitimarios no discapacitados y la vivienda habitual es el único bien que integra el caudal hereditario (...) aunque el legislador no lo diga expresamente, permite que el derecho de habitación grave la legítima de los otros legitimarios, que la percibirán mediante el derecho de nuda propiedad sobre la vivienda, beneficiando al legitimario discapacitado». La autora parte del criterio de que el legislador debió expresamente reconocer esta situación en el artículo 813.2 del Código Civil en el que se reconoce la prohibición a cualquier vulneración a la intangibilidad cualitativa de la legítima, mediante la imposición de gravámenes, sustituciones, prohibiciones, condiciones, etc.

atribuye por tal concepto. Se trata del propio legislador, de existir ocupantes del inmueble a la muerte del testador. Si la vivienda es destinada para satisfacer la cuota de legítima que le corresponde a los especialmente protegidos que tuviera el testador, ahora devenido en causante, la legítima estaría gravada con un derecho a favor de un tercero por disposición de la ley. El titular del inmueble, no obstante pudiera evitarlo, tan solo si ejercita en vida la facultad reconocida en el artículo 64 de las tantas veces mencionada Ley General de la Vivienda, de manera que a su fallecimiento deje la vivienda libre de ocupantes que pudieran quedar protegidos bajo el imperio del artículo 77.4 de dicha ley. En sede de intangibilidad cualitativa de la legítima el legislador patrio peca por ser extremadamente escueto. Tan solo regula en el artículo 492.2 del Código Civil la prohibición de imponer gravamen alguno sobre la cuota de legítima, entendido el término *gravamen*, en su sentido etimológico de carga, obligación, canon, no en un sentido estricto de gravamen real, como lo es el derecho a mantener la ocupación de la vivienda de residencia permanente, pero nada dispone sobre las consecuencias que implica la vulneración de esta norma prohibitiva. ¿Supone ello que el gravamen a que se somete la legítima se tiene por no puesto? En el ordenamiento jurídico español Vallet de Goytisolo siempre tuvo claro que las lesiones *in tempore o in qualitate* de las legítimas, se entendieron por no puestas desde las *lex Quoniam in prioribus*.²⁵ De interpretarse así en el Derecho cubano, la situación se tornaría sumamente complicada. Si la vivienda que se atribuye por concepto de legítima y en pago de esta por el testador al o a los especialmente protegidos, por cualquier título sucesorio (ya sea legado o herencia), estaba ocupada al momento de su fallecimiento por otras personas que no son herederas

ni legatarias ¿subsistiría el derecho atribuido *ex lege* a favor de estos de seguir ocupando la vivienda, incluso contra los propios beneficiarios del testamento? Si –como he apuntado–, el reconocimiento de este derecho a favor de quienes eran ocupantes al momento del deceso del titular, con los demás requisitos de ley, supone un gravamen real para los herederos o legatarios de la vivienda de residencia permanente, quienes tendrán que tolerar, en principio de manera vitalicia, la ocupación de terceros, implicaría una restricción de su derecho de propiedad sobre el inmueble, una limitación del pleno disfrute de la vivienda, y con ello un gravamen sobre la legítima que prohíbe expresamente el propio legislador en el artículo 492.2. En tal sentido apuntaba Lacruz Berdejo que lo asignado por concepto de legítima ha de entenderse con la mayor amplitud posible, «en beneficio de la completa percepción, por el legitimario, de cuanto le corresponda».²⁶ En todo caso ¿cómo solventar entre conflicto de normas legales que ponen en peligro la intangibilidad cualitativa de la legítima? No puede perderse de vista que el precepto impone al testador la limitación de gravar la legítima, cuando ello lo hace por actos *mortis causa*, pero no prevé el legislador del Código Civil que el gravamen de la legítima provenga de un derecho atribuido *ex lege* a favor de terceros sobre la cuota de legítima, o sea, confluyen dos normas jurídicas que colisionan sobre un mismo derecho: el de recibir la legítima sin gravamen alguno. En tal supuesto, es claro que el sujeto al que se le prohíbe gravar la legítima es al testador. No puede perderse de vista que en nuestro Derecho la legítima asistencial regulada es excepción al principio de libertad de testar que reconoce el legislador del Código Civil de 1987, *ergo*, la prohibición de imponer gravámenes, que protege la excepción a la libertad de testar en que la legítima se erige, cede ante el designio del propio legislador ordinario de contraexcepcionar, al levantar el veto, de modo que admite gravar esa legítima a favor de personas que el legislador quiere beneficiar, incluso a costa de gravar a los propios legitimarios. Es el testador quien no puede gravar la legítima, no así el legislador. Como apunta desde el Derecho español Ragel Sánchez: «El régimen jurídico de la intangibilidad cualitativa de la legítima trata de proteger al legitimario frente a un gravamen que recae sobre su porción legitimaria, cuando ese gravamen no es uno de los impuestos, dispuestos o permitidos por la ley».²⁷ Se trataría entonces, el que estudio, de un gravamen que

²⁵ Juan B. Vallet de Goytisolo: «Comentarios al artículo 813», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XI, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (directores), 2.ª edición, EDESA, Madrid, enero 1982, versión digital, <http://www.vlex.com> (11 de abril de 2013), p. 2. Sobre el tema, véase también del propio autor, el agudo análisis que hace en sus *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I (Las legítimas), Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pp. 1039 y ss. Esta ley, a la que alude Vallet, según el propio autor, recoge una Constitución dada por el emperador Justiniano en Constantinopla, el 1 de abril de 529, a cuyo tenor se ordenó la supresión de la condición, plazo, o disposición que causare demora o cualquier gravamen sobre la legítima y que se procediera como si nada de ello se hubiere añadido al testamento («*quasi nihil eorum testamentum additum esset*»), o sea, el legitimario afectado, nada tenía que reclamar, como si acontecía, en los supuestos de conculcación a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, dado que el gravamen, la condición, la sustitución, la prohibición o la demora, se tenían por no puestas.

²⁶ José Luis Lacruz Berdejo y Francisco Sancho Rebullida: *Elementos de Derecho Civil V – Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 491.

²⁷ Luis Felipe Ragel Sánchez: *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3 del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 106.

constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 492.2 del Código Civil, ya que el sujeto que lo impone es el legislador, aun cuando expresamente no se pronuncie en tal sentido y deba colegirse de un estudio de la naturaleza misma del derecho aludido.²⁸

En la doctrina peruana el maestro Lohmann Luca de Tena, al comentar el artículo 733 que regula la intangibilidad de la legítima, sostiene el criterio de que «la legítima como tal no es susceptible de ser gravada en el sentido usual de la expresión gravamen (...). Lo que la norma ha querido significar es que el contenido de la legítima llegue a ser obtenido en pleno dominio por el legitimario, sin restricciones, prohibiciones o limitaciones de goce que puedan mermar su valor y disponibi-

lidad»,²⁹ tal y como acontece con el derecho objeto de este análisis. Empero, el propio autor, en el contexto del ordenamiento jurídico de su país, sitúa entre los casos en que no se entiende gravada la legítima, el derecho de habitación del cónyuge sobreviviente,³⁰ hasta cierto punto emparentado con el reconocido en nuestro Derecho en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda. No obstante, no hay que perder de vista el criterio de la doctrina foránea que ha estudiado similares figuras en su entorno jurídico. Así, a juicio de Sanz Viola, al cavilar sobre el derecho real de habitación de la vivienda de residencia habitual, atribuido *ex lege*, a favor del legitimario discapacitado, a pesar de que la atribución *ex lege* de este derecho, opera en defecto de una voluntad testamentaria en contra, «el sacrificio que se impone a los demás legitimarios solo puede estar justificado por la voluntad expresa del causante, y nunca por su silencio».³¹ En tal sentido concluye en que «hay un exceso de intervencionismo no justificado en una materia tan íntima y personal».³²

III. A modo de epítome

Sin que estas ideas conclusivas sirvan para poner fin a la polémica que el derecho subjetivo estudiado en este artículo generará en la doctrina patria, sí considero oportuno expresar que a mi juicio, el legislador del Decreto Ley 288/2011 ha creado con el precepto contenido en el artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda, tal y como ha quedado redactada, un atípico derecho real a favor de los ocupantes de un inmueble, que con la anuencia de su titular, tenían establecido allí el centro de sus actividades domésticas, comunes y diarias, con vocación de permanencia, por lo menos cinco años antes del deceso de aquel.

El legislador, sin más propósito que el de tutelar a los ocupantes, incluso frente a los herederos, siempre que estos no sean titulares de otro inmueble –ya sea de descanso o veraneo– les ha dotado de un derecho que en su contenido comprende las facultades esenciales de los derechos reales, oponible *erga omnes*, que constituye para los nuevos titulares –herederos o legatarios–, o quienes traigan causa de ellos –a título *mortis causa* o *inter vivos*–, un gravamen real, lo cual implica la tolerancia de mantener la ocupación sobre todas las piezas del inmueble, de aquellas personas que en su día accedieron a él por la voluntad de quien fuera

²⁸ En el Derecho español, Manuel Espejo Lerdo de Tejada: «El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo, por la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista jurídica del notariado*, No. 53, enero-marzo 2005, p. 147, expresa que «el artículo 820,3 CC sería la norma aplicable al caso de la atribución testamentaria al legitimario de la nuda propiedad gravada con un derecho de habitación, claro está que ello sería así de no mediar la norma especial del artículo 822 CC. Por eso es obvio que aquel precepto no se va a poder aplicar, porque precisamente hemos partido de un supuesto diferente: la solución en este caso no es eliminar el gravamen que supone el derecho de habitación». Y ello, que en el Derecho español, el derecho real de habitación a favor del legitimario con discapacidad no viene regulado por normas de Derecho imperativo, de modo que se establece, en defecto de disposición testamentaria en contrario. No obstante, no puede perderse de vista que la situación en el Derecho español es diferente, en tanto el sujeto beneficiado con el derecho real de habitación, siempre lo será un legitimario, con discapacidad, pero legitimario al fin, frente al resto de los legitimarios. En tanto, en el Derecho cubano, el beneficiario del derecho a mantener la ocupación de una vivienda, es el ocupante, no heredero, ni legatario de la vivienda, ejercitable este derecho precisamente frente a los herederos o legatarios de esta, que pueden ser a su vez legitimarios. Tal derecho gravaría la legítima de estos, pero no a costa de beneficiar a otros legitimarios. No obstante, nada quita que, muy eventualmente, el ocupante sea legitimario, pero en tal supuesto su legítima debió haber sido satisfecha con otros bienes distintos a la vivienda, de lo contrario tendría a su favor las acciones de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima [ex artículo 378 a), 494 y 495.1 del Código Civil], con independencia de ser beneficiado o no con el derecho a mantener la ocupación de la vivienda, de cumplir los requisitos establecidos *ex lege*. No obstante, para este caso tan particular el legislador no establece si el derecho a mantener la ocupación de la vivienda es valuable económicamente, ni si es computable o no en su legítima, pues la fórmula de nuestro legislador está pensada para beneficiar a sujetos que respecto del causante son extraños, y si tan solo ocupantes de la vivienda de la que este era titular, al momento de su deceso.

²⁹ Guillermo Lohmann Luca de Tena: «Comentarios al artículo 733», *Código Civil comentado*, t. IV (Derecho de sucesiones), Gaceta Jurídica, Lima, 3.ª ed., 1.ª reimposición, abril 2011, p. 246.

³⁰ *Idem*.

³¹ Véase A. M. Sanz Viola: *Op. cit.*, p. 12.

³² *Idem*.

el titular. Se trata de un derecho real atribuido *ex lege*, a título particular y por causa de muerte, intransmisible, reconocido en la doctrina científica —al menos a mi juicio en un sentido metafórico—, como un supuesto de *legado legal*, con vocación de permanencia, o hipotéticamente vitalicio para su titular, cuyo modo de constitución puede ser voluntario o dispuesto administrativa o judicialmente. Gravamen que, *per se*, no conculcaría el derecho que tienen los legitimarios a la intangibilidad cualitativa de la legítima ex artículo 492.2, en tanto su origen legal, y no voluntario, que lleva a que no le alcance la proscripción que este precepto lleva implícita.

IV. Bibliografía

Fuentes doctrinales

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A.: *Curso de derechos reales*, t. I (Propiedad y posesión), Civitas, Madrid, 1986.
- BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil*, t. II (Derechos reales), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. III (Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión), 5.ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III (Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral), 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1997.
- DONADO VARA, Araceli: «Reflexiones sobre el nuevo derecho de habitación constituido a favor de un legitimario con discapacidad», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. I, Josefina Alventosa del Río y Rosa Moliner Navarro (coordinadoras), Universitat de Valencia, 2008.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio: «Comentarios al artículo 525», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (directores), EDERSA, Madrid, <http://vlex.com>.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación de la reforma del mismo, por la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Revista jurídica del notariado*, No. 53, enero-marzo 2005.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «El nuevo artículo 822 del Código Civil; el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado», *Revista jurídica del notariado*, No. 54, abril-junio 2005.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo: «Comentarios al artículo 733», *Código Civil comentado*, t. IV (Derecho de sucesiones), Gaceta Jurídica, Lima, 3.ª edición, 1.ª reimpresión, abril 2011.
- MONESTIER MORALES, Juan Luis: «Legados de habitación a favor del discapacitado: efectos civiles y liquidación tributaria», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1 de noviembre de 2007, <http://www.refdugr.com> (2 de mayo de 2013).
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La compraventa de viviendas en el Derecho cubano», *Diario La Ley*, Buenos Aires, 19 de junio de 2013, año LXXVII, No. 113, t. La Ley 2013 C.
- «Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el Derecho cubano: Un atinado giro copernicano» (inédito).
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3 del Código Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.
- RAMOS MAESTRE, Áurea: «El derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado», *Revista de Derecho privado*, enero-febrero 2013.
- RAPA ÁLVAREZ, Vicente: *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, ENPES, La Habana, 1990.
- RIVERO VALDÉS, Orlando: *Temas de derechos reales*, 3.ª reimpresión, Félix Varela, La Habana, 2009.
- ROSELLÓ MANZANO, Rafael: «La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables», *La compraventa como paradigma contractual*, Leonardo Pérez Gallardo (coordinador), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, No. 4, quincena del 16-29 de febrero de 2004, t. I, p. 7.
- SANZ VIOLA, Ana María: «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», *Actualidad Civil*, No. 2, quincena de 16-31 de enero de 2009, t. I, p. 2.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Comentarios al artículo 813», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XI, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (directores), 2.ª edición, EDERSA, Madrid, enero 1982, <http://www.vlex.com>, (11 de abril de 2013).
- *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I (Las legítimas), Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974.
- VENEZIAN, Giacomo: *Usufructo, uso y habitación*, t. I, traducción castellana de Rafael Atard, anotada con arreglo a las legislaciones españolas y americanas por José Castán Tobeñas, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

Fuentes legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley 59 de 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

Código Civil del Reino de España, 6 de octubre de 1888, 30.^a edición, Tecnos, Madrid, 2011.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Ley 7/1977 de 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1.^a reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el Decreto Ley 241/2006 de 26 de septiembre, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre del 2006.

Ley General de la Vivienda, (actualizada, anotada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia), Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

Decreto Ley 288/2011 de 28 de octubre, modificativo de la Ley 65 de 23 de diciembre de 1988 Ley General de la Vivienda, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 35, de 2 de noviembre del 2011, en vigor desde el 10 de noviembre del 2011.

Decreto Ley 302/2012, de 11 de octubre, modificativo de la Ley 1312 Ley de Migración de 20 de septiembre de 1976, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 44, de 16 de octubre de 2012.

* * * * *

El conflicto entre el interés del menor y las garantías del acusado. La cuestión de la comparecencia a juicio

ESP. PAVEL PETERSSEN PADRÓN

SUMARIO

I. Introducción. II. El menor y sus intereses. II.1. La posición del menor ante el proceso penal. II.2. Las peculiaridades del menor como víctima. II.3. El testimonio infantil. II.4. La protección del menor como testigo. III. El acusado y sus garantías. III.1. Los principios del juicio oral. III.2. El valor de las pruebas practicadas antes del juicio oral. III.3. La prueba preconstituida. IV. El conflicto entre los intereses del menor y las garantías del acusado. La cuestión de la comparecencia de los menores al juicio oral. V. Conclusiones. VI. Recomendaciones

I. Introducción

Es usual que los menores, entiéndase personas que aún no han cumplido los dieciséis años de edad, se vinculen directamente a los procesos penales, bien como víctimas o simples testigos de diversos delitos, fundamentalmen-

te aquellos que atentan contra su integridad física, y muy particularmente, su libertad sexual y el normal desarrollo de su sexualidad.

En esas oportunidades se hace imprescindible escuchar su testimonio, al menos durante la sustanciación de las investigaciones, porque al menos en nuestro ámbito no se ha discutido nunca desde el punto de vista práctico la utilidad de sus declaraciones en la búsqueda y de la verdad material. Tratándose de menores de edad, la obtención de su testimonio se realiza por la vía de exploración que brevemente reconoce la última parte del artículo 179 de la Ley de Procedimiento Penal, y hasta fecha relativamente reciente su práctica no ofrecía otras dificultades que las propias de su desarrollo biosicosocial, que se atenuaban en parte por la posterior validación pericial de su testimonio.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Instrucción 173 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 7 de mayo del 2003 surgió una importante dificultad: la posibilidad real y legalmente fundada de que nuestros tribunales prescindan de la comparecencia de los menores de edad al acto del juicio oral, privándose tanto al órgano jurisdiccional como a las partes de la posibilidad de examinar directa y oralmente al menor.

Obviamente, si bien con ello se protege la integridad del menor y se garantiza la preponderancia de sus intereses, también se comprometen de manera sustancial las garantías del acusado, sobre todo porque la ausencia del menor lo coloca en estado de franca indefensión, que resulta todavía mucho más relevante porque en la mayoría de los casos el testimonio del menor de edad es, sino la única, al menos la más importante de las pruebas de cargo. La situación se agrava porque como bien se reconoce en la citada instrucción, la Ley de Procedimiento Penal no ofrece más detalles que complementen el escueto mandato del artículo 179, y el Tribunal Supremo solo reguló el modo de proceder durante la fase del juicio oral, subsistiendo una situación de indefinición durante la Fase Preparatoria. Transcurridos casi 10 años, las circunstancias continúan siendo las mismas, y ante la ausencia de un pronunciamiento del Consejo de Gobierno que uniforme el procedimiento o una modificación al texto de la ley de trámites que ofrezca claridad sobre el particular, se impone al menos un estudio del tema cuyos resultados contribuyan a sensibilizar a los operadores del proceso con la situación, y contribuyan también, al menos, a paliar el desfavorable efecto que en múltiples procesos ha ocasionado, y previsiblemente continuará produciendo en el futuro, la inasistencia de los menores al juicio.

Al respecto anticipamos que la *idea central* de la ponencia versa en torno a la posibilidad de que, cuando se vaya a tomar declaración a un menor en relación con un posible delito y existe un posible autor conocido, se le deba con-

ceder el derecho a nombrar abogado si todavía no lo ha hecho, en un término de veinticuatro horas, y si no lo hace se le designará de oficio, para que en cualquier caso este participe en la exploración del menor, e igual, aunque no haya autor conocido, se debe asegurar la participación de un letrado defensor, en previsión de que posteriormente el Tribunal decida prescindir de su examen en el acto del juicio oral, supuesto en que se convertiría entonces el resultado de la exploración en una auténtica prueba preconstituida, que para ser considerada válida y tenida en cuenta debe tener como atributo el aseguramiento con efectividad de los derechos del acusado durante su práctica, con lo cual se garantizarían en tales supuestos los principios que informan el proceso penal contemporáneo y el derecho a un juicio justo.

En consecuencia, como *objetivo general* nos hemos propuesto demostrar que si durante la investigación de un delito cuyo presunto autor sea o no conocido, se explora un menor sin la participación de un abogado defensor y posteriormente no se practica esta prueba durante el juicio oral, se quebrantaría el derecho a la defensa y los principios que sustentan el proceso penal, de lo cual resulta que es imprescindible garantizar en todos los casos la participación de un abogado en la exploración de los menores durante la sustanciación del sumario.

Como *objetivos específicos* pretendemos conocer las posiciones doctrinales y judiciales sobre la eficacia del testimonio de los menores de edad en el marco del proceso penal, y profundizar en la regulación del testimonio de los menores en el proceso penal cubano.

También aspiramos a definir el alcance y contenido del derecho a la defensa, y exponer los principios que sustentan el proceso penal, con énfasis en los inherentes al juicio oral, para finalmente probar que el único modo de asegurar la defensa del acusado en el caso de que en el acto del juicio no se explore a un menor es la intervención de un Defensor en la que se realice durante la fase sumarial.

Como se deduce de lo ya expuesto, la *situación problema* que sirve de base al estudio es el hecho común de prescindir de la exploración de los menores víctimas de delitos sexuales en el acto del juicio oral para proteger su integridad, incorporando mediante lectura su testimonio, que fue obtenido sin la intervención del abogado, lo que impide que se garantice el respeto a la defensa del acusado al tiempo que se dificulta el conocimiento de la verdad material.

En fin, que se aprecia una paradoja: para proteger al menor y su integridad psíquica (evitar estrés, victimización secundaria, posibles traumas), no pocas veces se decide, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 173 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que no

comparezca al acto del juicio oral, salvo casos excepcionales. Con ello, sin embargo, se atenta directamente contra los principios que sustentan el acto del juicio oral, entre otros, los de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. Ello, además y por supuesto, dificulta el conocimiento de la verdad material. Y la conjugación de ambas circunstancias redundaría en menoscabo del derecho a la defensa y las garantías del acusado. En tales casos, la declaración del menor funciona como una auténtica prueba anticipada, y para que sea válida debe haber sido practicada con todas las garantías, entre las que se incluiría con carecer esencial e imprescindibles, la participación del Fiscal y el Defensor del acusado, de haberlo ya designado, o designado de oficio en caso de no haberlo hecho. Y si no se practicó con esas garantías, pues debe forzosamente ser reproducida en juicio, porque en caso contrario de hecho funcionaría como una prueba tasada al no poder ser contradicha y quedar fuera del control del Tribunal y las partes.

II. El menor y sus intereses

Los principales pactos internacionales tutelan la especial protección que merecen los menores,¹ como parte de la tendencia contemporánea al reconocimiento de la necesidad de atribuir un enfoque especial, que vaya más allá del que con carácter general hacen las declaraciones y convenios de derechos humanos, sobre los derechos de personas que presentan una especial debilidad en cualquier ámbito.² Como antecedentes que precedieron a la firma de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se encuentra la Declaración de los Derechos del Niño de 26 de septiembre de 1924, aprobada por la Sociedad de Naciones, además de un proyecto de convenio que redactó en 1939 el Comité Internacional de la Cruz Roja referido a la protección de los niños en los conflictos armados.

Posteriormente, en 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Declaración

¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su art. 25.2 recoge expresamente el derecho de la infancia a *cuidados y asistencia especiales*. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha, consagran derechos ya reconocidos e imponen a los Estados que los suscriben, ciertas obligaciones para su efectividad.

² Fue precisamente la Organización Internacional del Trabajo una de las que inicialmente tuvo conciencia del problema que suponía la explotación de los niños y se pronunció al respecto.

de los Derechos del Niño, y 30 años después, el 20 de noviembre de 1989, aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que entra en vigor el 2 de septiembre de 1990. En ella, entre otros aspectos, se reconoce el interés superior del niño,³ un concepto jurídico indeterminado, pero que garantiza que si el interés del menor entra en conflicto con los derechos de otro, debe prevalecer. Como otras veces hemos expuesto, al ser la República de Cuba signataria de dicha Convención, sus preceptos son de obligatoria aplicación en sede nacional, aunque lo ideal fuera que tuvieran residencia constitucional para jerarquizar su rango. Por ende, se deben garantizar los derechos de los menores, actuar para disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en su situación personal, y promover los factores de protección.

A su vez, el artículo 12 de la Convención estipula que cuando los niños estén en condiciones de formarse un juicio propio se les debe garantizar el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado en el procedimiento de que se trate, directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado. A tono con este postulado, se han introducido ya sucesivas modificaciones en los procedimientos civiles.⁴

II.1. La posición del menor ante el proceso penal

La administración de justicia penal ha sido concebida y en ella intervienen, en principio, adultos. Original y sistemáticamente no se ha concebido para enfrentar las características propias de la infancia. La intervención de menores, si bien no es frecuente, en relación con la totalidad de los casos, siempre resulta perturbadora, y en las últimas décadas se ha ido generando paulatinamente una conciencia de los problemas que plantea su vinculación al proceso, al cual puede concurrir esencialmente en dos condiciones: como víctima o como testigo del delito, aunque dada su naturaleza ambas están tan íntimamente unidas que solo pueden separarse a los efectos de análisis, pues el niño testigo presencial de un delito sufre un

impacto en su psiquis similar al que se produciría si fuera él mismo la víctima.⁵

De ambas posibilidades, a pesar de su afinidad, que permite que parte importante de cualquier análisis que se haga respecto a una sea igualmente válido para la otra, nos interesa profundizar en los casos en los que el menor resulta víctima, que además de ser los más frecuentes son también los que suponen un mayor conflicto con los intereses del acusado, y dentro de esta modalidad, haremos algunas referencias específicas a los delitos sexuales, que son las infracciones criminales que en relación con los menores con mayor frecuencia se aprecian en la práctica penal.

II.2. Las peculiaridades del menor como víctima

El menor resulta una víctima *especialmente vulnerable*, pues a los efectos inmediatos del delito debe sumarse el riesgo de que comprometa su futuro desarrollo psicosocial y afecte sus capacidades personales de adaptación a largo plazo, consecuencias que se agravan a partir de la naturaleza de los delitos que con más frecuencia se cometen contra ellos. Se debe considerar también su singular dependencia y clara indefensión, tanto física como intelectual y afectiva.⁶

En ellos se acentúan los efectos tanto de la victimización primaria como los de la secundaria. En cuanto a la primera, su personalidad en formación, la impotencia lógica de su aún débil voluntad, el miedo a su repetición, la angustia que necesariamente se produce en las agresiones originadas en el seno de la familia o en ámbitos donde se supone que debía protegerse al niño, agravan las consecuencias del delito, haciendo más serio lo que en víctimas adultas pudiera no serlo. En

⁵ José A. Hernández Sánchez: *El menor, víctima en el proceso penal. Aspectos psicológicos y tratamiento*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, p. 2.

⁶ Que se aprecia antes, durante y aun después de cometido el delito. Las medidas cautelares que regula la Ley de Procedimiento no contemplan un supuesto de protección a la víctima, realmente importante en no pocos casos, y sobre todo en los que involucren a menores por la especial relación que suelen tener con el acusado. A la ausencia de una caución similar a las sanciones accesorias de los arts. 39 y 41 del Código Penal, solo puede oponerse como efectiva protección la Prisión Provisional del agresor, que es la que de ordinario se dispone. Con ello, si bien en efecto se le protege, también se restringen significativamente los derechos al acusado.

³ Art. 3.1: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

⁴ Ver Instrucciones 187 de 20 de diciembre de 2007 y 191 de 14 de abril de 2009, ambas del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

el caso de la secundaria, que deriva de la relación que establece el sistema jurídico penal con la víctima, al no estar concebido el proceso penal como la respuesta a los conflictos personales o sociales, pues parte de construcciones abstractas, con frecuencia se le ignora y se le trata consecuentemente como un elemento abstracto. Como se origina en el propio sistema, al que se ha acudido a demandar justicia y protección, el efecto es todavía más negativo. Todos los factores que victimizan secundariamente al incurso en un proceso legal⁷ se potencian cuando se trata de menores.

Otra cuestión que los distingue es *la especial proclividad a ser víctimas de delitos sexuales*,⁸ de los que estudios realizados han permitido establecer un nítido perfil, caracterizado porque el comisor es mayoritariamente hombre y de edad media superior a la de otros delinquentes, y es del contexto familiar, o conocido del menor;⁹ la utilización de la violencia es excepcional, y la norma es la coacción-persuasión psicológica; se produce en todos los grupos sociales y étnicos, aunque en el abuso intrafamiliar y el incesto se han señalado indicadores de riesgo; y en los que la falsa denuncia es excepcional y es más frecuente el delito no detectado.¹⁰ Desde el punto de vista metodológico se han perfilado igualmente otros caracteres que la naturaleza del estudio no nos permite reproducir en toda su extensión,

pero que evidencian las particularidades presentes en estas tipologías delictivas.¹¹

Además, siendo víctima, que no es una especial condición que reconoce nuestro ordenamiento procesal penal, es ante todo testigo, y a pesar de serlo, como otra nota peculiar no pesa sobre él la obligación de comparecer ante la autoridad que lo requiera ni tampoco de declarar, solo exigible a quienes han cumplido ya los 16 años,¹² y mucho menos el deber de decir la verdad, de lo que los exime el propio artículo 179 de la Ley de Procedimiento Penal en relación con el 16.2 y 155 del Código Penal.

II.3. El testimonio infantil

A pesar de su importancia, la cuestión del testimonio no ha sido aún valorada con la profundidad necesaria.¹³ No obstante, es posible reconocer en la actualidad la existencia de tres grandes tendencias en relación con la eficacia del testimonio del menor: la primera estima que a partir de los tres años pueden brindar un testimonio jurídicamente útil, si se obtiene por un personal idóneo y en condiciones técnicamente óptimas, con lo que adicionalmente se evita el daño inherente a la rememoración

⁷ Según Miguel Ángel Gimeno Jubero: *Menores maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, son dilación del proceso, expectativas erróneas, desconocimiento de sus fases, trato poco comprensivo, falta de información sobre el proceso legal, pérdidas económicas, alteración de las rutinas, p. 8.

⁸ Los abusos sexuales se definen a partir de dos conceptos, *coerción* y *asimetría de edad*. El primero abarca tanto la fuerza física como la intimidación o el engaño, que se entiende como criterio suficiente para que la conducta deba etiquetarse de abuso sexual, la falta de capacidad de consentimiento del menor, el elemento central de la definición de abuso ya se utilice violencia, intimidación o prevalimiento de autoridad. La asimetría de edad supone un poder que vicia la relación igualitaria, haciendo imposible una actividad sexual común.

⁹ Esta especial característica del sujeto activo se explica por la mayor facilidad para acceder al menor. Lo convierte así mismo en una víctima participante, en la que la ausencia de madurez cognitiva y una voluntad y personalidad en formación hace que su relación con el delito pueda ir desde el acuerdo, donde puede haber una voluntariedad absoluta, hasta las diversas formas de imprevisión o de provocación, o que es otro rasgo que lo caracteriza. Por esa misma causa, los daños son más importantes y perdurables.

¹⁰ José A. Hernández Sánchez: *Op. cit.*, p. 7.

¹¹ Entre ellos se encuentra la graduación de los actos sexuales por la frecuencia de su ocurrencia, que se pueden manifestar una *única vez*, *varias* o ser *crónicos*. A su vez pueden ser *directos* (contacto genital, penetración y tocamientos o similares) o *indirectos* (exposición de genitales, producción o exposición de material pornográfico, inducción a las relaciones sexuales entre menores). Por su parte la coacción psicológica se establece en función de tres polos: la autoridad, el secreto y la indefensión. Y se han establecido cinco formas mayoritarias de presentarse la detección del abuso: por narración espontánea del menor, mediante alteraciones psicológicas o cambios significativos en su conducta habitual, tras la evaluación de signos y síntomas físicos, descubrimiento de la agresión cuando se investiga otro tipo de maltrato, y la sospecha de padres, familiares u otros adultos.

¹² La afirmación puede ser sin dudas polémica, porque el art. 167 LPP emplea el término *personas* para referirse a quienes están en la obligación de concurrir ante la autoridad, sin distinguir sobre su edad, aunque luego precisa que no se aplica a quienes estén *impedidas* o *exceptuadas*. A continuación define quiénes están exentos, pero no delimita los que considera impedimentos. Pero ante la falta de mayores precisiones, habría que remitirse al art. 147 Código Penal, respuesta penal a la incomparecencia, cuyo presupuesto de aplicación es la mayoría de edad penal, que establece el 16.2 del propio código. Y bien pueden adicionarse también otras consideraciones vinculadas a la capacidad civil.

¹³ Ernesto Pérez González: *El testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*, Ed. ONBC, La Habana, 2008, p. 100.

de un hecho traumático; la segunda, que al contrario, no reconoce la validez de su testimonio en la mayoría de los casos, salvo que esté en consonancia con otras pruebas; y la tercera, que es útil porque técnicamente siempre dicen la verdad.¹⁴

En nuestra opinión, no se puede *a priori* negar la validez de su testimonio, que puede ser útil, valorado de conjunto. Lo contrario significaría, además de negar los resultados de estudios dotados de rigor científico, dejar impunes no pocos delitos en los que prácticamente la única prueba, sino la más importante, es el testimonio de menores de edad.

La realidad es que tradicionalmente, como reflejo del pensamiento social general, existieron reservas en relación con el testimonio infantil, y hasta comienzos del pasado siglo tanto psicólogos como jueces y abogados eran del criterio que las declaraciones de los menores eran poco fiables debido a dos problemas supuestamente relacionados con su edad: una memoria limitada y una gran sugestionabilidad a preguntas sesgadas o sugerentes, todo ello basado en un desconocimiento de las capacidades de los niños. No fue hasta los años 80 que los aspectos relacionados con la memoria infantil se establecieron como un ámbito de investigación propio. Contrario a otras teorías psicológicas, que partían del supuesto de creer que los niños se pueden conducir fácilmente a fantasear sucesos de abuso sexual e incluso físico, creencia mantenida por psiquiatras y psicólogos contemporáneos, los estudios recientes demuestran como a partir de los cuatro años los niños son muy resistentes a las sugerencias sobre abusos y en todo caso difícilmente pueden ofrecer detalles de tipo sexual en ausencia de experiencias previas.

La denominada *amnesia infantil*, consistente en el hecho que no recordemos en absoluto acontecimientos de nuestra infancia, fue la base para dudar de la competencia de memoria de los niños pequeños, hasta que estudios más recientes han demostrado que los niños pueden recordar episodios vividos y acontecimientos generales con un sistema de recuerdo similar a los de niños mayores aunque en la recuperación dependen más de proporciones claves específicas que se les proporcionan. No hay dudas de que la capacidad del niño como testigo depende del momento evolutivo en que se encuentre y de sus capacidades cognitivas. Incluso en nuestro contexto se va considerando válido el testimonio de los niños cada vez más pequeños, aunque la limitaciones de sus capacidades verbales dificultan

tan enormemente su declaración, se produce con frecuencia un aumento de la pérdida de detalles por los errores de omisión, existe una gran dificultad para situar en dimensiones espacio-temporales y un incremento de la interferencia de la memoria semántica. La edad límite reconocida mayoritariamente para el testimonio infantil, que se sitúa en torno a los tres años de edad, se justifica por la reducida capacidad cognitiva-léxica en este período evolutivo.

O sea, que el testimonio de los menores puede ser útil, y necesario, cuando no imprescindible, en la investigación de determinados delitos, pero al mismo tiempo su participación en el proceso supone un riesgo de victimización secundaria importante. Puede ser explorado en varios ámbitos y por varias personas: ante el instructor en sede policial; ante peritos, en un centro asistencial; por el Fiscal, en su sede o en una unidad policial; y por último en el Tribunal por los jueces.

II.4. La protección del menor como testigo

Aunque se ha privilegiado la protección del Estado ante la comisión de los delitos, no es menos cierto que a las víctimas también se les ha brindado tutela. En ese orden, la necesaria protección de quienes concurren a testificar en los procesos penales suele asociarse, *a priori*, con supuestos vinculados con el crimen organizado que son totalmente ajenos a nuestro contexto social, pero en realidad abarca cualquier manifestación que afecte su integridad física o psíquica o incluso la de personas que le son afines.¹⁵ Al ser el menor víctima de un delito y convertirse en testigo del proceso, tal posición le puede ocasionar un peligro que ha de ser considerado o tutelado por las autoridades judiciales. En su caso, el peligro y la consecuente protección ha de ser valorado a la vista de las especiales circunstancias que concurren en el menor, de modo que el riesgo tiene que ser considerado incluso en supuestos en que el menor lo perciba así. Es decir, el riesgo se ha de observar desde la perspectiva subjetiva del menor, y no tanto desde una visión objetiva de un adulto.¹⁶ Y el peligro puede ser de tipo psicológico o moral, y no estrictamente físico.

¹⁵ El art. 142 del Código Penal proscribía la violencia o intimidación contra los testigos o cualquiera que haya contribuido a la ejecución o aplicación de las normas jurídicas o sus familiares, y una interpretación extensiva y poco usual, pero legítima y fundada, de su art. 272, que asimila a lesión cualquier secuela *psíquica*, permite entender que el daño de esta naturaleza que se infrinja tiene una tutela penal.

¹⁶ José Jaime Tapia Parreño: *Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, p. 9.

¹⁴ *Idem*. El autor se afilia al primer criterio, asegurando que coincide, tanto en teoría como a partir de su experiencia práctica, con la opinión de quienes sostienen que los niños no tienden a fantasear fuera de lo realmente vivido.

III. El acusado y sus garantías

El juicio oral se estableció en España en virtud de leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872, sin suprimirse el principio inquisitivo, que mantuvieron su vigencia hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada el 14 de septiembre de 1882,¹⁷ que comenzó a aplicarse en Cuba a partir del 1 de enero de 1889,¹⁸ en cuya Exposición de Motivos se consignó que a partir de su entrada en vigor «las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal, que extraña a la instrucción, va a juzgar».¹⁹ Igualmente se expuso que uno de sus propósitos era «rodear al ciudadano de las garantías necesarias, para que en ningún caso, sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado».

III.1. Los principios del juicio oral

Entre los principios que caracterizan el juicio oral se hallan la oralidad, publicidad, igualdad, inmediación y contradicción.²⁰ La naturaleza y objetivos del trabajo nos obligan a prescindir de una explicación detallada de cada uno, aunque es preciso insertar una breve referencia de cada uno de ellos.

El principio de *oralidad*, que exige que el procedimiento se desenvuelva de manera verbal, a través de la palabra, abordándose así el tema que se ventila, de tal forma que los jueces y demás participantes en este episodio, perciben las pruebas, esencialmente, a través de las palabras, aunque también actúan otros sentidos, al observar directamente a las personas que deponen. Entre sus ventajas más señaladas se encuentra la de permitir un conocimiento y valoración de las pruebas con mayor certeza, al posibilitar la percepción directa.²¹ Incluso, más que un principio en sí mismo, se afirma que la oralidad es facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso, siendo la meta realizar la justicia penal a través de un procedimiento oral.²²

La *publicidad* se basa en la presencia del público que actúa como una forma de control de la actividad judicial,²³ salvo excepciones que la ley taxativamente prevé.²⁴

Otro principio es la *igualdad*, una de cuyas vertientes de manifestación es la posibilidad de ambas partes de interrogar a los testigos,²⁵ que preceptúa el artículo 320 de la Ley de Procedimiento Penal.

En el caso de la *inmediación*, es entendida como la percepción directa de los jueces de las pruebas, en su recepción sin intermediarios, garantizando que el Tribunal obtenga importantes vivencias del interrogatorio de los participantes y que aclare las dudas, logrando una impresión o conocimiento más cabal de lo expuesto, que se verifica a través de todos sus sentidos, con una mayor percepción del conjunto que examina.²⁶ Es la relación personal, directa e ininterrumpida del Tribunal con el acusado, y los órganos y fuentes de pruebas, donde el juez por sí mismo observa, escucha e interroga.²⁷

La inmediación puede ser, según la clasificación propuesta por González, subjetiva o formal, que es el conocimiento directo, sin dilación y sin solución de continuidad, del material probatorio acompañado de las partes,²⁸ u objetiva

¹⁷ Andrés María Lazcano y Mazón: *El Juicio Oral*, Ed. Lex, La Habana, 1947, p. 11.

¹⁸ Danilo Rivero García y Pedro Pérez Pérez: *El Juicio Oral*, Ed. ONBC, La Habana, 2002, p. 5.

¹⁹ *Idem*, p. 10. La redacción estuvo a cargo de Manuel Alonso Martínez.

²⁰ Danilo Rivero García y Pedro Pérez Pérez: *Op. cit.*; también Jorge Bodes Torres: *El juicio oral en Cuba*, Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador (FENAJE).

²¹ Jorge Bodes Torres: *Op. cit.*, p. 153.

²² Daniel González Álvarez: «La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal», *Revista Cubana de Derecho*, No. 11, 1996, p. 88.

²³ Jorge Bodes Torres: *Op. cit.*, p. 155. Es una garantía supranacional, en virtud de que en el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se exige que el juicio sea público.

²⁴ En nuestro caso, las que enumera el art. 305 de la Ley de Procedimiento Penal, a saber, razones de: 1) seguridad estatal, 2) moralidad, 3) orden público o 4) el respeto debido a la persona ofendida por el delito o sus familiares.

²⁵ Jorge Bodes Torres: *Op. cit.*, p. 166.

²⁶ *Idem*, p. 168.

²⁷ Es el criterio, entre otros, de Danilo Rivero García y Pedro Pérez Pérez: *Op. cit.*, p. 5.

²⁸ En la Sentencia dictada en 17 de septiembre de 1990 por el Tribunal Supremo español, se reafirma que el juicio oral debe desarrollarse bajo los principios de publicidad, contradicción y defensa, indicando que resulta imprescindible la presencia del acusado para que conozca los cargos y pueda preguntar o repreguntar sobre las acusaciones o manifestaciones vertidas. También, defiende la inexcusabilidad en razón del principio de inmediación, «a lo que no puede ni debe renunciar el Tribunal sentenciador, pues la atenta y directa observación de los incidentes, gestos y palabras que en el debate se produzcan, constituyen el verdadero objeto de la inmediación, que es la que obliga a entender después que el criterio del Tribunal en la interpretación de las pruebas practicadas debe ser respetado como soberano». Los autores luego han elaborado la doctrina de que el derecho del acusado es a interrogar o hacer interrogar, por lo que su ejercicio -del derecho de defensa- se satisface también cuando es ejercitado por otra persona en su nombre, como es por excelencia el caso del abogado.

o material, que se circunscribe a la preeminencia de la pruebas más cercanas al hecho.²⁹

Por último, pero no por ello menos importante, se halla la *contradicción*, que comprende la posibilidad de proponer pruebas, rechazar las pretensiones del contrario y recusar jueces, entre otras posibilidades. Está en relación de especial vinculación con la igualdad, al punto de considerarse que tienen su base en la plenitud de esta.³⁰ Los principales convenios internacionales la refrendan, al reconocer como garantía del proceso el derecho a interrogar a los testigos de la parte contraria.³¹

III.2. El valor de las pruebas practicadas antes del juicio oral

Relacionado con todos estos principios, y dentro de los aspectos más discutidos en torno al juicio oral, se encuentra la eficacia que en la convicción del Tribunal tienen las pruebas practicadas durante el sumario, tanto porque no se practican, se reproducen por lectura, o cuando el resultado de las mismas difiere en esa ocasión del que ya obra documentado. Al respecto no hay consenso.

Aunque en principio en el ámbito doctrinal hay unanimidad en que solo puede fundarse el fallo en las pruebas que se practiquen en el acto del juicio oral,³² y se considera que un proceso penal es oral solo si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio³³ y una parte de las disposiciones³⁴ y sentencias de nuestro Tribunal

Supremo lo ratifiquen, en cambio otras lo niegan de plano y consolidan una posición ecléctica,³⁵ que de ordinario está sujeta a disímiles interpretaciones por los tribunales inferiores, atentos más a los requerimientos de cada caso en concreto que a una doctrina general.

Cualquier aproximación sobre el tema tiene que partir de sus antecedentes históricos. La década de los 80 fue pródiga en cambios dentro del proceso penal cubano.³⁶ No pueden dejar de mencionarse el Acuerdo 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que estableció la obligación de dictar la sentencia con fundamento en las pruebas prácticas en el juicio oral y exteriorizar en ella el análisis de las mismas; el Acuerdo 10, también del Consejo de Gobierno, antecesor directo del vigente Acuerdo 239, que por primera vez ofreció la posibilidad de calificar la figura delictiva agravada y sancionar en base a los marcos sancionadores previstos para la modalidad básica; y el Decreto Ley 87 de 22 de julio de 1985, que modificó sustancialmente el procedimiento de revisión, aumentando el número y alcance de las causales. Este proceso culminó con la promulgación del nuevo Código Penal el 29 de diciembre de 1987.

La solución, como otras tantas veces y en la mayoría de los casos, no puede encontrarse en los extremos absolutos tan comunes en el ámbito doctrinal, en defensa de los cuales se enfrascan con ahínco reconocidos juristas portadores de autorizados criterios, que no obstante se empeñan en negar las opiniones contrapuestas dejando de apreciar así lo que de positivo tienen las de quienes se le oponen. Como regla, las pruebas han de practicarse en el acto del juicio oral, pero en determinados casos hay que admitir que pueden verificarse antes, e incorporarse

²⁹ Daniel González Álvarez: *Op. cit.*, p. 93.

³⁰ Danilo Rivero García y Pedro Pérez Pérez: *Op. cit.*, p. 6.

³¹ El art. 8, apartado 2, inciso f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como «Pacto de San José de Costa Rica», estipula el «derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos»; mientras que en otros ámbitos, el art. 14, apartado 3, inciso e), de la Convención de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, aprobado en Roma en 1950 por el Consejo de Europa, reconoce que todo acusado tiene la garantía de «interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo».

³² Es el criterio, entre otros, de Danilo Rivero García y Pedro Pérez Pérez: *Op. cit.*, p. 11.

³³ Daniel González Álvarez: *Op. cit.*, p. 88.

³⁴ No puede faltar la referencia al Acuerdo 172 de 1985 y el Dictamen 267 del CGTSP, correspondiente al Acuerdo 42 de fecha 19 de mayo, esclareció que «el valor probatorio de la declaración denominada extrajudicial, que da limitado a que en la fecha en que la misma se hace ante un Notario o ante cualquier otro

funcionario, el testigo hizo esa deposición, la que se inserta en dicho documento: hasta ahí, su eficacia probatoria (...) la declaración formulada por extranjeros ante un Notario, solo será un indicio débil, casi irrelevante, habida cuenta de la imposibilidad de verificar ese testimonio en su contenido.

³⁵ Como simple muestra, y sin ánimo de generalizar, el Tribunal Supremo Popular ha considerado que «no se ofrecen los elementos en base a los cuales puede formarse la convicción de culpabilidad sobre esos hechos y en el intento de hacerlo se recurre a pruebas practicadas en la fase de instrucción y no en el juicio oral, desconociendo, además, de los principios antes referidos, la obligación que les impone el art. 357 de la ley procesal», en la Sentencia 98 de 29 de diciembre de 2011 del rollo de revisión 76 de 2011.

³⁶ Consideramos que falta un estudio que sistematice desde una perspectiva integral y pasados ya más de 20 años, lo acontecido en esa década, con énfasis en las causas de las modificaciones y los motivos por los cuales no se terminó el proyecto, pues solo faltó por modificar la Ley de Procedimiento Penal, a pesar de los estudios realizados.

después al juicio, conservando su validez, y siendo útiles para formar la convicción del tribunal que juzga, supuestos que de hecho han sido objeto de un profundo estudio y en torno a los cuales existe hoy una consolidada dogmática contemporánea. Se trata de las *pruebas preconstituidas*.

III.3. La prueba preconstituida

Debe entenderse que el término *prueba* connota, entre otras exigencias, el ser una actividad del juzgador consistente en el juicio comparativo que este hace entre las afirmaciones fácticas parciales y los datos extraídos en el juicio oral ante el propio juez de acuerdo con las exigencias constitucionales de inmediación, oralidad, contradicción, igualdad, publicidad,³⁷ a pesar de lo cual hay especiales supuestos en que determinadas diligencias probatorias llevadas a cabo con anterioridad y fuera de la presencia del juez son consideradas como *auténticas pruebas*. Con la anticipación se busca no evitar la pérdida de elementos que pudieren ser determinantes para formar la convicción judicial y no fuere factible su ulterior introducción en el momento procesal previsto, a pesar de lo cual para conferirles este carácter es necesario que se practiquen conforme a las reglas del proceso plenario ulterior en el que hayan de producir efecto. La idea es fácilmente comprensible. Para que sean consideradas pruebas, aunque se practiquen en una fase previa, deben diligenciarse ajustándose a las exigencias del juicio oral y condicionadas por la concurrencia de una causa que justifique su anticipación,³⁸ y que impida por supuesto la práctica en el juicio.

Una prueba con estas características tiene aptitud para fundar una sentencia de condena, siempre y cuando se observen determinados requisitos materiales, subjetivos, ob-

jetivos y formales, que la jurisprudencia española ha tenido ocasión de señalar en reiteradas ocasiones. A saber:

- a. *Material*: que verse sobre hechos que por su fugacidad, no puedan ser reproducidos directamente el día de la celebración del juicio oral, o resulte muy difícil.
- b. *Subjetivo*: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, con intervención de las partes.
- c. *Objetivo*: la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito. También que se observen todas las garantías trasplantables de su práctica en juicio oral, como la igualdad y defensa. Otras, como la inmediación y publicidad, no pueden asegurarse, aunque son compensables en el futuro por la vía de entrada en el proceso y de su discusión ante el Tribunal.

Relacionadas con la prueba preconstituida, se ha señalado, entre los problemas del actual proceso penal cubano, la necesidad de regular de manera más precisa cuáles diligencias son prueba preconstituida, y establecer requisitos especiales para su práctica.³⁹

Ahora bien, cuando se trata de la declaración de un testigo, de manera diáfana, no pocos ordenamientos procesales exigen la presencia del acusado y su defensor para reconocerle validez de prueba preconstituida, y en caso contrario, la ausencia determina su nulidad.

IV. El conflicto entre los intereses del menor y las garantías del acusado. La cuestión de la comparecencia de los menores al juicio oral

Entre las garantías jurídicas fundamentales que favorecen a los acusados, se encuentran su derecho a la defensa y a la inviolabilidad personal, establecidas constitucionalmente, las que a través de un proceso de concreción, que simplifica y reduce el nivel de abstracción de las normas constitucionales mediante disposiciones de inferior rango, se tutelan en las normas procesales.

³⁷ Ernesto Pedraz Penalva: *La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba «preconstituida»*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, p. 2.

³⁸ Existía una distinción entre *prueba anticipada* y la *preconstituida*, centrada originalmente en que la primera era irreproducible, urgente por su previsible pérdida y practicada con el posible y máximo respeto a la contradicción y defensa; básicamente afectaba al testigo en peligro de muerte o del que constaba su inminente partida a un punto de difícil comunicación. Y en cambio la preconstituida era tipificada por la necesidad de su realización sumarial -p. ej. la autopsia- justificada en la pérdida de algún dato o elemento que podía ser decisivo a efectos de lograr la convicción del juzgador: de manera primordial se aludía al peritaje y a determinadas diligencias solo valorables por el juez sentenciador mediante su introducción en juicio oral a través de la ratificación del experto o del *testigo* ya bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción. En la actualidad se mezclan fundiéndose en un solo concepto.

³⁹ José Candía Ferreira: «Problemas actuales del proceso penal en Cuba», *Revista Cubana de Derecho*, No. 13, enero-junio, 1999, p. 12.

En cuanto al derecho a la defensa, se concreta en la posibilidad de oponerse a la inculpación en igualdad de condiciones, entre otros aspectos, en relación con la proposición de pruebas. No obstante, conviene recordar que se interpreta en un sentido amplio o material, a partir de lo establecido en los artículos 1 y 163 de la Ley de Procedimiento Penal, y estricto o formal, vinculado al derecho a contar con la asistencia de un defensor letrado, que refrenda el artículo 249 de la propia ley.

En Cuba, el derecho a la defensa formal se ha considerado *de ordinario* que nace con el aseguramiento del imputado, aunque una novedosa interpretación consiste en estimar que en definitiva no va a depender de su aseguramiento propiamente dicho, sino de las condiciones que determinan ese aseguramiento.

Aunque el proceso penal ha evolucionado desde la búsqueda de la verdad a cualquier precio hasta la solución de un conflicto mediante otro de menor cuantía,⁴⁰ no puede olvidarse que la cultura inquisitorial impregna todavía los procedimientos judiciales, y aún hoy no pocas veces y en no pocos lugares se prefiere hallar la verdad del caso a toda costa.⁴¹ Conforme hemos expuesto, en los supuestos de abuso sexual, al margen del daño directo producido por el delito, se puede afectar al menor por vía indirecta, cuando las estructuras de investigación y represión penal actúen sobre él y su entorno, y les provoquen un daño adicional, comúnmente denominado *proceso de victimización secundaria*, que, en ocasiones, puede superar al producido primariamente por la agresión, que es la llamada *victimización primaria*.⁴²

A pesar de ello, lo cierto es que durante la sustanciación de la fase sumarial, la exploración del menor debe hacerse lo antes posible, y en ocasión de ella se debe consignar lo más detalladamente posible lo declarado por el menor, debiendo intervenir funcionarios entrenados, auxiliados por profesionales que dominen la comunicación con los infantes. Se considera importante que durante el proceso penal no se someta al menor a exploraciones innecesarias, pero en principio es casi inevitable que tenga que hacerlo al menos en dos oportunidades, durante la sustanciación del expediente y en el acto del juicio oral, si el Tribunal lo estima necesario o una parte lo reclama con sólidos

argumentos, sobre todo si es la única prueba⁴³ y resulta igualmente necesario preservar los derechos y garantías del acusado. Ese es también el criterio de Rivero García y Bertot Yero, quienes sostienen que «cualquier fórmula que se emplee para el examen del menor, sin perder de vista como interés supremo su protección, no se pueden inobservar principios básicos del juicio oral, como los de inmediación y contradicción, de manera que ha de ser obligatorio, en todas sus variantes a utilizar el control del testimonio, por la acusación y la defensa, aspecto medular de la prueba».⁴⁴

Este es el criterio que prevaleció en la práctica judicial cubana, y que todavía cuenta con respaldo doctrinal en sede nacional, pero la Instrucción 173 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de 7 de mayo del 2003,⁴⁵ refrendó la posibilidad de prescindir, en cualquier caso que así lo estime el Tribunal actuante, de la comparecencia del menor al juicio oral.

Para tomar esa decisión, y a tenor de su texto, el Tribunal debe evaluar seis aspectos, que son, citados literalmente y por su mismo orden: «No afectar la salud mental del menor; alcanzar los fines de justicia, con un adecuado proceder, sin victimizar al menor; si la declaración del menor víctima es determinante o no en el esclarecimiento del hecho; si es suficiente —a los efectos de probar el delito— la entrevista filmada que se le hizo al menor con anterioridad, particularmente para los menores de 12 años de edad; la opinión que al respecto consta en el expediente del facultativo que atendió al menor; y la propuesta y fundamentación del Fiscal y el abogado defensor».⁴⁶

A partir del análisis que haga de los mismos, puede adoptar alguna de las siguientes decisiones: 1) Prescindir del examen exploratorio del menor; 2) Examinar solo la filmación de la entrevista realizada durante la fase preparatoria al menor, si la hubiera, o darle lectura al testimonio de este brindado en la fase preparatoria, especialmente de aquellos niños menores de doce años; 3) Disponer la explo-

⁴³ Ernesto Pérez González: *Op. cit.*, p. 105. El autor reconoce la importancia y no se opone a que sea reexaminado por el Tribunal, tomando las prevenciones del caso.

⁴⁴ Danilo Rivero García y María Caridad Bertot Yero: *Código Penal de la República de Cuba. Ley 62 de 1987* (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular), Ed. ONBC, 2009, p. 248.

⁴⁵ Inspirada, como en ella misma se reconoce, en el principio del interés superior del niño, que consagra el apartado 1 del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁴⁶ Instrucción 173 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 7 de mayo del 2003.

⁴⁰ Daniel González Álvarez: «La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal», *Revista Cubana de Derecho*, No. 11, 1996, p. 98.

⁴¹ Julio B. J. Maier: «La reforma del sistema de administración de justicia penal en Latinoamérica», *Revista Cubana de Derecho*, No. 11, 1996, pp. 78 y 79.

⁴² Ernesto Pérez González: *El testimonio Judicial Infantil. Método para su análisis forense*, Ed. ONBC, La Habana, 2008, p. 41.

ración a través de un especialista que en el local creado para ello en la Unidad de Protección al Menor, formulará las preguntas que le traslade el presidente de la Sala a solicitud de las partes o de oficio, y el testimonio que brinde el menor será visto desde la Sala a través del circuito cerrado, o videoconferencia, en comunicación directa con el entrevistador, u otros medios técnicos, y 4) En aquellos casos en que no existan estos medios técnicos, o sea conveniente para el menor, sin que ello lo afecte, particularmente en el caso de los mayores de 12 años de edad, podrá disponer examinarlo en presencia del Tribunal, a cuyos efectos esta entrevista directa se realizará en la oficina del presidente o en un local habilitado a ese fin, no usando togas, con la presencia del defensor, el fiscal, el representante legal y los jueces, formulándose las preguntas a través del presidente, sin otras formalidades.

La instrucción prevé un último supuesto, referido a cuando exista prescripción facultativa de que el menor no concurra al examen, en cuyo caso dispone que el Tribunal, si fuera necesario o imprescindible realizar alguna acción para determinar la culpabilidad del acusado –tal como establece el artículo 328 de la Ley de Procedimiento Penal– podrá disponer constituirse en el domicilio o en el centro donde se encuentre el menor, con uno o más de sus miembros, con la asistencia de las partes y en presencia del representante legal del mismo, para proceder a su exploración, con la ayuda del facultativo o especialista que lo atiende, quien abordará el tema que interesa y formulará las preguntas que resulten de utilidad para el Tribunal y las partes.⁴⁷ A fuerza de ser justos, lo cierto es que la Instrucción es amplia y ofrece múltiples variantes, y trata de encontrar un punto de equilibrio que concilie todos los intereses que concurren, pero como todas dependen de la voluntad del Tribunal actuante, cuya decisión no es en definitiva susceptible de recurso alguno,⁴⁸ y entre ellas precisamente se halla la de prescindir del examen del menor, o incorporarlo mediante lectura al debate, que para el caso vendría a ser lo mismo, el perjuicio a las garantías del acusado está latente, porque en ambos supuestos se quebrantaría su derecho a la defensa y a un debido proceso.

También creemos oportuno señalar que consideramos que las primeras dos variantes pudieron concretarse en una sola, porque en el primer caso al que se refiere, si opta por prescindir de su examen, obviamente debe incorporarse por lectura el testimonio, que es la segunda posi-

bilidad que reconoce. No hay diferencia sustancial, salvo que se hubiera estimado la posibilidad de que el testimonio del menor no fuera necesario y se prescindiera de él, tanto de su comparecencia como de las constancias procesales. De preferirse la lectura, en nada contribuiría ello a garantizar el derecho a la defensa del acusado, pues su representante legal estaría privado de interrogar al menor y el Tribunal tampoco tendría oportunidad de examinarlo por sí mismo. No sería ocioso recordar que en principio al juicio oral no deben incorporarse testimonios por lectura, lo que desde la LeCrim tiene carácter excepcional y ha sido reiterado en más de una oportunidad por el Tribunal Supremo Popular.⁴⁹

Hay que dar por descontado, además, que la generalizada ausencia de medios técnicos y la falta de una cultura de su empleo hace prácticamente imposible que se utilicen las siguientes dos variantes que prevé la Instrucción. Predominaría, por imperio de las circunstancias, la opción de incorporar mediante lectura las declaraciones del menor, que sería, tal y como se realiza hoy, la más perjudicial de las variantes, porque la exploración se realiza en sede policial por personal sin especial preparación y de manera rutinaria, predispuestos la mayoría de las veces a fundamentar la acusación que a esclarecer la realidad de lo sucedido.

En este punto, a favor de la comparecencia de los testigos y en contra de la incorporación por escrito de pruebas, se alega, entre otros factores, la imposibilidad del Tribunal de apreciar los rasgos humanos y la infidelidad o insuficiencia del acta con lo verdaderamente declarado, así como la incapacidad del actuante para evaluar con imparcialidad el caso.⁵⁰ El marco legal lo ofrecería, además del artículo 342 de la ley procesal penal, el Dictamen 383 de 1988 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el que se precisa que la declaración del testigo incompareciente al juicio oral será apreciada como prueba documental.

Con esta práctica sufren una afectación directa los principios de oralidad, publicidad, e inmediación. El contenido de la declaración no se expondrá verbalmente, sino por escrito, y el público no tendrá acceso al testigo, como tampoco podrá ser examinado directamente por el Tribunal. También los de igualdad y contradicción se verán afect-

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Salvo que se prescinda de la exploración del menor como prueba, en cuyo caso puede estimarse que cabe la protesta que autoriza el art. 287 de la Ley de Procedimiento Penal Preparatoria del posterior recurso de casación por quebrantamiento de forma que pueda interponerse al amparo del apartado 1 del art. 70 de la propia ley ritual.

⁴⁹ Sentencia 1318, de 11 de marzo de 1981, publicada en el Boletín del Tribunal Supremo Popular de ese año, p. 267. «El Tribunal dispuso evaluar como documentos las declaraciones de los testigos que obran en el Expediente y ello no es admisible sino excepcionalmente», citando como tales las situaciones previstas en los arts. 192, 194, 195 y 361 de la LPP.

⁵⁰ Daniel González Álvarez: *Op. cit.*, p. 96.

tados, porque de hecho se priva al defensor el interrogatorio, que sí pudo en su momento realizar el fiscal, quien de ordinario participa en la exploración del menor durante la fase sumarial, y cuyos intereses serán reflejados en el acta, que confecciona el instructor, que en el desempeño de su labor se le subordina.

Es perfectamente entendible que la comparecencia del menor al juicio supone para él una situación de estrés. Ha transcurrido para entonces un tiempo prudencial desde que ocurrió el supuesto hecho, que tendrá que recordar, en un ambiente desconocido e impresionante, y aunque no observe directamente al acusado sabe, o al menos debe suponer racionalmente sobre su presencia, lo cual le afecta emocionalmente. Esta conocida situación produce el efecto de facilitar la adopción de posiciones tuitivas respecto del menor víctima del delito, en detrimento de los derechos del imputado y las garantías del proceso.

No puede olvidarse entonces que el propósito del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, que es lo que preceptúa el artículo 104 de la Ley de Procedimiento Penal, lo que hace siempre necesario que los hechos sobre los que recae sean objeto de prueba, al punto que ni siquiera la confesión del acusado y/o la declaración inculpatoria de sus familiares más allegados exime de esa obligación.⁵¹

Hay que partir de que el proceso penal se articula sobre dos fases principales: instrucción y juicio. Y que mientras en la primera la actividad investigadora tiene como finalidad la averiguación de los hechos, permitiendo así que, si hay acusación sostenida, el órgano jurisdiccional admita la celebración del juicio oral, en la segunda, la prueba tiene como objeto el convencimiento del juez que enjuicia; es en esta fase donde el derecho a la presunción de inocencia, por lo que atañe al régimen de la prueba, despliega sus mayores exigencias.⁵²

Existe también el *derecho al proceso debido*, concepto que aunque carezca de un contenido jurídico específico y determinable con exactitud, ha sido definido con precisión por la doctrina y la jurisprudencia foráneas, y comienza incluso a perfilarse en algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, relacionándolo o englobándolo con el derecho constitucional a la defensa, del cual ningún acusado debe ser privado o limitado. Y dentro de ese derecho general, desempeña un rol fundamental la contradicción, que tiende a asegurarse con el aumento del derecho del imputado a intervenir en las actuaciones sumariales.

Desde esa perspectiva, la declaración de un menor en sede policial no será otra cosa que *notitia criminis*, pues como en la sede policial no hay intervención alguna del imputado, difícilmente puede admitirse que lo allí expresado, con ausencia de la mínima posibilidad de contradicción, pueda constituir un medio probatorio. Incluso, una futura declaración en juicio oral que se limite a ratificar lo expresado en el sumario, presentaría muchos inconvenientes para poder afirmar que se habla salvado el derecho de la parte a la contradicción, no importa si se brindaron ante la Policía, el instructor o el fiscal mismo. Sin embargo, la presencia del acusado, no es imprescindible para dotar de validez las diligencias sumariales, pues ningún precepto de la ley lo exige. Por otra parte, no siempre el acusado estará presente en el juicio oral, pues en uso de sus facultades de policía el Tribunal puede, si bien excepcionalmente, expulsarlo de la sala de audiencia. De lo que no cabe duda es que cualquier restricción a la defensa del imputado, aunque sea legalmente autorizada, tiene, o al menos debe tener, un carácter excepcional. Como regla debe permanecer en la Sala y la prueba practicarse ante él.

La doctrina es unánime al sostener que la declaración testifical realizada en fase de instrucción sin plenitud de contradicción que en esa fase prevé la ley, no podrá constituir prueba de cargo, pues admitiendo su lectura y un debate sobre su contenido, muy infrecuente, la posibilidad de contradicción es mínima, pues la parte o el acusado solo puede hacer objeciones a su contenido predeterminado de la declaración, no sobre otros aspectos que, teniendo relación con el hecho enjuiciado, no han sido incluidos en ella.

No quiere esto decir que nos opongamos a la validez de la prueba documental, que puede ser aprovechada, pero debe tenerse especial cuidado en no hacer una interpretación extensiva, admitiendo como declaraciones testimoniales las documentaciones de las realizadas en fase de instrucción, que en realidad solo serán valorables para los supuestos de no poder reproducirse en juicio oral.

Otra última arista desde la cual puede ser abordado el conflicto es desde la perspectiva de derecho del menor a ser oído. La redacción de la norma supranacional es clara en el sentido de que ese derecho le corresponde en «cualquier procedimiento judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social», que tienen obviamente mayor relevancia cuando el acusado es familiar suyo o mantenía con él una especial relación. De no comparecer al acto del juicio, perdería, de tener ya la capacidad para formarse un juicio propio, la posibilidad de expresar su opinión.

Ante esta realidad, se impone cuestionarse cuál puede ser la solución que armonice el interés superior del niño, que es obligación del Estado proteger y asegurar, y las garan-

⁵¹ Ver art. 1 Ley de Procedimiento Penal.

⁵² Miguel Ángel Gimeno Jubero: *Op. cit.*, p. 11.

tías del acusado, cuya protección también es una obligación desde el momento en punto que tienen respaldo constitucional y legal. En principio, lo ideal es que el menor comparezca al juicio, el que deberá celebrarse a puertas cerradas, y se le permitirá, conforme prescribe la Instrucción, declarar en lugar distinto a la Sala, sin ninguna formalidad y fuera de la vista del acusado. En caso contrario, a nuestro juicio solo hay una vía posible, que no es difícil de asegurar, y es garantizar la intervención, además del instructor, el representante legal del menor, el fiscal y cualquier otro funcionario, de un abogado en la exploración del menor que se realice durante la fase sumarial.

La idea no es nueva. Ya desde 1988 se había señalado de modo expreso y fundado, y precisamente por abogados, la necesidad de que el letrado defensor interviniera activamente en la declaración de los acusados y testigos, muy especialmente cuando no participaran en el juicio oral,⁵³ lo que en su día contó con el respaldo institucional de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos. Técnicamente, nada se opone a ello, aunque sobre el particular la Ley de Procedimiento Penal no sea precisamente explícita, pues no hay en ella un precepto general que lo disponga y las breves referencias que contiene son vagas, si bien permiten, interpretadas de modo extensivo y con buena fe, la intervención de terceros, que por excelencia serían los abogados.⁵⁴

Hay toda una tradición, al menos doctrinal, que respalda esta postura, de la que pueden encontrarse múltiples referencias. Incluso, desde la promulgación de la LECrim se consignó en su Exposición de Motivos en relación con la intervención del abogado que «obligado por ley este instructor a recoger, así los datos adversos como favorables al procesado, bajo la vigilancia inmediata del fiscal, del acusador particular, y hasta donde es posible, del acusado o su letrado defensor»⁵⁵

Amén de que puede promoverse y admitirse su participación a partir de que no está prohibida expresamente, existe otro cauce susceptible de ser invocado para fundamentar la intervención del defensor, y es el que autoriza el artículo 191 de la ley procesal penal. Se refiere este precepto a dos supuestos especiales relacionados con los testigos: 1) La posibilidad de no hallarse en el país en la oportunidad probable en que habrá de celebrarse el juicio oral, y 2) El riesgo de que racionalmente pueda estimarse que para ese momento halla muerto o esté incapacitado física o intelectualmente.

A simple vista puede apreciarse que los dos tienen un supuesto común, y es la posible incomparecencia del testigo al juicio oral, o la imposibilidad de examinarlo aún cuando pueda concurrir porque para entonces esté incapacitado. Esta circunstancia puede resumirse en la previsión de no poder ser examinado en el acto del juicio oral. Ante esa posibilidad, la ley concede al acusado la posibilidad de nombrar abogado en el término de 24 horas, si todavía no lo hubiere hecho, y en su defecto autoriza a que se le designe de oficio, con el propósito de que intervenga en la práctica de la declaración.

No hay que esforzarse mucho para consentir que a partir de la multicitada Instrucción 173 siempre que en el marco de un proceso penal tenga que ser examinado un menor por la vía de exploración a partir de que fue víctima o testigo de un presunto delito, va a existir motivo racionalmente suficiente para temer que puede no comparecer a juicio, a partir de la decisión que al respecto pueda en su día adoptar el Tribunal que conozca de la causa. No vemos entonces objeción para que en ese supuesto se proceda conforme autoriza el artículo 194, aunque hasta ahora en la práctica no se emplee con frecuencia y no exista tampoco respaldo legal a la designación de oficio anticipada del defensor, ni siquiera en las Normas reglamentarias de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.⁵⁶

⁵³ Tomás de Aquino Oquendo Aneiros: «Problemas actuales de la legislación vigente en relación con la sustanciación de la fase preparatoria», en Boletín ONBC, No. 12, 1988, p. 40. Además, en el dictamen que una comisión temporal creada en 1988 por la Asamblea General de la Organización para estudiar las modificaciones que era necesario realizar a la ley de trámites penales, se propuso que la intervención del defensor tuviera carácter obligatorio en la declaración del acusado y que se le reconociera el derecho a intervenir en todas las diligencias de instrucción. Las partes más importantes del dictamen, fruto de la contribución de abogados de todo el país con amplia experiencia en el proceso penal, se publicaron en el Boletín de la ONBC No. 9.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, el art. 131 y los últimos párrafos de los arts. 165 y 184.

⁵⁵ Andrés María Lazcano y Mazón: *El Juicio Oral*, Ed. Lex, La Habana, 1947, p. 10.

⁵⁶ En el Decreto Ley 81, Sobre el ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, de 8 de junio de 1984, no hay una especial referencia a las defensas de oficio, y solo se les menciona al final del inciso c) del art. 18, en el que las incluyen como una de las funciones del abogado, que se ejercerá de acuerdo con las normas establecidas al efecto. Por su parte el Capítulo XI, denominado De la Defensa Penal de Oficio, de la Resolución 142 con fecha 18 de diciembre de 1984 del Ministerio de Justicia, Reglamento sobre el ejercicio de la abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, comprende siete arts. (52-58), que son presumiblemente las normas a las que hizo referencia el Decreto Ley 81, y en ellos solo se reconoce el ejercicio de la Defensa Penal de Oficio ante los tribunales, pero no hay ninguna referencia a la posibilidad de hacerlo ante el órgano de persecución penal durante la fase previa, cuyo único supuesto

Se trata, a simple vista, de un reto:⁵⁷ por una parte, reducir al máximo la victimización secundaria que sufre el menor que ha sido víctima de un delito y evitar que nuestras actuaciones dificulten la recuperación psicológica del niño, lo que debe ir acompañado del desarrollo de nuevas y más eficaces técnicas de evaluación de la victimización y el testimonio infantil; y por otra, al mismo tiempo, garantizar los derechos del autor del hecho. En otras palabras, asegurar que no se atente ni contra el interés del menor y su derecho al pleno desarrollo de su personalidad, ni contra los derechos del acusado.⁵⁸

Para solucionar la situación, si bien son deseables modificaciones legislativas, en la actualidad empleando el cauce legal existente y otras herramientas puede actuarse con efectividad en función de proteger a la víctima sin perjuicio de las garantías del imputado.

V. Conclusiones

Finalizado el estudio, proponemos a modo de conclusiones:

1. Que si se explora un menor durante la investigación de un delito sin que del acto participe un abogado, y luego esa prueba no se practica en el acto del juicio oral, se quebrantan el derecho del acusado a la defensa y los principios fundamentales del proceso penal
2. Que el único modo efectivo de evitarlo va a ser asegurando la participación de un abogado durante la exploración del menor, exista o no acusado conocido, bien por designación o de oficio
3. Que ello puede implementarse en la actualidad sin ninguna modificación a la Ley de Procedimiento Penal, mediante la interpretación y aplicación del artículo 194 de la Ley de Procedimiento Penal.

conocido lo es el art. 194. Tampoco existe en la actualidad ninguna norma interna de la organización que lo regule, aunque está en estudio una con motivo del cada vez más frecuente requerimiento de que los abogados asistan durante la sustanciación del sumario a los acusados procesados por delitos contra extranjeros, a cuya comparecencia le es aplicable el precepto.

⁵⁷ Ya señalado antes por otros autores, dentro y fuera de Cuba. Ver José A. Hernández Sánchez: *Op. cit.*

⁵⁸ Aunque otros autores, en términos matemáticos, aumentan el número de variables de la ecuación. Así se estima que concurren el interés del menor, sus derechos como víctima del delito, el criterio de mínima intervención, las exigencias de la prueba en el proceso, las garantías del acusado y la búsqueda de la verdad material. Ver Miguel Ángel Gimeno Jubero: *Op. cit.*

VI. Recomendaciones

En consecuencia recomendamos que:

En todos los casos en que se realice la exploración de un menor durante la investigación de un delito se asegure la participación de un abogado en la diligencia, con independencia de que se conozca o no la identidad del acusado.

Para ello, si hay ya acusado conocido y habido, y tiene abogado, se le debe citar para que comparezca a la diligencia; si hay acusado, pero no designado abogado, bien porque no ha sido asegurado o no lo ha decidido, que se le conceda el término de veinticuatro horas para que nombre defensor, si lo hace, que se le permita intervenir, y si no lo designa, se le nombrará de oficio y deberá intervenir en la exploración. Si el acusado no ha sido habido, o no hay acusado conocido, que de todas formas se designe un defensor designado de oficio a esos efectos.

* * * * *

Las formas de reparación del daño: su regulación como contenido de la responsabilidad jurídica civil

LIC. ANA MARÍA MÉNDEZ AFRE

SUMARIO

I. Nociones previas. II. Reparación *in natura*. III. Reparación por equivalente. IV. Daños y perjuicios. V. Notas Conclusivas. VI. Bibliografía

I. Nociones previas

El instituto de la responsabilidad jurídica civil, identificado también bajo la denominación de *Derecho de daños*, se ha revitalizado en las últimas décadas, siendo centro de atención de los estudiosos de la materia ante las tendencias doctrinales y jurisprudenciales, que han motivado su evolución continua. La responsabilidad civil, de gran importancia para el Derecho Civil en general y en particular para el Derecho de Obligaciones y Contratos, ostenta una impronta romanista y en su centro gravitan, entre otras cuestiones, las relativas a su contenido.

En la actualidad, las diversas situaciones a las que se puede enfrentar el ser humano en las cada vez más

complejas relaciones jurídicas que se crean, pueden a su vez provocar consecuencias lacerantes, generadoras de disparidad y desequilibrio. Por esta razón, las personas necesitan amparo para protegerse y proteger sus bienes con base en un derecho dinámico, acorde a las exigencias de una nueva realidad y que tenga como objetivo supremo la máxima protección a la víctima de algún daño.

Conocido es que el daño puede adoptar diversas modalidades, por lo cual es necesario prever diferentes formas de indemnizar a la víctima, para poder satisfacer su pretensión indemnizatoria dirigida a un resarcimiento pleno, a favor del principio *pro damnato* como eje del Derecho de Daños moderno. Tal cual reconocen varios autores¹ consultados, todas estas formas «responden a la finalidad de reponer a la víctima al estado anterior a la producción del daño, pero, en ocasiones, resarcir a la víctima requerirá el concurso de varias formas de reparación. Piénsese en los daños derivados del incendio de un local de negocio: en el lucro cesante en el caso del incendio de un local de negocio: el local de negocio podrá ser reconstruido, es decir, reparado *in natura*, pero los beneficios dejados de obtener como consecuencia del acto ilícito deberán ser resarcidos mediante la indemnización por equivalente».

Ello solo sería posible con una regulación de las diversas formas de reparación del daño, como contenido de las indemnizaciones que se verifican por concepto de responsabilidad civil, coherente con el fin de lograr una efectiva protección a la víctima.

Cuando se habla del contenido de la responsabilidad civil, al decir de Roselló Manzano,² generalmente se hace alusión al tipo de prestación –y la extensión o magnitud de esa prestación– que resulta objeto de la obligación indemnizatoria, la cual tiene su fuente en el acaecimiento de una acción u omisión de consecuencias dañosas, imputables a quien será sujeto pasivo de dicha obligación. De esta importante cuestión se ocupan los artículos 83-86, ambos inclusive, del Código Civil cubano.

Tradicionalmente se reconocen como formas de resarcimiento o reparación del daño, contempladas como contenido de la responsabilidad jurídica civil: la Reparación específica o *in natura* y la Reparación por equi-

valente. Asegura Neveira Zarra³ que ambos modos de reparación son admitidos por la generalidad de los autores de los distintos sistemas jurídicos, los cuales, aun respetando su autonomía y diversidad y atribuyendo primacía a uno u otro, no dudan en englobarlos en una única categoría: la de los medios tendentes al resarcimiento de los daños y perjuicios.

De ello se colige que ambas formas de reparación presentan características comunes, en tanto contribuyen a paliar las consecuencias perjudiciales de un evento dañoso, constituyendo una reacción frente a un daño ya producido. No obstante, presentan características distintivas. Los autores,⁴ al referirse a la *reparación in natura*, contemplan como objeto de esta obligación el bien en sí o la posibilidad de sustituirlo por otro igual; en el caso de la *reparación por equivalente* se reconoce la entrega de la cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido que en el caso de daños y perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido o de lo dejado de percibir, mientras que tratándose de los no patrimoniales o morales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado. Otros autores como Luna Yerga, incluyen como otra modalidad la *reparación en especie*, que consiste en la entrega de bienes, cuyo valor equivalga al daño sufrido.

Aunque se trata de conceptos sobre los que existen consensos generales, tal cual advierte Solano Rodríguez,⁵ alrededor de ellos se han planteado interesantes polémicas por la variedad en la terminología adoptada por las legislaciones y la doctrina, a las cuales el ordenamiento jurídico cubano no escapa. En la actualidad se plantean problemas terminológicos y sustantivos en tanto subsisten dificultades en la regulación legal del contenido de la responsabilidad jurídica civil en nuestro Código Civil que trascienden en la interpretación que de ella se hace por los Tribunales, tales como: ¿cuándo condenar a reparar en dinero o *in natura*? ¿la restitución debe ser exactamente del mismo bien o pudiera entenderse otro de la misma especie y calidad? ¿cuándo la restitución «no es posible» según establece el artículo 85 del Código Civil cubano? ¿cómo distinguir entonces la acción de cumplimiento en las obligaciones de dar restitutivas de la acción indemnizatoria cuya modalidad es la restitución? ¿qué entender por daño y perjuicio? ¿puede el propio perjudicado optar por plan-

¹ Vid. Álvaro Luna Yerga et al: *Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español*, <http://www.indret.com>.

² Vid. Rafael Roselló Manzano: «¿Es la restitución del bien contenido de la responsabilidad civil en el Código civil cubano de 1987?», archivo personal del autor.

³ Vid. Maita María Naveira Zarra: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es>.

⁴ Vid. Álvaro Luna Yerga et al: *Op. cit.*

⁵ Vid. Arturo Solarte Rodríguez: *La reparación in natura del daño*, <http://redalyc.uaemex.mx>.

tear la forma de reparación que considere idónea para quedar indemne? ¿esta posibilidad tiene algún límite?

II. Reparación *in natura*

La reparación *in natura* también denominada en el derecho comparado como reparación en especie o resarcimiento en forma específica, es reconocida por los autores como la forma primaria de reparar el daño causado, la forma más perfecta, la forma genuina de reparación, dado que con ella se procura obtener el equilibrio perdido en el patrimonio del damnificado. Esta forma de reparación consiste, a juicio de la mayor parte de la doctrina, en restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño.⁶ Ese restablecimiento de la situación *ex ante*, que tiende a reintegrar el interés dañado del sujeto perjudicado, se consigue normalmente reparando o enmendando el bien dañado, pero también, cuando lo anterior no es posible, sustituyéndolo por otro igual al destruido.

La reparación en forma específica se concreta, por tanto, a través de una obligación de hacer cuando se trata de reparar el propio bien dañado o en obligaciones de dar, cuando se debe entregar un bien del mismo género o con las mismas características que el destruido o dañado.

El artículo 83 del Código Civil cubano incluye dentro del contenido posible del resarcimiento, una variante que a primera vista parece encontrar acomodo esta forma de reparación. Se trata del inciso a) que menciona la *restitución del bien*, término que el legislador trató de explicar en el artículo 84: «La restitución debe hacerse del mismo bien, con abono del deterioro o menoscabo, siempre que sea posible y no haya sido adquirido de buena fe por tercero en establecimiento comercial o subasta pública».

De la redacción de este artículo se colige que en nuestro articulado la restitución del bien es vista como una devolución del mismo bien y no una reparación de la situación, y al leer en concordancia con el siguiente artículo cabe la duda de cómo solucionar aquellos casos en que no se puede restituir el mismo bien, pero sí otro de la misma especie y calidad. En este supuesto no concurriría una restitución en sí pues no sería el «mismo bien», pero tampoco cabría dentro de los supuestos de reparación del daño material toda vez que este comprende el abono, el valor, el bien cuando la restitución «no es posible».

El primer problema que surge de la redacción de dicho artículo es que la restitución debe ser del *mismo bien* según su propia letra, cuando se debió formular la posibilidad de restituir el bien dañado al estado anterior al acaecimiento del evento dañoso, o la entrega bien de la misma especie y calidad que el dañado o destruido, idea que se refuerza al regular «con abono del deterioro o menoscabo», es decir, que la disminución en el valor y la utilidad de la cosa deben ser abonados en dinero, lo que sin dudas nos acerca más a la idea de que es la misma cosa la que ha de restituirse y en caso de deterioro o menoscabo, abonar una suma de dinero que lo cubra.

A ello se adiciona el hecho de que esta restitución se hará siempre que sea posible, lo cual genera la interrogante ¿qué entender por la imposibilidad de la restitución: no poder devolver el mismo bien, aunque sea posible entregar otro de igual especie y calidad, o solo aquellos supuestos en que no existan ninguna de estas opciones?

El término es dudoso, toda vez que no se aclara cuándo sobreviene esta imposibilidad. Si se piensa en la posibilidad de sustitución del bien dañado por otro frente a la obligación de devolver el mismo bien, se entenderá que al amparo del precepto legal vigente ello no es posible aunque el bien, por su naturaleza sea genérico, cuando la imposibilidad solo deberá ser en aquellos casos en los que por la naturaleza específica del bien no tenga sustitutos o equivalentes en el mercado, o cuando ya no satisfaga el interés de la víctima la actividad a desplegar por el agente dañoso.

Por tanto, vista la restitución al amparo de nuestra legislación como devolución del mismo bien, permite colegir, por tanto, que su espacio de aplicación se estrecha en tanto solo sería aplicable a aquellas obligaciones que implican una devolución que en el ámbito contractual tiene sus ejemplos en los contratos de depósito y comodato, pero quedarían excluidos otros tantos que engendran una obligación distinta para el deudor.

Ello permite afirmar que la restitución, tal cual se regula en nuestro código, no forma parte propiamente del contenido de la responsabilidad jurídica civil, pues no constituye una forma de reparar el daño provocado a la víctima, al no regular el restablecimiento de la situación anterior, sino que su esencia forma parte de una pretensión directamente vinculada a la acción de cumplimiento,⁷ la cual dista de la

⁶ Vid. Campos Reglero *et al*: *Tratado de Responsabilidad Civil*, vol. I, Parte General, Elcaro, Navarra, 2002, p. 260.

⁷ La acción de cumplimiento es el primero de los remedios del acreedor frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deudor, y puede ejercitarse por sí sola cuando se verifica el incumplimiento y se solicita de intervención judicial para que condene al cumplimiento forzoso, ya sea específico y por equivalente, o puede ejercitarse de

acción de indemnización y en nuestra propia normativa se establece la diferencia entre ambas acciones prevista en el artículo 111 del Código Civil.

Que al indicar este artículo una acción tendente a la recuperación de un bien, se vincula igualmente con la finalidad para el cual existen las denominadas acciones posesorias como la reivindicatoria, las cuales han sido configuradas para estos supuestos.

III. Reparación por equivalente

La reparación por equivalente, ampliamente abordada en la doctrina, a juicio de Neveira Zarra⁸ consiste en la entrega al perjudicado de una suma de dinero. Esa suma, en el caso de perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido, mientras que tratándose de perjuicios extrapatrimoniales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado.

La reparación por equivalente se concreta siempre en una obligación de dar de contenido pecuniario, que proporciona al sujeto dañado, no el mismo interés o utilidad de que se ha visto privado a consecuencia del evento dañoso, sino un interés o utilidad diferente (dinero), por lo que se afirma que este tipo de reparación desempeña o cumple una función de compensación.⁹

En el Código Civil cubano, ello encuentra reflejo en el artículo 85 que define que la reparación del daño material *comprende* el abono en dinero del valor del bien cuya restitución no es posible, o del menoscabo sufrido por dicho bien, abono este último que por otra parte ya se ha encargado de mencionar el artículo anterior. De la lectura de dicho artículo, se entiende que esos dos supuestos son los únicos a los que se aplica esta forma de reparación del daño y opera solo cuando la restitución no es posible. Ello nos hace volver sobre el tópico anterior, toda vez que de poder compensar el daño con un bien de la misma especie y calidad, ello no encontraría cobija legal en ninguna de las

formas de reparación previstas en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que al no tratarse del mismo bien no sería una restitución, pero a su vez al no ser una compensación económica tampoco clasificaría como una reparación por equivalente.

Ello indica que no fue muy feliz la regulación de esta modalidad de reparación en nuestro ordenamiento jurídico, por las lagunas que crea su interpretación y aplicación de conjunto con el artículo que le precede ya analizado *supra*.

IV. Daños y perjuicios

La reparación de los daños y perjuicios se encuentra presidida por un principio angular, el de la *restitutio in integrum* o reparación integral.¹⁰ Se trata de un principio clásico en materia de responsabilidad civil, que encuentra su origen en el Derecho Romano y cuya consecuencia es la exigencia de que al perjudicado le sea reparado todo el daño padecido por él, siempre y cuando ese daño sea imputable a otra persona. El logro de tal objetivo implica que la víctima sea resarcida tanto respecto al daño efectivamente ocasionado como a los beneficios dejados de percibir producto de este daño. Pero a su vez ello implica una valoración racional del daño, para que no exista desequilibrio y que la reparación no sea una infra-compensación ni implique un enriquecimiento injusto al perjudicado, que grave el patrimonio del agente dañoso indebidamente.

Aunque a juicio de autores como Lacruz Berdejo, De Ángel Yague y Santos Britz,¹¹ los términos son sinónimos, a juicio de otros,¹² existe una distinción teórica entre ambos.

En opinión de Díez Picazo, el daño emergente comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas y los desembolsos realizados en atención al daño y el lucro cesante las ganancias dejadas de obtener, y aunque ambos términos se incluyen dentro del concepto de daño, constituyen dos formas diferentes de manifestarse, por lo que requieren una diferenciación en su valoración.

Aunque no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la distinción entre los términos *daños* y *perjuicios*, resulta

conjunto con la acción de indemnización en aquellos supuestos en que además del incumplimiento de la obligación, visto como la acción u omisión antijurídica, se produzca un daño como consecuencia de este, es decir como consecuencia del incumplimiento.

⁸ Vid. Maita María Naveira Zarra: *Op. cit.*

⁹ Sobre la función de compensación inherente a la reparación por equivalente Vid. Luís Fernando Terner Barrios y Francisco Terner Barrios: «Breves comentarios sobre el daño y su indemnización», *Opinión Jurídica*, vol. 7, no. 13, enero-junio de 2008, Medellín, Colombia, pp. 97-112.

¹⁰ Vid. Marta Naviera: *La valoración del daño resarcible*, <http://ruc.udc.es>.

¹¹ Vid. Pedro J. Femenía López: *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 69.

¹² Vid. Luís Díez Picazo: *Derecho de Daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 322 y 323 y Andreas Forrer (Coordinador): *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, <http://www.profis.com.co>.

desacertada la completa equiparación que en sede jurisprudencial se ha hecho entre el concepto de *daño* y el de *daño emergente*, y el de *perjuicio* con el *lucro cesante*, aunque sea por una cuestión de lectura coherente de lo regulado en el Código Civil.

Como hace notar la profesora Ojeda Rodríguez,¹³ algunas partidas indemnizatorias que se encuentran incluidas bajo la rúbrica de perjuicios en el artículo 86, entrarían dentro de lo que se considera como *daño emergente*, lo cual no solo incide en la técnica legislativa sino también en la interpretación que de estos artículos se hace conforme a la doctrina sentada, lo que se refleja en no pocas sentencias de nuestro Tribunal Supremo.¹⁴

Goyas Céspedes,¹⁵ en su tesis doctoral, se refiere al tema y afirma que dentro del artículo 86, dedicado a la indemnización de perjuicios, se incluyen supuestos de daño emergente. Concretamente, coincido con la autora últimamente citada en que solo los incisos a, b y c del mentado artículo constituyen verdaderos supuestos de lucro cesante.

Teniendo en cuenta lo técnicamente considerado como *perjuicio*, es visible que el legislador del Código civil patrio tenía una concepción amplia de dicho término entendida como el efecto de perjudicar, por lo que incluyó partidas de daño emergente y lucro cesante bajo de denominación de perjuicios.

La distinción entre *daño* y *perjuicio* adquiere importancia al momento de adoptar las decisiones judiciales reparatorias, toda vez que en dependencia del daño causado y del interés indemnizatorio se impone la condena judicial de reparación del daño.

¹³ Vid. Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez: «Defensa y protección del crédito», Nancy de la Caridad Ojeda Rodríguez y Teresa Delgado Vergara: *Teoría general de las obligaciones: comentarios al Código civil cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, p. 143.

¹⁴ Entre otras, en las STS 479 de 31/07/2003 (Sala de lo civil), 334 y 335 de 9/06/2000 y 45, de 30/06/2005 (Sala de lo económico), así como la paradigmática sentencia 110 de 2/11/1999 de la Sala 2ª de lo civil y de lo administrativo del TPP de Ciudad de la Habana, todas citadas por Leonardo Pérez Gallardo, Código civil de la República de Cuba, Ley 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado), Ed. ONBC, La Habana, 2007, pp. 73 y 74. Además de ello, el alto foro, Sala de lo Civil, en su Sentencia 29 de fecha 28 de enero de 2003, afirmaba que los perjuicios «no son más que la consecuencia negativa y material futura (sic) del daño presente».

¹⁵ Lianet Goyas Céspedes: *El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano*, Tesis doctoral, Tutora Prof. Dra. Caridad Valdés Díaz.

V. Notas conclusivas

Estos problemas evidencian la necesidad de definir con coherencia en los ámbitos doctrinal, legal y jurisprudencial las diferentes formas de reparación del daño, sus presupuestos y características, de manera que dentro de un mismo ordenamiento jurídico coexistan de manera armónica varias formas de indemnizar en correspondencia con la naturaleza del evento dañoso. Dígase que en dependencia del daño causado, la víctima pueda solicitar una indemnización íntegra que logre reparar el daño restableciendo la situación que existiría de no haberse producido el suceso entiéndase con el bien mismo, otro del mismo tipo y calidad o su equivalente en dinero, o reparando la pérdida sufrida a través de una compensación moral y/o monetaria.

Ello obviamente estriba en la realización o no de la pretensión concreta de la víctima, toda vez que la actual regulación impide el logro del interés indemnizatorio y obstaculiza la interpretación judicial en la aplicación de la norma a cada caso. Solo la correcta definición legal, doctrinal y jurisprudencial de todas las modalidades de indemnización puede lograr la real protección a toda víctima de un daño.

VI. Bibliografía

Doctrina

- CAMPOS REGLERO *et al*: *Tratado de Responsabilidad Civil*, vol. I, Parte General, Elcaro, Navarra, 2002.
- DIEZ PICAZO, Luís: *Derecho de Daños*. Civitas. Madrid, 1999.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- FORRER, Andreas (Coordinador): *Daño y reparación judicial en el ámbito de la Ley de Justicia y Paz*, <http://www.profis.com.co>.
- GOYAS CÉSPEDES, Lianet: *El resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano*, Tesis doctoral, Tutora Prof. Dra. Caridad Valdés Díaz.
- NAVEIRA ZARRA, Maita María: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es>.
- NAVIERA, Marta: *La valoración del daño resarcible*, <http://ruc.udc.es>.
- LUNA YERGA, Álvaro, *et al*: *Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español*, <http://www.indret.com>.
- OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, «Defensa y protección del crédito», OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y TERESA DELGADO VERGARA: *Teoría general de las*

obligaciones: comentarios al Código civil cubano, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

ROSELLÓ MANZANO, Rafael: ¿Es la restitución del bien contenido de la responsabilidad civil en el Código civil cubano de 1987?, archivo personal del autor.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: *La reparación in natura del daño*, Consultado en <http://redalcyc.uaemex.mx>.

TERNERA BARRIOS, Luís Fernando y FRANCISCO TERNERA BARRIOS: «Breves comentarios sobre el daño y su indemnización», *Opinión Jurídica*, vol. 7, no. 13, enero-junio de 2008, Medellín, Colombia.

Legislación

Código Civil de la República de Cuba, Ley 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado), Ed. ONBC, La Habana, 2007.

* * * * *

La detención y la prisión provisional en régimen de incomunicación, ¿un tema prohibido, olvidado o ignorado?

LIC. DISNEY PADRÓN COMPANIONI
ESP. MARIO RODRÍGUEZ REDONDO

SUMARIO

I. Introducción. II. La incomunicación del detenido o asegurado. Aspectos generales. II.1. Antecedes legales. II.2. Ley de Procedimiento Penal: legalidad y realidad. III. Conclusiones

I. Introducción

Estos breves apuntes, son solo un acercamiento inicial a una cuestión de la que no tenemos conocimiento se haya abordado ni publicado por expertos o especialistas patrios, a pesar de estar íntimamente relacionada con un tema como la detención y la prisión provisional, tan estudiados en profundidad y variedad por muchos autores y operadores del derecho.

Verdaderamente asombra que la prolongada incomunicación -absoluta o relativa- que sufre una persona detenida o apresada durante el desarrollo de la fase preparatoria del juicio oral, no haya merecido en la actualidad el interés

de los investigadores del proceso, aún cuando ello puede entrar en contradicción con el derecho constitucional de la libertad personal y su inviolabilidad.

Por tales razones, hemos realizado una primera aproximación al asunto, que ante su significado e importancia merece una investigación más abarcadora y acabada, destinada a conocer los fundamentos legales de la incomunicación del aprehendido o asegurado, su tratamiento histórico en nuestro país, en los modernos cuerpos procesales de algunos países de Latinoamérica, así como en las normas internacionales que regulan la materia, con el objetivo de determinar si su formulación teórica y su aplicación práctica tienen respaldo legal en nuestra ley de procedimiento penal.

II. La incomunicación del detenido o asegurado. Aspectos generales

Es posible que una gran parte de los operadores del derecho en nuestro país tengan la idea de que detención y prisión provisional, cuando el acusado se encuentra en las unidades policiales o de investigación, es sinónimo de incomunicación, y no les falta razón, ya que en la práctica ello se comporta así. Criterio al parecer aceptado por académicos o científicos patrios, porque no existe ninguna obra escrita para estudiantes universitarios o profesionales del derecho que haga referencia a la incomunicación.¹ Basta analizar los conceptos, presupuestos, duración, la persona responsable de llevarla a efecto y los fines que estos encierran para apreciar las marcadas diferencias que tienen entre sí.

Este estudio parte del principio general que rige en las constituciones de muchos estados modernos: nadie podrá ser detenido sino en los casos y con las formalidades que las leyes prescriben, lo que es refrendado por los respectivos cuerpos de procedimiento criminal, encargados de fijar los requisitos, el modo y los entes autorizados para ello.

¹ Las obras consultadas fueron: Aldo Prieto Morales. *Derecho Procesal Penal. Segunda Parte*. Ed. Orbe, La Habana, 1977 que analiza el proceso en vigencia en la Ley 1251 de 1973; Aldo Prieto Morales. *Derecho Procesal Penal. Segunda Parte*. Ed. ENSPES, La Habana, 1982 que estudia el procedimiento de la LPP; *Temas para el Estudio del Derecho Procesal Penal. Segunda Parte*. Ed. Félix Valera, La Habana, 2004 que lo aborda con posterioridad a las modificaciones introducidas por el Decreto Ley 151 de 1994 y Jorge Bodes Torres. *La detención y el aseguramiento del acusado en Cuba*. Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

La *detención* la entendemos como una forma temporal de privación de libertad personal, que solo puede llevarse a cabo por un corto período de tiempo,² antes o durante la existencia de un proceso penal, e incluso cuando este haya concluido, bien por la policía, una autoridad facultada o un simple ciudadano, con el objetivo de someter al aprehendido a proceso penal o al cumplimiento de la condena impuesta.

Los motivos para la captura pueden ser varios y van desde el que intente cometer un delito, pasando por el delincuente *infraganti*, al acusado de cometer delito grave, frecuente o alarmante, hasta el procesado rebelde, el evadido de prisión o lugar de detención y el inculcado que trate de obstruir la acción de la justicia.

Por otro lado, la medida cautelar de *prisión provisional* se conceptualiza como el estado de privación de libertad impuesto al imputado por órgano jurisdiccional, durante el desenvolvimiento del proceso con el fin de obtener la efectiva aplicación de la ley penal.³

Contrario a la detención, la prisión preventiva solo puede ser decretada dentro del proceso penal, por mandato judicial o de autoridad facultada —como el caso nuestro— y puede extenderse hasta su conclusión, con el objetivo de evitar la comisión de nuevos delitos, la fuga del acusado, la conjura para obstruir las investigaciones y, de manera especial, para asegurar su presencia en los actos de justicia y el cumplimiento de la condena.

Los presupuestos básicos para su adopción son la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y la existencia de razones fundadas para estimar responsable a la persona de su comisión.

Dentro del proceso penal puede decidirse que el acusado cumpla la detención o la prisión temporal, de forma comunicada o incomunicada, en dependencia de la actitud asumida por este al momento de su arresto o durante el desarrollo de las investigaciones.

Cuando la posición del procesado no representa un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos, la detención o la prisión cautelar, puede adoptarse en forma comunicada, es decir, que puede relacionarse con otras personas, entrevistarse privadamente con su abogado, recibir visitas

íntimas, familiares o de personas amigas, mantener correspondencia, realizar llamadas telefónicas, tener libros o documentos y realizar determinados actos procesales o civiles urgentes, etc. Si por el contrario asume un modo hostil, ya sea mediante el intento de evasión o la obstrucción de las investigaciones, el aprehensor, el órgano jurisdiccional o la autoridad facultada pueden ordenar su incomunicación.

Para poder diferenciarla de la detención y la prisión cautelar, es obligatorio conocer que la *incomunicación* es el aislamiento que sufre un inculcado por un período de tiempo relativamente breve,⁴ al que se le impide o restringe el trato o la correspondencia con otras personas del mundo exterior, con el fin de evitar que se evada de la acción de la justicia u obstaculice la búsqueda de la verdad, mediante actos tendentes a destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de prueba; influir en los coimputados, testigos o peritos para que declaren falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; o inducir a otros a realizar tales comportamientos. Solo durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias encaminadas a evitar los peligros enunciados.

La incomunicación puede ser de dos formas: *absoluta* y *relativa*. La primera es cuando la persona sometida a encierro se le impide todo tipo de contacto verbal, escrito o telefónico con personas ajenas al lugar donde se encuentra reclusa. La segunda, cuando se le permite la comunicación con su defensor o su familia, la tenencia de libros u otros materiales, la realización de determinados actos procesales o civiles impostergables, siempre y cuando no impidan los fines propuestos con dicha medida.

Llegado este punto se hace forzoso diferenciar los tres conceptos enunciados. Como hemos podido apreciar la *detención* y la *prisión provisional* implican una limitación de la capacidad de locomoción del individuo en el espacio, mientras que la *incomunicación*, obviamente, también constituye una restricción del movimiento físico, pero agravado por la imposibilidad de mantener relación y correspondencia con otras personas del mundo exterior de manera absoluta o relativa.

La incomunicación es una medida que provoca grandes disidencias en la doctrina; por un lado, están quienes propugnan su abolición por considerarla violatoria de los

² El principio décimo noveno, punto tres, de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia*, establece que el límite máximo de la detención nunca excederá de setenta y dos horas.

³ Vicente J. Martínez Prado. *La prisión provisional. Régimen Jurídico*. <http://www.uv.es/~ripj/7pri.htm>.

⁴ La Resolución 43/173 de la Asamblea General de la ONU de 9 de diciembre de 1988. Conjunto de principios para la protección de toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión, establece en el principio quince que «no se someterá a la persona presa o detenida incomunicada del mundo exterior, en particular de su familia o su abogado, por más de algunos días.»

derechos personales y ser una medida de tipo inquisitivo; por otra parte, quienes están a favor de tal medida sostienen que es necesaria para asegurar el éxito de la investigación, y que si está bien regulada no atenta contra los derechos personales del imputado.⁵

Estamos en contra de todo tipo de incomunicación de presos o detenidos, porque no solo es contraria a los derechos individuales del acusado y muestra real de uno de los rasgos más extremos del sistema inquisitivo, sino porque los fines que se persiguen con ella pueden lograrse con la detención o la prisión cautelar comunicada. Basta que ante la sospecha de escape o conspiración se tomen medidas precautorias de supervisión, vigilancia y control sobre el aprehendido, y de toda relación o comunicación que este pueda establecer con otras personas del lugar de la reclusión o del mundo exterior. Máxime cuando en la actualidad existen suficientes adelantos tecnológicos que así lo facilitan.

En sentido contrario, en la actualidad, entre los que toma partido por la forma incomunicada, la aceptan únicamente como media de excepción y de carácter relativo, que debe aplicarse y cumplirse ante hechos de extrema gravedad, por el tiempo mínimo inevitable para frustrar tales intenciones y bajo ninguna circunstancia puede equipararse su término de duración con el que se autoriza para la prisión precautoria.

Creemos que su aplicación como medida imperativa y con carácter absoluto —propio de la época feudal— es mayoritariamente rechazado por un sector dominante de la doctrina y la ciencia. Cuando la incomunicación del procesado se prolonga más allá de *algunos días*, puede reputarse que sufre un tratamiento inhumano o degradante.

II.1. Antecedes legales

Para tener un conocimiento más abarcador de la institución abordada, es imprescindible conocer la evolución y sistemática legal que ha tenido en Cuba a largo del período colonial, neocolonial y revolucionario.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882, que entró en vigor para Cuba el 1 de enero de 1889, instituyó el principio general de que nadie puede ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben (Artículo 489).⁶

Dicho cuerpo legal regulaba las circunstancias en que la autoridad, el agente de la policía judicial o cualquier persona, tenía la obligación de detener (Artículos 490 y 492), pero le ordenaba ponerlo en libertad o entregarlo a disposición del juez o tribunal dentro del término de veinticuatro horas siguientes a la aprehensión (Artículo 496), quien a su vez, dentro de las siguientes setenta y dos horas de haber recibido al detenido, lo dejaba en libertad o le imponía la prisión (Artículo 497) si se cumplían tres requisitos: que constara en los autos la existencia de un hecho con caracteres de *delito*, que este fuera grave y que existieran motivos bastantes para estimar responsable al detenido (Artículo 503).

Los artículos 506-511, hacen referencia a la incomunicación de presos o detenidos, los que si bien no definen claramente los objetivos de esta forma de proceder, de ellos se infiere que se decretaba para evitar la confabulación.

Se establecía, como regla general, que el término de duración del aislamiento no podía exceder de cinco días, pero el juez o tribunal podía decretar una segunda incomunicación que nunca podía exceder de tres días más. Es decir, la persona podía estar incomunicada durante el término de la detención y posteriormente, ya con la aprobación del juez de instrucción, en los primeros días de sometimiento a prisión provisional, situación que no podía exceder de ocho días en total.

En este estado se le impedía al procesado nombrar abogado —que de lo contrario podía nombrarlo desde que se iniciara el proceso en su contra (Artículo 384)—, mas se le consentía asistir a las diligencias que la ley le permitía, tenía derecho de recibir recado por escrito, enviar o recibir correspondencia, o tener libros y determinados efectos personales, para lo cual se tomaban las medidas oportunas para evitar un complot.

Sin embargo, la incomunicación tuvo una efímera vigencia legal, porque al producirse en Cuba la ocupación militar norteamericana, el Gobierno Interventor dictó la Orden 109 de 15 de julio de 1899, que proscribió totalmente el aislamiento del detenido o procesado.⁷

Posteriormente, la Constitución de 1 de julio de 1940, considerada en su tiempo la más progresista de América Latina, le atribuyó gran importancia a la prohibición de incomunicación del apresado o inculcado, al estimarlo como parte de los derechos fundamentales del individuo y así expresamente lo reconoció en su artículo 26,⁸ elevando de este modo a rango constitucional una práctica procesal instaurada por la imposición de un gobierno de ocupación.

⁵ Ricardo Levene (H). *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. II, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1993 en <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com>.

⁶ Ley de Enjuiciamiento Criminal. Edición Cultural. S.A. 1936 en adelante LECrim.

⁷ En el artículo primero de dicha Orden, literalmente se dispuso: «Queda por el presente decreto suprimida en las leyes vigentes de procedimiento criminal la incomunicación del detenido o procesado».

⁸ Expresamente recogía: «Ningún preso o detenido será incomunicado».

La *Ley de Leyes*, ratificaba y daba jerarquía constitucional al término para la detención y para la imposición de la prisión, por auto judicial fundado que estatúa la LECrim y además incluía un aspecto novedoso, al establecer que la prisión preventiva se guardara en lugares distintos y completamente separados de los destinados a la extinción de las penas, sin que los presos pudieran ser sometidos a trabajo alguno, ni a la reglamentación del penal para los que extinguían condenas (Artículo 27). Pero el 10 de marzo de 1952, Fulgencio Batista y Zaldívar, mediante un golpe de estado militar, se apoderó de la Presidencia de la República y derogó la Constitución de 1940 e implantó un sistema dictatorial, violando cuantos derechos individuales, legalmente reconocidos, se opusieron a sus propósitos.

La abolida Constitución se convirtió en unas de las banderas de la lucha contra la dictadura, por lo que el tirano, breve tiempo después de tomado el poder, el 4 de abril de 1952, la sustituyó por la que promulgó y denominó *Ley Constitucional para la República de Cuba*. Aunque en este falso texto se recogían, en esencia, los pronunciamientos sobre detención, prisión provisional e incomunicación que postulaba la Constitución de 1940, tales preceptos se convertirían en letra muerta, vilmente pisoteada por más de seis años de sanguinaria tiranía.

A partir de entonces el déspota y sus esbirros, en su lucha contra el movimiento revolucionario que se le opuso, convirtió en práctica habitual la incomunicación, las desapariciones, los tormentos y vejámenes más atroces de presos y detenidos, solo basta recordar las salvajes torturas, el asesinato de los asaltantes al Cuartel Moncada y los setenta y dos días⁹ que Fidel estuvo «encerrado en una celda solitaria, total y absolutamente incomunicado», tal como él mismo denunciara en su histórico alegato *La Historia me absolverá*.¹⁰

Al triunfar la Revolución y constituirse el primer gobierno revolucionario, se reafirmó la vigencia de la Constitución de 1940. En cumplimiento de ese compromiso, el 7 de febrero de 1959 fue promulgada la Ley Fundamental de la República que habría de normar la vida institucional de la Revolución. Dicha ley conserva la mayor parte de los preceptos de la Constitución de 1940 y en el punto objeto de estudio se limitó a transcribir íntegramente las normas de un cuerpo a otro.¹¹

La Ley 1251 de 25 de junio de 1973, denominada *de Procedimiento Penal*, que entró en vigor el 7 de enero de 1974,¹² abrogó la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. No obstante, sobre la detención y la prisión provisional (Artículos 240-244 y 247-250) se mantuvieron casi inalterables los postulados de la vetusta ley derogada, aunque con una redacción más depurada técnicamente que su predecesora.

Esta norma de forma novedosa estableció que el Tribunal para disponer el aseguramiento del acusado, mediante resolución fundada, debía celebrar una audiencia verbal, con la intervención del Fiscal y el detenido asistido por un defensor (Artículos 244 y 245).

Pero a pesar de que la incomunicación del inculcado había sido proscripta de la práctica legal por más de setenta años y constituía una prohibición refrendada en la Constitución de 1940 y la Ley Fundamental de 1959, la nueva Ley de Procedimiento Penal no hizo mención alguna a tan importante aspecto. A pesar de ello, su formulación en la Magna Ley pudo suplir su inexplicable omisión y debió ser una regla de actuación en el tratamiento de todo procesado.

Dicha Ley Constitucional de 1959 rigió en nuestro país hasta el 24 de febrero de 1976, fecha en la cual entró en vigor la nueva Constitución de la República, la que consagra la libertad personal, su pleno ejercicio y protección como un derecho superior en nuestro ordenamiento jurídico.¹³ Así, este derecho fundamental protege al ciudadano de actos de detención arbitraria o ilegal, obligando a que la restricción de su libertad se lleve a cabo sin violar su integridad personal y mediante el cumplimiento de las formalidades legales establecidas.

Empero, nuestra Constitución, conforme a los nuevos postulados que la inspiraron y el mimetismo de la época en que se aprobó, no concibe los derechos civiles y políticos como derechos subjetivos, ejercitables frente al Estado —a los poderes públicos—; la concepción del Estado de la mayoría impide la noción de que este pueda vulnerar los derechos y por tanto el derecho a la defensa individual frente a él, obviando conductas de funcionarios y dirigentes de la Administración que sí pueden ser lesivas y en su actuar

¹² Ley de Procedimiento Penal, Ley 1251 de 25 de junio de 1973, impresa en Departamento de Reproducciones del MINJUS, 1977.

¹³ El art. 58 de la Constitución de la República de Cuba dice: «La libertad e inviolabilidad de su persona están garantizados a todos los residentes en el territorio nacional. Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes.

El preso o detenido es inviolable en su integridad personal».

⁹ Jorge De La Fuente. *Análisis constitucional desde Jimaguayú hasta el 40*, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana, 1989, p. 182.

¹⁰ Fidel Castro. *La Historia me absolverá*, ed. anotada, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 1993, p. 25.

¹¹ Ver arts. 26 y 27 de la Ley Fundamental de la República de 1959, www.macom.uh.cu.

los pueden vulnerar.¹⁴ Lo trajo consigo la omisión de un grupo de derechos civiles universalmente reconocidos en los textos fundamentales, entre ellos, la prohibición de la incomunicación de preso o detenido, que había constituido una tradición constitucional y jurídico procesal en nuestro país.

II.2. Ley de Procedimiento Penal: legalidad y realidad

Con la promulgación de la Ley 5, Ley de Procedimiento Penal, de 13 de agosto de 1977,¹⁵ se derogó la Ley 1251 de 1973, pero el principio general y las causas de la detención, así como los presupuestos básicos para la adopción de la prisión provisional y su lugar de cumplimiento (Artículos 241-244 y 252), son prácticamente una reproducción casi exacta de lo consignado en los articulados de la ley anterior.

Con la nueva ley procesal, se introducen modificaciones a la duración de la aprehensión, al extenderse hasta siete días (Artículo 245) el tiempo máximo que puede mantenerse detenida una persona sin la imposición de una medida cautelar y es el resultado del cómputo del término que se le autoriza a la policía (veinticuatro horas), al instructor (setenta y dos horas) y el Fiscal (setenta y dos horas) para ello.

Por otra parte, el modo de imposición de las medidas de aseguramiento durante la fase investigativa sufre un cambio radical, se suprimió la audiencia verbal, otorgándole al Fiscal la potestad para adoptar medidas cautelares, las que eran sometidas a la consideración del Tribunal del juicio, aprobándola, modificándola o dejándolas sin efecto, cuya decisión era irrecurrible.¹⁶

En la LPP, al igual que su predecesora de 1973, no hacía referencia a la incomunicación del acusado. Esta indefinición legislativa, agravada con la falta de prohibición en el vigente texto constitucional, dieron lugar, a partir de un momento aún por establecer —que incluso puede remontarse a períodos anteriores a ambas leyes revolucionarias—, a la práctica sistemática por parte de la policía y los órganos de investigación de someter a todo detenido a la

incomunicación absoluta y con posterioridad al enclausramiento relativo, situación que se puede extender hasta que culminen las investigaciones en su contra, aún cuando en el actuar del inculcado no exista peligro de evasión o la obstrucción de las investigaciones.

Ello es así porque a todo apresado, al cabo del séptimo día, es que se le permitía ser visitado por su familia, en presencia de una autoridad policial, por solo quince minutos, pero con la prohibición expresa de no hablar sobre los hechos objeto del proceso. Posteriormente, al cabo de transcurridos diez días,¹⁷ se procedía por el instructor a notificar el auto de la medida cautelar, ratificada o impuesta por el tribunal. A partir de este momento el inculcado podía nombrar abogado y entrevistarse con él, lo que estaba previamente fijado en la ley (Artículo 247). Es decir, que el único tipo de comunicación que se le permitía al procesado era hablar personalmente con su familia al cabo de los siete días, pero con las limitaciones referidas, y con su defensor a los diez días.

El Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994,¹⁸ modificó varios articulados de la LPP de 1977 y en cuanto al tema objeto de estudio realizó cambios significativos respecto a la formulación inicial de la ley.

Este Decreto Ley de 1994 modificó el artículo 244 de la LPP y estableció la documentación de la detención mediante acta contentiva de la hora, fecha y motivo del acto llevado a efecto, la que es firmada por el actuante y el detenido. Desde este momento, el arrestado y sus familiares tienen derecho a que se les informe de la detención, el lugar en que se encuentra y a comunicarse con este, en los plazos y las formas establecidas en las correspondientes disposiciones.

Vista esa redacción, puede pensarse que el legislador retomó la práctica procesal y constitucional de la prohibición de incomunicación de períodos anteriores de nuestra historia, al estatuir que la policía o la autoridad que tenga a su disposición al detenido le *facilitará la comunicación* con sus familiares. Nada más lejos de la verdad, la forma anfibológica en que está redactado dicho artículo es el modo empleado para legalizar el aislamiento y no la comunicación, al quedar reducida esta a la relación personal familia-detenido. Además, lejos de regular los plazos y la forma de *comunicación*, faculta que ello lo reglamenten las *correspondientes disposiciones*.

¹⁴ Martha Prieto Valdés. Reflexiones *en torno al carácter normativo de la Constitución*. Temas de Derecho Constitucional Cubano, Ed. Félix Valera, p. 32.

¹⁵ Ley de Procedimiento Penal, Ed. Orbe, 1979 (en lo adelante LPP).

¹⁶ Danilo Rivero García. «La Huella de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española en el proceso penal actual», *Boletín ONBC*, No. 35, julio-septiembre de 2009, Ediciones ONBC, p. 5.

¹⁷ Son el resultado de los siete días de la policía, el instructor y el Fiscal, más las setenta y dos horas que tenía el Tribunal para confirmar o modificar la medida cautelar impuesta por el Fiscal.

¹⁸ *Gaceta Oficial Extraordinaria*, No. 6, 6 de junio de 1994.

Somos del criterio que dada la relevancia de tan importante restricción a los derechos individuales refrendados constitucionalmente, debió ser la propia ley la que determinara y fijara claramente quién declararía la incomunicación, las causas, la forma, el tiempo de duración, los derechos de los incomunicados y las obligaciones de sus custodios. No conocemos la existencia de ninguna reglamentación al respecto, más que las indicaciones realizadas por los órganos del Minint,¹⁹ fijando la visita para los detenidos por delitos de más de un año de privación de libertad dentro de los siete días de su detención y posteriormente cada siete días. En cada visita podrán participar hasta tres familiares (padres, hermanos, esposas e hijos) y su duración no podrá exceder de treinta minutos.

Como puede apreciarse, la *comunicación* se deja a la potestad del propio órgano de aprehensión o de investigación y en realidad permite que todo arrestado permanezca incomunicado absolutamente por espacio de hasta siete días, existan o no motivos fundados para ello.

Otro aspecto que modifica el Decreto Ley 151 de 1994 es que pasa el señorío del aseguramiento a manos de la policía y la instrucción (Artículos 245 y 246), excepto la prisión provisional, cuya decisión quedó en poder del Fiscal, cesando a partir de ese momento todo control judicial en el aseguramiento del acusado.²⁰ El Fiscal, al adoptar su decisión, lo comunica de inmediato al Instructor y este es el encargado de notificarle el auto de imposición de la medida cautelar al acusado y desde ese momento el asegurado debe cumplir la prisión preventiva en establecimientos distintos al destinado a la extinción de las sanciones privativas de libertad (Artículo 247, tercer párrafo).

En realidad, dicha medida cautelar se debe cumplir en centros penitenciarios destinados a los internos de esta categoría o en instituciones penitenciarias para sancionados a privación de libertad, pero en secciones separadas. Tales centros son cerrados y con condiciones medias de seguridad,²¹ donde el acusado tiene los mismos derechos que el resto de los internos, entre ellos: recibir visita de sus familiares, amigos y abogado, recibir y enviar correspondencia, realizar llamadas telefónicas, disfrutar de visitas conyugales, de los servicios de biblioteca, tener libros de su propiedad y material de estudio, así como los documentos relacionados con su proceso penal, realizar trámites de carácter legal a través del letrado o del propio jefe del

centro penitenciario o lugar de internamiento, disfrutar diariamente del aire libre, etc.²²

Pero ocurre con frecuencia que a estos procesados, en lugar de ser enviados a los centros penitenciarios como la ley ordena, son mantenidos en las celdas de detención, en régimen de incomunicación, sobre todo cuando no reconocen los hechos imputados y se niegan a colaborar en su esclarecimiento, situación que se puede prolongar por el término que dure la fase preparatoria. En otros casos, sucede que trasladan al confinado a la prisión, lo ingresan formalmente y de inmediato son llevados de vuelta a las celdas de aislamiento, por el tiempo que necesite el instructor para esclarecer los hechos.

En estos lugares de detención, los derechos antes referidos y debidamente reglamentados, son reducidos únicamente a la visita de sus familiares más allegados cada siete días, por quince minutos y a entrevistarse con su abogado, después de pasados siete días de su detención, pero que en muchas ocasiones, se puede extender hasta diez días.²³ Se ha mantenido invariable dicho modo de actuar desde la entrada en vigor de la LPP hasta la actualidad, a pesar de las modificaciones introducidas por el Decreto Ley de 1994.

Para darle un viso de legalidad a la prolongada estancia de los acusados asegurados en los calabozos, el Fiscal adjunta en las actuaciones del proceso penal un autorizo de permanencia en celda, que permite extender su aislamiento por todo el tiempo de la instrucción.²⁴

Tal proceder no encuentra asidero legal que lo autorice y por el contrario contraviene los claros términos de la Constitución, la LPP, el Reglamento del Sistema Penitenciario Cubano y los fines de la medida cautelar de prisión preventiva, que no permite la posibilidad de someter al asegurado a régimen de incomunicación de ningún tipo.

²² Art. 54 del propio reglamento.

²³ La Orden 147 (27/12/88) del Viceministro del Interior (refrendada por Instrucción del Fiscal General) la cual franquea al Instructor Policial la prerrogativa de disponer de tres días para acceder a la entrega de las actuaciones al abogado para su estudio, así como para autorizar la entrevista con el detenido, lo que de hecho retrasa su cumplimiento conforme lo dispone la LPP.

²⁴ La Instrucción 7 de 11 de junio de 1999 del Fiscal General de la República, permite a los Fiscales municipales que controlan los procesos penales autorizar la permanencia de los acusados en los locales de la policía o la instrucción hasta quince días, al Fiscal provincial que controla los órganos provinciales de la PNR o DSE hasta treinta días y más allá de ese término lo autorizará el Fiscal Jefe del Departamento de Control de Procesos Penales.

¹⁹ Las Indicaciones del Viceministro Jefe de la Dirección de la PNR de 21 de octubre de 1994.

²⁰ Danilo Rivero García. *Op. cit.*, p. 5.

²¹ Art. 13.3 del Reglamento del Sistema Penitenciario Cubano. Dirección de Establecimientos Penitenciarios, 2008.

Cuando un acusado permanece detenido en sede policial por un período superior a los siete días, sufre efectos físicos y psicológicos capaces de influir sobre su voluntad de un modo tal que debe ser considerado como un especial tipo de coacción, con independencia incluso de la actuación de las autoridades, cuyos efectos se van a acentuar en la medida que se extiende su permanencia privada de libertad.²⁵

En la práctica, es una verdad más clara que la luz del día, que en la mayoría de los asuntos penales, «la búsqueda de la confesión del acusado continúa siendo el núcleo del proceso probatorio por parte de los órganos de investigación del delito».²⁶

Y sin lugar a dudas, la forma indiscriminada, sistemática y prolongada de la detención y la prisión provisional en estado de incomunicación, es el instrumento más importante y eficaz con que cuenta la instrucción para lograr dicho objetivo, pues permite quebrantar la voluntad del acusado a no declarar sobre hechos propios o ajenos de utilidad para el esclarecimiento del suceso. Sin que exista remedio legal para poner fin a tal estado de cosas, pues el procedimiento de *hábeas corpus* establecido en la vigente LPP (Artículo 467), su eficacia se redujo y quedó limitada a verificar la formalidad de si la detención obedece a auto de prisión o sentencia.²⁷

Si se acepta este postulado, ello nos conduce inexorablemente a rechazar de manera enérgica y categórica dicha forma de proceder, el que incluso se utiliza contra personas que resultan testigos de los hechos investigados y sobre ellos no pesa acusación o sospecha de participación en algún evento delictivo, con el objetivo de forzarlos a declarar lo que conocen.

Analizando comparativamente modernos cuerpos legales de nuestra región, nos percatamos de las carencias que presenta nuestra Ley de Procedimiento Penal en el tema que abordamos, la que pide a viva voz, que de inmediato se realicen modificaciones profundas, si en definitiva es voluntad política el mantener la incomunicación del acusado a los fines de la investigación, con el objetivo de su debida formulación y reglamentación precisa y legal. Veamos varios ejemplos: El Código Procesal Argentino autoriza a

los funcionarios de la policía o de la fuerza de seguridad a tener incomunicado al detenido por solo un máximo de diez horas y mediante mandato del juez hasta un máximo de setenta y dos horas desde su detención, pero se le permite tener comunicación con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración o de cualquier acto que requiera su intervención personal. Además, puede acceder al uso de libros u otros objetos que solicite y se le autorizará a realizar actos civiles impostergables.²⁸

Por su parte el Código de Procedimiento Penal de Bolivia autoriza la incomunicación en casos de notoria gravedad cuando existan motivos que hagan temer que el imputado obstaculizará la averiguación de la verdad, pero por un reducido término que no podrá exceder del plazo de veinticuatro horas, la que debe ser dispuesta por el fiscal y ratificada por el juez de instrucción. Lo que no imposibilita que el incomunicado sea asistido por su defensor antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal y el uso de libros y material de escribir o la realización de actos civiles impostergables que no perjudiquen la investigación.²⁹

El Código Procesal Penal de Costa Rica autoriza al Ministerio Público y la policía judicial a disponer la incomunicación del aprehendido solo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, el cual no podrá exceder de seis horas. El tribunal lo podrá ordenar mediante resolución fundada, hasta por diez días consecutivos, cuando previamente haya dispuesto la prisión preventiva y existan motivos que se harán constar en la resolución, para estimar que el incomunicado se pondrá de acuerdo con sus cómplices u obstaculizará de otro modo la investigación. Esta ley restringe los derechos del incomunicado mucho más que las anteriores y únicamente autoriza a que se comunique con su defensor inmediatamente antes de rendir su declaración o antes de realizar cualquier acto que requiera su intervención personal.³⁰

En términos similares, el Código Procesal Penal de Chile autoriza al tribunal, a petición del fiscal, a prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta un máximo de diez días, pero en ningún caso podrá el procesado ser encerrado en celdas de castigo ni sin restringírsele el acceso a entrevistarse con su abogado.³¹

²⁵ Yusdeiky Gómez Cará y Pavel Peterssen Padrón. *Estudio sobre la validez de la declaración del acusado privado de libertad en sede policial* (sin editar).

²⁶ Diego Rafael García Iglesias y Mirelis Rivera Reyes. «La declaración inculpativa del coacusado en el proceso penal cubano, su libre apreciación por el juzgador», en el *Boletín ONBC* No. 34, abril-junio 2009, p. 11.

²⁷ Danilo Rivero García. *Op. cit.*, p. 5.

²⁸ Arts. 184.8 y 205 del Código Procesal Penal de Argentina. Ley 23984, de 21 de agosto de 1991, www.members.fortunecity.es.

²⁹ Arts. 231 y 235 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia, Ley 1970 de 25 de marzo de 1999, www.reformapenal.gov.bo.htm.

³⁰ Art. 261 del Código Procesal Penal de Costa Rica de 28 de marzo de 1996, www.comunidad.ulex.com/aulavirtual/leyes.html

³¹ Art. 151 Código Procesal Penal de Chile. Ley 19696 de 29 de septiembre del 2000, www.bnc.cl.

Sin embargo, en sentido contrario y de manera absoluta, el Código de Procedimiento Penal de Ecuador prohíbe la incomunicación en todo caso y bajo toda circunstancia, aún con fines de investigación.³² Lo que sin lugar a dudas creemos es la fórmula más progresista de la región.

Todo lo anterior nos lleva a comprender la tendencia actual sobre la incomunicación en los modernos cuerpos legales de varios países latinoamericanos, las que van desde su proscripción total hasta su autorizar ante hechos de notoria gravedad, como media de excepción y de carácter relativo, previa autorización de un órgano jurisdiccional, mediante resolución fundada y por un término relativamente breve, nunca superior a diez días.

Sin embargo, en este estado, al arrestado no se le privará de comunicarse con su defensor, ni el uso de libros y material de escribir, ni realizar actos civiles impostergables que no perjudiquen la investigación. Pero, debe señalarse como aspecto negativo, que no se admite la visita de sus familiares.

III. Conclusiones

La detención es una forma temporal de privación de libertad de una persona, que solo puede llevarse a cabo por un corto período de tiempo –nunca superior a setenta y dos horas–, antes o durante la existencia de un proceso penal, e incluso cuando este haya concluido, bien por la policía, una autoridad facultada o un simple ciudadano, con el objetivo de someter al aprehendido a proceso penal o cumpla la condena impuesta.

La medida cautelar de prisión provisional se conceptualiza como el estado de privación de libertad impuesto por órgano jurisdiccional al imputado, durante el desenvolvimiento del proceso con el fin de obtener la efectiva aplicación de la ley penal y puede extenderse hasta su conclusión, con el objetivo de evitar la comisión de nuevos delitos, la fuga del acusado, la conjura para obstruir las investigaciones y de manera especial, para asegurar su presencia en los actos de justicia y el cumplimiento de la condena.

La incomunicación es el aislamiento que sufre un inculpa-do por un período de tiempo relativamente breve, al que se le impide o restringe el trato o la correspondencia con otras personas del mundo exterior, con el fin de evitar su evasión de la acción de la justicia o realice actos tendentes a destruir, modificar, ocultar o falsificar elementos de prue-

ba o influir en los coimputados, testigos o peritos para que declaren falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o inducir a otros a realizar tales comportamientos y solo durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias encaminadas a evitar los peligros enunciados.

La diferencia entre estos tres conceptos radica en que la detención y la prisión provisional implican una restricción o limitación de la capacidad de locomoción del individuo en el espacio, mientras que la incomunicación, obviamente, también constituye una restricción del movimiento físico de la persona, pero agravado por la imposibilidad de mantener relación y correspondencia con otras personas del mundo exterior de manera absoluta o relativa.

En la LECrim española, vigente para Cuba desde el 1 de enero de 1989, la incomunicación de preso o detenido era regulada como medida excepcional y de carácter relativo, autorizada por resolución fundada del órgano juzgador y por término máximo de hasta ocho días.

A partir de la Orden 109 de 15 de julio de 1899 del gobierno interventor norteamericano se suprimió este proceder, lo que fue ratificado por la Constitución de 1940 y la Ley Fundamental de la República de 1959.

A partir de la promulgación de la actual Constitución de 1976 y las leyes de procedimiento penal de 1973 y 1977, se entra en un período de indefinición legislativa en torno a la aceptación o proscripción de la incomunicación en el proceso penal, que trajo consigo, a partir de un momento aún por definir –que incluso puede ser anterior a ambas leyes–, la práctica habitual y generalizada, que se extiende hasta nuestros días, del aislamiento total o relativo de todo detenido o asegurado a prisión precautoria, aún cuando no existiera sospecha de fuga o complot, situación que se puede prolongar hasta que concluyan las investigaciones.

Con las modificaciones introducidas a la Ley de Procedimiento Penal vigente por el Decreto Ley 151 de 10 de junio de 1994, se puso fin a este vacío legislativo y mediante una redacción anfibológica del término *comunicación* del artículo 244, permite tener *incomunicado absolutamente* al detenido hasta siete días, pues faculta a la policía o autoridad a facilitar la comunicación de este y sus familiares, en plazos y formas reglamentados por los propios órganos del MININT, legalizando de esta forma lo que era un hecho en la práctica.

Las modificaciones introducidas a la Ley de Procedimiento Penal no implicaron un cambio en la situación del acusado privado provisionalmente de su libertad y ratificó que esta medida cautelar se cumple en establecimientos distintos a la extinción de sanciones privativas de libertad, sin que exista precepto legal que autorice someterlo al régimen de incomunicación.

³² Art. 72 del Código de Procedimiento Penal de Ecuador. Ley 000. RO/Sup 360 de 13 de enero del 2000.

Continúa siendo común que los asegurados a prisión cautelar sean mantenidos en aislamiento por largos períodos de tiempo sobre todo cuando no reconocen los hechos imputados y se niegan a colaborar en su esclarecimiento, donde son privados de los derechos que le asisten como internos de estos establecimientos, situación que se puede prolongar por el término que dure la fase preparatoria. Lo que contraviene los claros términos de los fines de la prisión precautoria, de la incomunicación, los postulados de la Constitución, la LPP y el Reglamento del Sistema Penitenciario Cubano.

La prolongada permanencia de una persona en aislamiento y los efectos que ello produce en su conducta nos permite aceptar el criterio de que en la actualidad, en la mayoría de los casos penales, la búsqueda de la confesión del imputado se ha convertido en el objetivo primordial de la investigación, siendo el uso desmedido, habitual y prolongado de la detención y la prisión provisional en régimen de incomunicación el instrumento más importante y eficaz con que cuenta la investigación para lograr ese fin, pues permite quebrantar la voluntad del acusado a no declarar sobre hechos propios o ajenos de utilidad para el esclarecimiento del suceso.

* * * * *

Reflexiones sobre la eximente de legítima defensa

ESP. MARÍA CARIDAD BERTOT YERO
LIC. DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS

SUMARIO

I. La justificación en el Derecho Penal. I.1. Las causas de justificación en el Código Penal cubano. II. La legítima defensa. II.1. Definición y fundamento. III. La legítima defensa propia. Requisitos. III.1. La agresión como requisito *sine qua non* de la eximente. Características. III.2. La necesidad de defenderse por parte del agredido. III.3. La proporcionalidad entre la agresión y la defensa. IV. Algunos pronunciamientos recientes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular sobre la eximente de legítima defensa. V. A modo de conclusiones. VI. Bibliografía consultada

I. La justificación en el Derecho penal

El *delito* comporta una relación de contradicción, valorada en términos jurídicos, entre la conducta y la sociedad con arreglo a lo expresado en la ley –antijuricidad formal–; pero también conforme a las exigencias de todo el orde-

namiento jurídico, principios y normas de la ideología y la cultura reconocidas por el Estado –antijuricidad material.

Cuando esta contradicción no existe, porque a pesar de darse la antijuricidad material –la conducta coincide formalmente con la definición contenida en la figura delictiva– no se constata la violación del Derecho por adecuarse la conducta a una norma permisiva, entonces falta la antijuricidad como elemento del concepto de delito y no existe infracción punible.¹

Después de constatar la tipicidad de la conducta que se enjuicia –su adecuación a algún tipo penal previsto en la Parte especial del Código Penal–, determinar si tal comportamiento resulta antijurídico o no, constituye un segundo momento valorativo.

Establecer la antijuricidad de una conducta significa comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, lo cual se determina constatando, por una parte, la afección del bien jurídico imputable a la situación de riesgo que el autor ha creado con su actuar típicamente relevante; y, por la otra, evaluando si en realidad la conducta típica no ha sido realizada bajo ciertas y determinadas circunstancias que, anulando su ilegalidad, podrían constituir los presupuestos de una causa de justificación.

Refiriéndose a la esencia de la justificación, y en especial a la problemática de las normas permisivas en el Derecho penal, explica Zaffaroni que aquellos preceptos –los permisivos– son fruto de la inevitable necesidad de reconocer que la injerencia del poder punitivo es irracional cuando el agente realiza la acción antinormativa como parte de su ejercicio de libertad. La abstracción esquemática del tipo penal permite

¹ Particularmente clara resulta la explicación ofrecida por Hans Welzel en punto a la relación entre los elementos *antijuricidad* y *tipicidad*. Al respecto explicaba el maestro alemán que «quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente. Como el tipo capta lo injusto penal, surge del cumplimiento del tipo objetivo y subjetivo, en principio, la antijuricidad del hecho; de modo que huelga otra fundamentación positiva de la antijuricidad. Esta relación de la adecuación típica con la antijuricidad se ha caracterizado llamando a la adecuación típica el "indicio" de la antijuricidad. Cuando exista esa relación, solo surge problema en los casos en que la antijuricidad está, una vez *por excepción*, excluida, a pesar de darse la adecuación típica; p. ej., porque el autor actuó en defensa legítima o con el consentimiento del lesionado. En tales situaciones de excepción, un actuar adecuado al tipo es adecuado al derecho. Por eso, aquí, la antijuricidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento, etc.». Véase Hans Welzel: *Derecho Penal, Parte General*, Carlos Fontán Balestra (Trad.), Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 86.

que el tipo fáctico –o supuesto de hecho fáctico– asuma todas las formas posibles cuyas particularidades no interesan a la prohibición, pero no puede menos que admitir que en ciertos casos, esas particularidades hacen que, precisamente la acción típica, sea parte del ejercicio de la libertad del agente. El relevamiento particularizado de estas circunstancias se expresa en los preceptos permisivos.²

En este propio sentido concluye Bacigalupo que la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal –en forma dolosa o no; activa u omisiva–, no es contraria al derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está *justificado* equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un *permiso* del orden jurídico para obrar como obró.³

Las causas de justificación constituyen entonces normas permisivas que excluyen la antijuricidad de una conducta subsumible formalmente en un tipo penal; y los supuestos fácticos que resultan amparados por estas no generan responsabilidad alguna –ni penal, ni civil, ni de ninguna índole– en virtud de su acomodamiento al orden legal vigente. Se trata de circunstancias de índole objetivo, relacionadas con la naturaleza del hecho en sí, y como consecuencia de ello en los casos de participación en un hecho delictivo en el que concurra una causa de justificación, esta favorece a todos por igual.⁴

Resulta importante destacar, tal y como advierte Zaffaroni, que los preceptos permisivos neutralizadores del juicio de antijuricidad –*causas de justificación o de licitud*– no proceden solo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico.⁵

I.1. Las causas de justificación en el Código Penal cubano

El Código Penal cubano compendia en el Capítulo III del Título V correspondiente a la Parte General –Libro Primero– el

catálogo de eximentes de la responsabilidad penal que rigen en el ordenamiento patrio.

Sin embargo, el legislador no establece distinciones entre estas circunstancias exentivas atendiendo a su naturaleza jurídica, y deja al intérprete la tarea de distinguir, con apoyo en la doctrina científica, cuáles son causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de exculpación.

Las causas de justificación, como antes se explicó, son aquellas que excluyen la antijuricidad del hecho y lo cubren por el manto de la licitud. Dentro de ellas se inscriben: la legítima defensa (Artículo 21), el estado de necesidad justificante (Artículo 22) y el ejercicio legítimo de derecho, profesión, cargo u oficio (Artículo 25).

Los supuestos fácticos que resultan amparados por estas justificantes no generan responsabilidad de ninguna índole y, dado el carácter objetivo, son apreciables en todos los sujetos que participen en el hecho por imperio del *principio de accesoriedad limitada de la participación*, en cuya virtud el partícipe responde del hecho cometido por el autor solo cuando este configura una acción típica y antijurídica.

II. La legítima defensa

De todas las anteriores causas de justificación, solo será objeto de análisis la *legítima defensa*, circunstancia de tradicional presencia en los cuerpos punitivos que han regido en Cuba y que, al decir de Jiménez de Asúa, es la más típica de las causas de justificación.

Su origen se remonta a Roma, donde se le concibió como derecho individual originario; y ya en el Derecho germánico, se consideró desde una perspectiva colectiva como un derecho a la defensa del orden legal.⁶

II.1. Definición y fundamento

Una conceptualización sencilla, comprensible y, al tiempo, completa, de la eximente objeto de estudio, la ofrece el profesor Quirós, quien la define desde la óptica de nuestro derecho positivo como «la reacción necesaria, legalmente autorizada, para rechazar, de manera proporcionada, una agresión ilegítima, inminente o actual, y no provocada, dirigida contra la persona o derechos del que se defiende

² Véase Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Ed. Ediar, Argentina, 2002, p. 589.

³ Enrique Bacigalupo Zapater: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, p. 117.

⁴ De esta opinión, Bacigalupo, para quien «la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no solo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no solo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido». Véase Enrique Bacigalupo Zapater: *Op. cit.*, p. 117.

⁵ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni: *Op. cit.*, p. 590.

⁶ Cfr. Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 459.

o de un tercero, o contra la paz pública o los bienes o intereses estatales o sociales».⁷

Sobre el fundamento de la analizada eximente se ha pronunciado el destacado profesor español, Santiago Mir Puig, sosteniendo que su justificación se apoya en la existencia de un conflicto de intereses que se resuelve en virtud del principio del interés preponderante.

Ante una eventual situación de conflicto, agresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico; pues mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma. Siendo así, el Derecho se inclina a favor del defensor y, en principio, le permite lesionar al agresor en la medida en que resulte necesario para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho, de modo tal que aquella situación genera para el agresor el deber de tolerar la conducta típica justificada. He aquí el fundamento del aforismo de cuño hegeliano que explica la esencia de la legítima defensa: «El Derecho no tiene por qué ceder al injusto».⁸

III. La legítima defensa propia. Requisitos

III.1. La agresión como requisito *sine qua non* de la eximente. Características

Existe acuerdo por parte de la doctrina tradicional en el sentido de entender que la agresión supone un acto de fuerza, de acometimiento físico contra el agredido; una actuación o ademán significativo de un dañoso propósito revelador de un riesgo real, inminente, inesperado e injusto para la vida o la integridad personal del que lo sufre, no provocado por este.

No obstante, tomando en cuenta que también pueden defenderse no solo la persona sino también los derechos, necesariamente la ciencia del Derecho penal más actual defiende la idea de que la entidad de la agresión deberá evaluarse en el caso concreto y tomando en consideración cuál es el objeto de ataque, pues un derecho puede lesionarse sin necesidad de que exista necesariamente acometimiento físico y, en tales casos, habrá que considerar que está siendo objeto de una agresión.

Respecto a los criterios que configuraban la noción básica de *agresión*, rigió durante mucho tiempo una postura restrictiva, que entendía que no podía confundirse la agresión ilegítima con la ofensa del derecho mismo por el insulto, la injuria, el agravio; pues ello jamás autorizaba el empleo de un acto de fuerza para repelerlos o impedirlos, toda vez que la agresión ilegítima debía estar constituida por actos materiales de acometimiento.

Sin embargo, esta postura ha sufrido cierta evolución desde la óptica de su entendimiento, en relación con los bienes jurídicos defendibles, pues mientras se admitió tradicionalmente la reacción defensiva justificada respecto a la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, entre otros intereses de naturaleza material; hoy día se defiende por un sector mayoritario de la comunidad científica la posibilidad de que resulten igualmente defendidos bienes inmateriales como la honestidad y el honor, que antes resultaban excluidos de esta posibilidad.⁹

De la formulación normativa de la eximente en el Código Penal en uso –Artículo 21.1– se deduce la asunción de este criterio por parte del legislador cubano, en tanto reconoce la posibilidad de defender la propia persona o los «derechos», sin que quepa interpretar ello con matices restrictivos, pues cuando el legislador ha querido limitar el ámbito de protección de algunos bienes o derechos lo ha hecho siempre en forma expresa,¹⁰ y donde no ha hecho distinciones el legislador, no tiene el intérprete por qué hacerlas. Esta posición parece corroborarse, además, con la propia formulación legislativa contenida en el apartado 4 del Artículo 21 del Código Penal cubano, que reconoce la legítima defensa del que impide o repele de forma adecua-

⁷ Renén Quirós Pérez: *Manual de Derecho Penal General*, t. III, Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2007, p. 132.

⁸ Véase Santiago Mir Puig: *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2005, p. 428.

⁹ Cfr. Santiago Mir Puig: *Op. cit.*, p. 430. Luzón Peña, quien ha desarrollado un minucioso estudio sobre el estado de la cuestión dentro de la ciencia del Derecho penal español, reconoce que en la doctrina dominante existe un acuerdo unánime en estimar que el honor es un bien susceptible de ser defendido frente a una agresión ilegítima; pues, en principio, se admite la defendibilidad de todos los derechos, bienes jurídicos, etc.; y explica que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando un amplísimo catálogo de bienes concretos a los que se aplica dicho principio, señalando que «abe legítima defensa contra las agresiones antijurídicas a la vida, integridad corporal, salud, integridad o salud psíquica, a la honestidad, honra sexual, pudor, decoro, castidad, moralidad o sentimiento de moralidad, libertad sexual, al honor, honra y reputación», Cfr. Diego Manuel Luzón Peña: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Casa Editorial Bosch, Madrid, 1978, pp. 354 y 355.

¹⁰ De esta opinión, Gimbernat Ordeig, quien es citado por Ignacio Berdugo-Gómez de la Torre: *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1887, p. 34.

da, un peligro o daño a la «paz pública»,¹¹ noción que se incardina dentro de los bienes jurídicos inmateriales.

Sobre el contenido y alcance de la *ilegitimidad* de la agresión se ha aclarado que equivale a *agresión antijurídica*, aunque provenga de un sujeto que actúa sin culpabilidad –un inimputable o un sujeto que actúa bajo error de prohibición, por ejemplo. Sobre el contenido de la antijuricidad, en este caso la doctrina ha exigido que al menos en los supuestos de agresión a bienes jurídicos materiales como la vida y la integridad corporal, el acto agresivo debe constituir materialmente una infracción penal, con independencia de que luego no resulte reprochable a su autor.

En cuanto al tiempo de la agresión vale resaltar que esta puede ser *inminente* –entendiéndose como tal el intento idóneo de producir una lesión– o *actual* –cuando se ha consumado efectivamente la lesión al bien jurídico. Un comportamiento presuntamente defensivo frente a un ataque aún no iniciado o cesado daría lugar a un supuesto de *inactualidad* de la agresión que impediría apreciar el requisito básico de esta circunstancia –casos de *agresión no iniciada* o *agresión cesada*.

Es por ello que se afirma que la agresión ilegítima debe reunir las notas de realidad, seriedad, gravedad y no justificación, además de actual o inminente, como se deduce de los términos legales «impedir o repeler» que se emplean en la redacción del apartado 2 del Artículo 21, lo que significa que el defensor o el que se defiende no es necesario que aguarde estoicamente a que la agresión se inicie, en cuyo caso no sería posible la defensa, por lo que basta entonces que el citado ataque se augure o presagie como próximo o inmediato; siendo lícito, en tales casos, conjurar el peligro que se cierne, recurriendo a vías defensivas siempre y cuando concurren también los demás requisitos exigidos en el precepto.

Un sector importante de la doctrina apunta que la agresión en todo caso ha de ser dolosa y debe reflejar el ánimo del

agresor de lesionar derechos del agredido, lo que excluye de antemano la posibilidad de apreciar legítima defensa frente a conductas lesivas imprudentes por ausencia de ánimo lesivo en el sujeto.

Asimismo exige la ley que *la agresión no haya sido provocada* por quien luego se defiende de ella. Al respecto se ha sostenido por un sector de la doctrina española que queda excluida la legítima defensa cuando la provocación hace justa la reacción, es decir, la provocación tendría que constituir una verdadera acción ilegítima que justifique como defensa necesaria la reacción del provocado. No deben entenderse como provocación suficiente para excluir la defensa legítima aquellos actos leves e insignificantes, respecto a los cuales ha anotado el profesor Quirós que, en ellos, «el derecho de defensa no se pierde porque la agresión de la otra persona es verdaderamente ilegítima, ante la falta de proporcionalidad entre la provocación y el ataque del provocado».¹²

Particular polémica ha generado en la doctrina y en la práctica judicial lo que tiene que ver con el *estado de riña* y su efecto excluyente de la legítima defensa.¹³ El criterio mayoritariamente asumido en este sentido ha sido el que sustenta que la riña –entendida como la lucha violenta entre dos o más personas que recíproca y voluntariamente se cambian golpes con potencialidad lesiva en su intención–, excluye la eximente en comentario, y ello así en virtud del razonamiento de que en los supuestos de riña cada uno de los contendientes debe responder del resultado que se derive de su actuar, porque el recíproco acometimiento elimina la legitimidad de la defensa, no pudiendo estimarse a ninguno de los dos contendientes como agredidos sino como agresores.

No obstante, este criterio no puede aplicarse de forma mecánica a todos los casos y requiere ciertas matizaciones en atención a las particularidades del hecho y sus circunstancias. Al respecto Quirós reseña tres supuestos en los que la jurisprudencia cubana se ha mostrado sensible a admitir la configuración de la legítima defensa a pesar de existir *estado de riña* entre los contendientes:

- a. Cuando la riña no es aceptada voluntariamente, sino que resulta consecuencia de la imposición, o sea, cuando el sujeto es llevado a ella por el otro contendiente, en el contexto de una situación en

¹¹ La defensa de los intereses públicos estatales ha sido una cuestión controvertida en sede académica, de ahí que no todas las legislaciones lo prevean. Zaffaroni se inclina por la viabilidad de este tipo de defensa y explica, citando a Blasco y Fernández de Moreda: «Una cosa es la defensa del Estado en su existencia y otra la defensa del régimen político del Estado». La inadmisibilidad de la legítima defensa de tercero es respecto de este último. La defensa de la existencia misma del Estado está perfectamente justificada; así, por ejemplo, quien la ejerce en caso de invasión cooperando por su cuenta con las fuerzas armadas. Por otra parte, ninguna duda cabe en nuestro contexto legal de que se pueden defender legítimamente bienes del Estado de la misma forma en que pueden defenderse aquellos que pertenecen a particulares.

¹² Véase Renén Quirós Pérez: *Op. cit.*, p. 138.

¹³ El *estado de riña* que excluye la legítima defensa, es aquel que se pacta o se acepta y no el que surge de manera natural, con un ataque injusto y una defensa justa. Sentencia 326 de 1 de diciembre de 1939 (J. al Día p. 628) citada por Mariano Sánchez Roca: *Leyes Penales de la República de Cuba*, vol. I, Ed. LEX, 1943, pág. 110.

que resulta inevitable para el que se ve envuelto en el combate a causa del acoso del otro (Sentencias 120 de 23 de abril de 1959¹⁴ y 1037 de 12 de noviembre de 1975).¹⁵

- b. Cuando la riña es consecuencia de la agresión de uno de los contendientes contra el otro, por cuanto al resultar objeto de una agresión ilegítima y repelerla, puede surgir una riña que en sí misma no excluiría la responsabilidad penal (Sentencias 235 de 19 de agosto de 1960¹⁶ y 547 de 24 de octubre de 1968).

¹⁴ Sentencia 120, de 23 de abril de 1959. *Considerando*: que el acto realizado por la víctima, profiriendo frases amenazadoras e insultantes para el procesado diciéndole que «se cagaba en su madre y que lo iba a matar», esgrimiendo un cuchillo de punta que fue ocupado todo lo que dio lugar a que entre ambos se entablara una reyerta, a la que fue llevado el referido procesado, por las circunstancias, logrando arrebatárselo, en el forcejeo el arma que esgrimía, con la cual a su vez lo agredió, causándole herida que produjo la muerte, es evidente que concurre en el hecho de autos, la primera de las circunstancias de la causa de justificación contenida en el apartado A, inciso primero del artículo treinta y seis del Código de Defensa Social, porque la agresión fue injusta, no provocada, ni buscada de propósito por el agente.

¹⁵ Sentencia 1037, de 12 de noviembre de 1975. *Considerando*: que no obra en legítima defensa el que mata a otro en un desafío aceptado, aunque el retador haya insultado, vejado y perseguido al desafiado, pues la aceptación de la riña, cuando en verdad lo es y no resulta impuesta en el contexto de una situación en que es inevitable para el que se ve envuelto en ella a causa del acoso de otro, excluye la legítima defensa por la razón conocida de que en la pelea no hay agresión injusta, sino recíproco acometimiento; y como el agente fue víctima de insultos, improprios y provocaciones por el interfecto, y, al fin, salió de su casa armado de un machetín y le agredió con este, pese a que el otro solo dependía de sus manos para la riña, no le asiste la justificante de legítima defensa aunque es de apreciarle la atenuante proveniente del hecho de haber obrado en vindicación próxima de una ofensa grave, pues el occiso le dirigió palabras cuyo poder ofensivo queda fuera de duda, amén de haberle hecho objeto de otras ofensas de hecho.

¹⁶ Sentencia No. 235, de 19 de agosto de 1960. *Considerando*: que el recurrente en su primer motivo por infracción de ley, sostiene, al amparo del ochocientos cuarenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en la sentencia dictada por el tribunal *ad quo*, se incidió en error cuando no acogió su tesis de legítima defensa; y basta leer el hecho probado para negar esa pretensión, pues en ninguno de sus pasajes, ni se infiere tampoco del sentido general de la cláusula, se advierte la existencia de la agresión ilegítima, que es el generador, la base y fundamento esencial del derecho de defensa; pues, en este caso, no puede encontrar apoyo el recurrente en el hecho probado, que se limita a expresar que «comenzando a reñir y en los momentos en que Tamayo alcanzó con una bofetada en el rostro al procesado», ya que este relato evidencia un estado de riña que excluye toda legítima defensa, salvo aquellos casos en que pueda determinarse, que la misma no fue sino la consecuencia obligada de la agresión, de

- c. Cuando, aceptada la riña voluntariamente, en el curso de ella surge alguna circunstancia imprevista de índole extraordinaria, que variando de manera sustancial las condiciones del combate coloque a uno de los contendientes en una situación de mayor peligro que el que pudiera deducirse del propio combate en la forma en que se aceptó y del cual se aprovecha el otro contendiente (Sentencias 120 de 22 de octubre de 1962 y 695 de 19 de noviembre de 1966, 280 de 5 de julio de 1975).

Otro tema ampliamente debatido, y sobre el que hay consenso en la doctrina, es el reto o desafío expresado por uno de los contendientes, cuando es aceptado por el otro. En tales casos también se afirma la exclusión de la estudiada causa de justificación, pues ninguno de ellos se encuentra en una situación que requiera defenderse, porque dado el estado de violencia de hecho en que voluntariamente se encuentran colocados, es indiferente, a efectos de dicha exención, la prioridad en el ataque, y ambos deben ser conceptuados en él como autores ilegítimos.

III.2. La necesidad de defenderse por parte del agredido

En punto a la necesidad objetiva de la defensa se ha seguido el criterio de que si falta toda necesidad de defenderse no cabe apreciar la eximente, ni en su forma completa ni de modo incompleto, por tratarse de un elemento fundamental de esta causal de justificación.

Sin embargo, distintas son las consecuencias cuando, existiendo una verdadera necesidad de defensa por parte del agredido, este se excede en los medios empleados para repeler la agresión, por ejemplo. En este supuesto, si bien no podría apreciarse la eximente en toda su virtualidad, sí subsistiría su forma incompleta.

En el primer caso –ausencia total de la necesidad de defensa–, la doctrina alude a un supuesto de *exceso extensivo*, que tiene lugar cuando la defensa se prolonga más allá del tiempo que dura la agresión; a diferencia de lo que acontece en el segundo supuesto, denominado *exceso intensivo*, en el que a pesar de la existencia y actualidad de la agresión, la defensa asume una intensidad lesiva mayor que la realmente requerida en el caso.

De cara a la apreciación de este requisito, la jurisprudencia tradicional evaluó que en los casos en los que el agredido

uno contra otro, lo que no ocurre en este caso; y faltando la «agresión ilegítima», se hace forzoso rechazar el motivo.

podía huir, quedaba excluida la necesidad objetiva de la defensa. Desde entonces, la *huida* o *fuga* de quien se defiende, ha sido una cuestión sobre la que la doctrina ha polemizado.

Sobre el origen histórico de las valoraciones en torno a la *huida*, tuvo oportunidad de pronunciarse Nicasio Hernández Armas, ilustre hombre y eximio magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba; quien explicaba que «el derecho canónico, por su parte, con la *moderamen inculcata tutela*, desdibuja la legítima defensa tal como ya la había construido el derecho romano. Reconocía, sin embargo, la necesaria defensa contra la agresión injusta y actual; pero exigía que el ataque no fuera evitable de otro modo, como la fuga, a la que, desde luego, puso límites no imponiéndola si constituía deshonor».¹⁷

La posición con la que simpatiza la doctrina dominante defiende la inexigibilidad de la huida frente a situaciones de agresión ilegítima, porque ello equivaldría a restringir el alcance de la legítima defensa, convirtiéndola exclusivamente en un derecho subsidiario.

Varias razones apoyan esta postura. En primer lugar, la obligación de fuga impuesta al agredido haría casi ilusorio el reconocimiento de esta eximente, por cuanto son muy pocos los casos en los cuales, después de su ocurrencia, no pueda sostenerse que era posible la huida. Por otro lado, no es este un medio seguro para evitar o sustraerse del peligro de agresión, por el contrario, puede ser infructuoso; y por último, la elección para distinguir y elegir entre los distintos medios para evitar el ataque exige la serenidad en la persona del agredido, condición que rara vez se cumple por cuanto ante situaciones límites todas las personas no reaccionan del mismo modo.

III.3. La proporcionalidad entre la agresión y la defensa

Entre el acto agresivo y la actuación de quien se defiende, debe existir una relación de proporcionalidad para que pueda apreciarse la eximente en su forma completa. Se trata de una exigencia que opera como un requisito no esencial para la vida jurídica de la figura, pues aun ausentándose este elemento, podría apreciarse la regla de atenuación que genera su forma incompleta.

Esa ponderación deberá llevarse a cabo por el Tribunal con arreglo a las circunstancias existentes en el momento

del hecho (*ex ante*) y no mediante una valoración realizada con posterioridad (*ex post*).

No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar, objetivamente, la necesidad racional del medio empleado. Hay que atender en cada caso, más que a las proporciones de los instrumentos vulnerantes de que se haga uso, a las circunstancias del hecho, ocasión y lugar de su desarrollo, y muy especialmente a la peligrosidad del agresor, para deducir que fue adecuado el medio empujado, teniendo en cuenta el estado de confusión que la agresión hubiera producido en el ánimo de quien se defendió.

En la práctica judicial, la problemática relativa a la proporcionalidad se presenta esencialmente respecto al análisis de los medios empleados por quien se defiende de la agresión ilegítima. El medio empleado en la defensa ha de ser idóneo para hacer cesar el ataque o, por lo menos, el oportuno y conveniente para preservar a la persona agredida, del riesgo que la amenaza y, en su caso, el único que se tenga al alcance. El carácter *razonable* de esa proporcionalidad significa que la recta razón deberá graduarla sin atender a reglas predeterminadas, ni sujetarse a medidas o tasas, o sea, que la proporcionalidad debe ser evaluada, en el caso concreto, tomando como baremo que quien se defiende no debe excederse de los límites que la razón, las reglas de la lógica, los dictados de la experiencia y la prudencia, aconsejan en cada caso para impedir o repeler la agresión.

Al respecto, resulta ilustrativo un insigne voto particular suscrito por Diego Vicente Tejera, ilustre magistrado de la otrora Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, en el que razonó atinadamente los elementos a tener en cuenta para ponderar la proporcionalidad: «La legítima defensa como elemento de exención otorgada a los ciudadanos no es un medio de permitir una contienda o una lucha, esto es, un medio de tolerar que se conteste en la misma forma a una agresión surgiendo entonces una reyerta, sino una facultad que se concede para hacer cesar la agresión injusta que amenaza la integridad personal del que se defiende, y por ello es lícito que esa defensa que tiende a hacer agotar la agresión pueda hacerse con cualquier elemento que se tenga a mano, siempre que sea eficiente para evitar el estado de cosas que se crea con el ataque injusto, porque la legítima defensa no es un castigo autorizado sino un elemento que tiende a evitar males no buscados, por lo cual la racionalidad del medio no indica una igualdad en los medios de defensa con los de ataque, sino que sea un medio racional para defenderse, esto es, medios corrientes y generalmente usados en contiendas personales».¹⁸

¹⁷ Cfr. Nicasio Hernández Armas: «Apuntes para un estudio de la legítima defensa», *Revista Cubana de Derecho*, No. 9, Año 4, enero-junio 1975, p. 76.

¹⁸ Cfr. Mariano Sánchez Roca: *Leyes penales de la República de Cuba*, Ed. Lex, La Habana, 1943, p. 118.

IV. Algunos pronunciamientos recientes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular sobre la eximente de legítima defensa

A continuación se transcriben algunos pronunciamientos contenidos en sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, con el propósito de mostrar cómo la práctica judicial cubana ha ido delineando los contornos y alcances de eximente estudiada.

En la *Sentencia 2763*, de fecha 18 de agosto de 2009, el Tribunal Supremo razonó:

Considerando: Que es perfectamente posible apreciar la legítima defensa cuando la riña es consecuencia de un acto agresivo y se suscita para repeler dicho acto; el agredido no está obligado a huir ante una agresión ilegítima, actual y no provocada, y en la medida que la defensa sea respuesta proporcionada a esa agresión injusta, no cabe duda de que cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado, de ahí que sea de rechazar el motivo de fondo articulado por el fiscal a tenor del ordinal quinto del artículo sesenta y nueve de la Ley de Procedimiento Penal.

Dos cuestiones esenciales se derivan de este pronunciamiento. En primer lugar, el criterio de que no siempre resulta posible sostener que la riña resulta excluyente de la legítima defensa, lo que dependerá en última instancia de la dinámica del suceso en sí; y en segundo lugar, se deja sentado el criterio de que la huida no es una opción exigible a quien se defiende si ciertamente es objeto de una agresión ilegítima, inminente o actual, y no provocada.

Sobre la necesidad objetiva de la defensa se pronunció la *Sentencia 3944*, de fecha 20 de octubre de 2011:

Considerando: Que de la revisión de las actuaciones y de la sentencia impugnada se concluye que no le asiste razón al reo en su apreciación de que la sala de instancia incurrió en error de derecho al no apreciarle en su favor la eximente de la responsabilidad penal consistente en legítima defensa, porque del contexto de los hechos probados y la forma en que estos sucedieron no se aprecia que el acusado para defenderse tuviera la necesidad de armarse y darle una cuchillada a la víctima porque en el pasaje histórico consta que esta última estaba desarmada y aguantada por detrás por la madre del acusado, cuando él esgrimió contra este el arma, por tanto no hay racionalidad en su actuación, ni se observa necesidad objetiva de defensa de su persona, o de

terceros. Sin que se pueda entender que actuó justificadamente cuando disponía de la posibilidad de ejercer otra conducta menos lesiva, por tal razón no se le puede justificar la conducta típica ilícita ejecutada en el caso en examen, en consecuencia se rechaza el recurso de fondo con base en el apartado quinto del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal.

Se deja sentado en la sentencia que no puede entenderse *legítimo*, en términos hábiles, aquel comportamiento presuntamente defensivo frente a una agresión cesada; y ello así porque la inactualidad de la agresión excluye la necesidad objetiva de la defensa, requisito esencial para entender configurada la analizada causal de justificación.

En la *Sentencia 1468*, de fecha 21 de junio de 2012, el máximo órgano de justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la proporcionalidad entre la agresión y la defensa:

Considerando: Que la sala de instancia dio por probado que el acusado V. R., debido a que su señora madre estaba siendo víctima de reiterados robos en su domicilio, ubicado en la carretera de Jobabo, en el municipio y provincia de Las Tunas, decidió ponerse en vigilia, hasta que el día 7 de febrero de 2011 a las nueve de la mañana, aproximadamente, encontrándose dentro del inmueble, sintió primero un ruido y se percató después que un ciudadano había penetrado a uno de los cuartos de la vivienda por una ventana de dos hojas que acababa de forzar, por lo que procedió a tomar en sus manos un tubo metálico de 73 centímetros de largo por 3 centímetros de diámetro con el cual le propinó un solo golpe en el rostro que le produjo fractura de fosa anterior izquierda y herida frontal bilateral de 8 y 4 centímetros de longitud, sin otras consecuencias, procediendo el intruso a forcejear con él, teniendo el acusado que coger entonces una mocha con la que lo golpeó por un brazo sin causarle lesiones, dando lugar a que el intruso se retirara, no sin antes ser reconocido por el acusado. Siendo así es evidente que el recurrente actuó en legítima defensa de su persona y derechos y lo hizo prudencialmente, tanto por haberle dado un solo golpe con el tubo, como por la moderada fuerza del golpe propinado, que ni siquiera privó a la otra persona del conocimiento, ni puso en peligro su vida y en segundo lugar por el no uso inicialmente del machete que tenía a su disposición que es un arma más efectiva y después la ponderación cuando tuvo que usarlo, al no haber causado siquiera lesiones leves con él. Los delitos de robo con fuerza en las cosas y hurto, se agravan cuando ocurren en viviendas habitadas, hallándose presente los moradores, precisamente por el peligro que suponen no solo para los bienes, sino también para la intimidad del domicilio y la integridad física

de sus moradores, pues el legislador da por sentado que quien se arriesga a penetrar a robar a una vivienda asume la posibilidad de ser sorprendido por sus moradores y por consiguiente de tener que enfrentarse a ellos. El acusado al actuar como lo hizo, obró en defensa de su persona, de la de su madre y de los derechos de ambos, impidiendo y repeliendo una agresión ilegítima, actual y no provocada, existiendo necesidad objetiva de la defensa y proporcionalidad entre la agresión y la defensa, analizada de acuerdo a las circunstancias de personas, medios, tiempo y lugar. Objetivamente no le era exigible al impugnante un comportamiento más moderado ante una situación tan peligrosa, en las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos, siendo procedente acoger el recurso, casar y anular la sentencia y dictar una nueva en la que se aprecie la legítima defensa y se le absuelva del delito por el que resultó sancionado.

Nótese cómo los jueces *ad quem* corrigen el error de derecho en que incurrió el Tribunal de mérito, evaluando el suceso objetivamente, de acuerdo a las concretas circunstancias que lo rodearon relacionadas con las características del medio defensivo y el peligro conjurado, así como la peligrosidad demostrada por el agresor; criterios de valoración que se ratifican en el pronunciamiento contenido en la *Sentencia 1767*, de fecha 24 de julio de 2012:

Considerando: Que del examen de la base fáctica de la sentencia cuestionada se aprecia que le asiste razón al acusado en pretender que a su favor sea acogida la circunstancia eximente de legítima defensa, porque constando probado, que su primera intervención se limitó a halar al que posteriormente resultara occiso, porque agredía con un arma blanca a un tercero que no había provocado el incidente, cuando se encontraba acorralado y sin posibilidad de defenderse; lo que conllevó a que el agresor se virara con el arma y realizara contra el reo varias acciones para afectar su integridad física, y si bajo estas circunstancias de agresión y de acorralamiento de las que era objeto que describe el tribunal de juicio en el primer resultando, el acusado tomó un cuchillo que le quedaba cerca y lo esgrimió contra su atacante, es evidente que están presentes de manera completa todos los elementos de la causa de justificación de legítima defensa prevista en el artículo 21 del Código Penal, por tanto no obró con acierto el tribunal de instancia cuando solo la apreció de manera incompleta, porque en el caso de autos no se advierte desproporción entre el medio de defensa empleado y el peligro suscitado en el ataque, sino total correspondencia entre ellos, sin que el elemento que se valora por ese órgano, relacionado con que el reo esgrimió contra su atacante

en dos ocasiones el cuchillo, pueda ser el sustento de la apreciación incompleta de la eximente analizada, en primer orden, ya que no tiene respaldo legal como invalidante, y en segundo, porque en el propio hecho consta que el ciudadano F.L.R. después de haber resultado herido por el encausado continuó su ataque contra este, e incluso lo persiguió con el arma, todo lo que nos lleva a concluir que en el caso de marras el acusado repelió una agresión ilegítima, inminente, actual, no provocada, en condiciones y circunstancias en las que existía una necesidad objetiva de defensa y adecuada proporcionalidad entre la agresión y la defensa; en consecuencia debe ser acogido el motivo de fondo del recurso.

Sobre las características que ha de revestir la agresión que habilita la legítima defensa se pronunció la *Sentencia 1541*, de fecha 17 de mayo de 2013:

Considerando: Que entre los requisitos de la eximente de la legítima defensa destaca la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no es dable apreciar positivamente esta causa de justificación; así, equivale la agresión a todo ataque, acometimiento o embestida, de índole física o violenta, y ha de ser real, grave, directa y actual o inminente. En el caso en examen, consta de los hechos que se estimaron probados, que al llegar el acusado a la vivienda que compartía con su exesposa, observó a esta discutiendo, por motivos personales, con quien resultó víctima, ocasión en la que él, que tenía rencillas con este sujeto a consecuencia de los celos que mutuamente se provocaban por amar a la misma mujer, intervino, estableciéndose entre ambos un combate cuerpo a cuerpo en el que se acometieron mutuamente, de lo cual se advierte, que si bien la víctima estaba importunando a la fémina y ambos se proferían palabras fuera de tono, no existió un acto de fuerza de aquel que requiriera de la intervención violenta del acusado, es decir, no había necesidad de la defensa, por eso, más que el ánimo defensivo, al que alude el recurrente, se evidencia realmente en su actuar el ánimo vindicativo, impropio de la reclamada justificante, lo que determina el rechazo del motivo de infracción de ley establecido al amparo del ordinal cinco del artículo sesenta y nueve de la ley rituarial.

Se deja esclarecido en este pronunciamiento judicial qué se entiende por *agresión*, a los efectos de permitir una lesión a un bien jurídico en defensa de otro, la que debe revestir un acto de fuerza o acometimiento material; sin que puedan conceptuarse como tal los meros gritos o palabras fuera de tono. Además se aclara que cuando la cuestión versa sobre ofensas recíprocas, que más que una reacción en la dignidad revela un propósito de venganza, no puede manifestarse esta eximente.

Con relación a la improcedencia de apreciar la legítima defensa frente a actos justificados se pronunció la *Sentencia 1482*, de fecha 11 de mayo de 2010:

Considerando: Que se entiende como *agresión ilegítima* la que no tiene razón o causa legal que la justifique, y no puede calificarse como tal, la que pretendió enfrentar la víctima contra los acusados, porque ella estuvo precedida por acciones agresivas ejecutadas por estos contra la suegra de aquel, madre y tía, respectivamente, de los comisores, luego, no cabe legítima defensa contra quien está justamente defendiendo a un tercero, por demás mujer, frente a la violencia de dos sujetos que atacaron la integridad física de aquella y sus bienes; luego, la acción ofensiva de este debe reputarse lícita y justificada, por responder a un ataque previo, es decir, que la réplica de los encausados no tiene justificación en las acciones defensivas de quien, definitivamente, resultó agredido cuando actuó en defensa de otro, de ahí que con adecuado acierto desestimó la Sala de instancia la causa de justificación ahora alegada por ambos impugnantes, en el motivo de infracción de ley del recurso, amparado en el ordinal primero del artículo sesenta y nueve de la ley ritaria.

Se asume por el Tribunal Supremo el tradicional criterio de que no cabe apreciar la exención de legítima defensa frente a actos lesivos en sí mismos justificados, pues en tales casos falta la ilegitimidad de la agresión; de tal suerte que si una persona se defiende de un ataque o acometimiento, la réplica del agresor nunca podrá encontrar justificación en las acciones defensivas del agredido que se defiende, por muy enérgicas que estas sean.

Los efectos excluyentes de la legítima defensa que genera el estado de riña, mutuamente aceptado, se reconocen en el pronunciamiento contenido en la *Sentencia 1372*, de fecha 26 de octubre de 2009:

Considerando: Que entre los requisitos de la eximente de la legítima defensa destaca la agresión ilegítima, sin cuya concurrencia no es dable apreciar positivamente esta causa de justificación, esto es, sin causa legal que justifique o legitime el ataque. En el asunto en examen, precedieron a la agresión acciones demostrativas de un propósito ofensivo por parte de la recurrente, al colocar los maderos recostados contra la ventana de la vivienda de su adversaria, restándole ventilación e iluminación al inmueble de aquella, luego, las acciones ofensivas de esta última deben reputarse como justificadas por responder al referido precedente. Otro elemento que de valorarse para refutar la invocada eximente es que ante las ofensas de su adversaria, la impugnante subió a la azotea al encuentro de aquella y

al augurarse la inmediata materialización de los insultos que aquella profería, lanzó el ladrillo contra la hija de su antagonista, a la que alcanzó en la cabeza, estableciéndose así la contienda física entre todas, de ahí que hubo una situación de riña mutuamente aceptada, con mutuo acometimiento y recíproca agresión, todo lo que determina el rechazo del motivo de fondo que al amparo del ordinal quinto del artículo sesenta y nueve de la ley de trámites se alegó.

Se valora que, ciertamente, queda excluida la posibilidad de apreciar la justificante de legítima defensa en aquellos casos en los que se producen acometimientos recíprocos aceptados voluntariamente entre los contendientes, que degeneran en un estado de riña donde cada uno de ellos se erige en agresor.

V. A modo de conclusiones

- Los supuestos fácticos que resultan amparados por las causas de justificación no generan responsabilidad de ninguna índole y, dado el carácter objetivo, son apreciables en todos los sujetos que participen en el hecho por imperio del principio de accesoriedad limitada de la participación, en cuya virtud el partícipe responde del hecho del autor solo cuando este configura una acción típica y antijurídica.
- Actualmente se defiende por un sector mayoritario de la comunidad científica la posibilidad de que resulten igualmente defendidos bienes inmateriales como la honestidad y el honor, que antes resultaban excluidos de esta posibilidad.
- La jurisprudencia cubana se ha mostrado sensible a admitir la configuración de la legítima defensa a pesar de existir estado de riña entre los contendientes en tres supuestos: a) cuando la riña no es aceptada voluntariamente, sino que resulta consecuencia de la imposición, o sea, cuando el sujeto es llevado a ella por el otro contendiente; b) cuando la riña es consecuencia de la agresión de uno de los contendientes contra el otro, por cuanto al resultar objeto de una agresión ilegítima y repelerla, puede surgir una riña que en sí misma no excluiría la responsabilidad penal; y c) cuando, aceptada la riña voluntariamente, en el curso de ella surge alguna circunstancia imprevista de índole extraordinaria, que, variando de manera sustancial las condiciones del combate, coloque a uno de los contendientes en una situación de mayor peligro que el que pudiera deducirse del propio combate en la forma en que se aceptó y del cual se aprovecha el otro contendiente.

- La posición con la que simpatiza la doctrina dominante defiende la inexigibilidad de la huida frente a situaciones de agresión ilegítima, porque ello equivaldría a restringir el alcance de la legítima defensa, convirtiéndola exclusivamente en un derecho subsidiario.
- No existe una medida legal cuantitativa que permita apreciar, objetivamente, la necesidad racional del medio empleado. Hay que atender en cada caso, más que a las proporciones de los instrumentos vulnerantes de que se haga uso, a las circunstancias del hecho, ocasión y lugar de su desarrollo, y muy especialmente a la peligrosidad del agresor, para deducir que fue adecuado el medio empleado, teniendo en cuenta el estado de confusión que la agresión hubiera producido en el ánimo de quien se defendió.

VI. Bibliografía Consultada

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- BERDUGO-GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1887.
- HERNÁNDEZ ARMAS, Nicasio: «Apuntes para un estudio de la legítima defensa», *Revista Cubana de Derecho*, No. 9, Año 4, enero-junio 1975.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch Casa Ed, Madrid, 1978.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed, Ed. Reppertor, Barcelona, 2005.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén: *Manual de Derecho Penal General*, t. III, Ed. Félix Varela, Ciudad de La Habana, 2007.
- WELZEL, Hans: *Derecho Penal. Parte General*, Carlos Fontán Balestra (Traductor), Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ed. Ediar, Argentina, 2002.

* * * * *

Pautas argumentativas del abogado en la litigación penal

Msc. TANIA GONZÁLEZ AGUILERA

*Lucha, tu deber es luchar por el Derecho,
pero el día que encuentres conflicto del Derecho
con la justicia, lucha por la justicia*
Eduardo Couture

SUMARIO

I. Introducción. II. Argumentación jurídica. III. Argumentación del abogado. IV. Pautas argumentativas en la litigación penal. V. A modo de conclusiones

I. Introducción

Luchar desde el Derecho por los principios de justicia y equidad, han sido la esencia del ejercicio de la abogacía, el reto de nuestra profesión se ha centrado en el enfrentamiento de nuestro razonamiento jurídico ante modelos procesales que posibilitan en mayor o menor medida un despliegue de nuestra argumentación con un único y central objetivo: el convencimiento del juzgador con nuestra tesis de defensa. Tesis que debe estar dotada de un pensamiento jurídico que tutele los intereses de otros, impregnada de un alto nivel cognoscitivo del letrado actuante, con dominio y destreza del proceso penal y habilidades retóricas –escritas u orales– para colocar sus argumentos.

Para autores como el español Manuel Atienza, en su libro *El derecho como Argumentación*,¹ «no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar», proceso argumentativo que debe por ende responder a la formación de habilidades en las diversas esferas del Derecho en que se despliega el razonamiento jurídico, pues no solo se discute hoy el riguroso razonamiento técnico-jurídico plasmado por el juez en su sentencia como expresión acabada de la argumentación jurídica sino que se extiende al tributo que las partes intervinientes puedan ofrecerle.

El proceso penal cubano en verdadero apego a su definición inquisitivo-acusatorio, ha sostenido una mezcla de

¹ Manuel Atienza: *El derecho como argumentación*, Ed. Ariel Derecho, Alicante, España, 2005, p. 67.

escritura y oralidad que de alguna manera ha posibilitado a las partes dispersar sus tesis argumentativas hasta el momento cumbre del proceso penal –acto de juicio oral–, donde realmente pudiéramos afianzar que existen los primeros elementos de litigación penal en igualdad de condiciones para las partes intervinientes. De tal suerte, pudiéramos preguntarnos: ¿Cómo encaminar una estrategia argumentativa en la litigación penal? ¿Qué hacer para lograr articular una defensa penal debidamente argumentada en el debate oral?

Estos enigmas más que interrogantes serán los ejes del desarrollo de nuestro trabajo, con el único y primordial objetivo de despertar en nuestros juristas el interés y la vocación para acercarse a temas que por abstractos o casi inaccesibles para nosotros puedan tener una utilidad práctica en el ejercicio diario y usualmente abrumador que nos acoge en la realidad cubana.

II. Argumentación jurídica

La actividad argumentativa preterida en ocasiones, se vislumbra como el soporte esencial para aquellos que se dedican a la creación, aplicación e interpretación del Derecho. La argumentación de manera general es definida como: aclarar, descubrir, probar, alegar, poner argumentos,² siendo uno de sus pivotes fundamentales la filosofía del Derecho, la que ofrece una visión genérica de cómo alcanzar un Derecho argumentativo.

Los orígenes de la argumentación jurídica son muy antiguos. El estudio de las formas lógicas de los argumentos utilizados por los juristas –*a pari*, *a fortiori*, *a contrario*—³ se remonta al Derecho Romano; ya, en el *arsinveniendi*, la tópica, había sido según Viehweg,⁴ el estilo característico de la jurisprudencia en la época clásica romana y por otra parte, el origen de la retórica se plasma en *El corax*, tratado que surge ante la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinadas disputas sobre la propiedad de la tierra.

Los precursores como Sócrates, Aristóteles y Tomás de Aquino, transmitieron a sus filosofías elementos didácticos para la argumentación hacia la visión lógica del Derecho.

Además, la jurisprudencia se encargó de resaltar e indicar el camino a la justificación y razonamiento de los jueces. Ya en la etapa medieval, algunas fuentes hablaban del razonamiento de los abogados, a los cuales en algún momento se les denominó *razonadores*.

En los sistemas de Derecho pertenecientes al *Common Law*, la práctica de justificar las sentencias se remonta al siglo XII y se consolida en el XVI, no como consecuencia de una concepción democrática de justicia sino por exigencias del funcionamiento del sistema: el precedente judicial solo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (*ratione decidendi*) del caso se expresa de forma escrita.

Para los sistemas de Derecho de tipo occidental su práctica es reciente, surgiendo como obligación en la segunda mitad del siglo XVIII y se acelera después de la segunda guerra mundial, a medida que se van afirmando los Estados constitucionales. Caracterizándose en una etapa inicial –como lo ha llamado Taruffo—⁵ por una concepción «endoprocesal» de la motivación de las sentencias, permitiendo que las partes se den cuenta del significado de la decisión y puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez valorar adecuadamente los motivos de la impugnación. En una segunda etapa, se le añade otra de carácter «extraprocesal» o política: la obligación de motivar es manifestación de la necesidad de controlar democráticamente al juez.

El surgimiento de las llamadas «teorías de la argumentación jurídica», tuvo como rasgo común, la pretensión de construir un concepto de argumentación, para desarrollar una teoría que supere la noción existente de argumento lógico-estricto y de argumento lógico deductivo. Inician así su despunte en los años cincuenta, ofreciendo todo un planteamiento antiformalista de la argumentación jurídica, se rescatan de la antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre los argumentos jurídicos.

En esta línea se inscriben autores como Theodor Viehweg,⁶ que revitalizó la tópica y a su vez enfrentó la concepción deductiva de la argumentación a la tradición de la tópica. Similar camino adoptó Chaim Perelman⁷ al rehabilitar la retórica para el Derecho, contraponiendo los argumentos deductivos o apodícticos a los retóricos. Se destaca el pensamiento filosófico de Stephen Toulmin,⁸ quien enfren-

² *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, p. 132.

³ *A pari*, extender a un caso la solución prevista para otro, *a contrario* es la solución opuesta a la anterior, *a fortiori* se entiende que la solución prevista para un determinado caso debe extenderse con mayor razón a otro no previsto.

⁴ Theodor Viehweg: *Tópica y Jurisprudencia*, traducción al castellano de Luís Díez-Picazo de la segunda edición alemana de 1963.

⁵ Michele Taruffo: *La prueba de los hechos*, versión castellana, Madrid, Trotta, 2002.

⁶ *Ibid*, p. 4.

⁷ Chaim Perelman: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luís Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1998.

⁸ Stephen Toulmin: *The use of argument*, Cambridge University Press, 1958.

ta la lógica operativa adecuada para los diversos ámbitos de la vida en los que se argumenta.

El profesor Manuel Atienza, en su libro *El derecho como Argumentación*,⁹ conecta este concepto con la actividad argumentativa de los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos, considerando los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa, viendo entonces a los argumentos como encadenamiento de enunciados, a partir de premisas que llevan a una conclusión, como un arte dirigido a persuadir a otro –u otros– de determinada tesis a partir del contacto con los elementos que enlazan la lógica, la retórica, la tópica y la dialéctica.

No obstante los diversos enfoques que recibe la Teoría de la Argumentación Jurídica, esta se mide en razón de las respuestas que ofrece al problema de cómo mejorar la práctica jurídica, viéndolo en dos sentidos:

- A) En cuanto a la teoría descriptiva de la argumentación, que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, pues los juristas al conocer la forma en que de hecho argumentan, serán más conscientes de su propio quehacer.
- B) En cuanto a la teoría prescriptiva de la argumentación, posibilita ofrecer como deben argumentar los juristas en su actividad práctica.

Tomando como punto de partida estas dos perspectivas de la argumentación, el trabajo pretende mostrar la utilidad pragmática de la Teoría de la Argumentación Jurídica, en la actividad profesional del abogado, al elaborar sus escritos o adoptar sus tesis de defensa sugiriendo pautas argumentativas viables para el proceso penal.

Queda entonces para el Derecho, siguiendo el pensamiento de Mañach,¹⁰ la obligación no solo de desempeñar un mejor papel en la conformación de esa alta cultura sino también el reto de formar a un mejor jurista, desde las aulas primero y luego en los diferentes espacios de su labor, «pues parecen estar en extinción el antiguo jurisconsulto profundo y erudito, cediendo paso a la avalancha de abogados sin más disciplina que la muy positiva de las aulas universitarias».

Para la teoría de la argumentación jurídica expuesta por Manuel Atienza, todo argumento resulta el encadenamien-

to lógico de las premisas que conducen a una conclusión. Es todo lo que queremos decir cuando hablamos de justificar o de argumentar a favor de una decisión, es el método de la lógica, el método deductivo el que debe seguir el juez, el teórico o el práctico para la resolución de los problemas jurídicos.

Evidentemente, el concepto seguido por este autor se centra en que *argumentar* es la acción relativa a un lenguaje oral o escrito, donde se dan razones para ello a favor o en contra de una determinada tesis, no solo se trata de seguir una lógica o argumentación del juez sino del profesional del Derecho, en especial las partes.

Insiste que la concepción formal de la argumentación se hace coincidir esencialmente con la lógica deductiva clásica, señalando la importancia de la lógica deóntica, las lógicas divergentes y la lógica inductiva. Por su parte, la concepción material consiste en una teoría de las premisas, de los tipos de razones que se usan en la resolución de los problemas teóricos o prácticos. La pragmática la evalúa como una actividad dirigida a persuadir sobre algo o a defender o atacar una tesis, el énfasis se centra en los efectos de la argumentación, sobre una base retórica y dialéctica. Siendo esta última la que de alguna manera se acerca al ejercicio profesional de los abogados.

III. Argumentación del abogado

En la literatura revisada no encontramos una definición tan clara y precisa de la *argumentación* del abogado como la ofrecida por Atienza. El que sostiene que este tipo de argumentación puede considerarse en una de sus facetas como *vicaria* con respecto a la de los jueces, su posición conlleva a que sus argumentos sean aceptados o utilizados por los jueces, de manera que deberán ser insoformes con los de este. Evidentemente sus aptitudes se diferencian, los jueces argumentan –como deber institucional– a favor de una tesis porque consideran que conforme al Derecho es *correcto*. Los abogados, por su parte, argumentan para favorecer los intereses del cliente y porque el juez puede recoger, aceptar sus argumentos.

Insiste en otra faceta de la argumentación de los abogados de cara a su cliente que obedece al modelo del esquema finalista: las premisas consisten en la fijación de un determinado objetivo –maximizar los intereses del cliente– siendo la *razón operativa*, la *razón auxiliar*, los medios jurídicos que permiten alcanzar su objetivo y la conclusión del deber o la necesidad de efectuar la acción. Resalta el catedrático que a diferencia de lo que ocurre en la argumentación judicial, lo que funciona en la argumentación de los abogados como razón operativa no es una norma del sistema, aunque es un elemento a tener en cuenta.

⁹ Manuel Atienza: *El derecho como argumentación*, Ed. Ariel Derecho, Alicante, España, 2005, p. 67.

¹⁰ Jorge Mañach: *Ensayos*, Ed. Letras Cubanas, La Habana, Cuba, 1999, p. 8.

Las premisas provenientes del sistema ingresan básicamente en el razonamiento del abogado, lo que justifica las premisas es una serie de normas constitutivas y normas regulativas a tener en cuenta en la solución del caso en cuestión. En el esquema finalista adoptado por este tipo de argumentación las normas operan como límite y guía directrices, fijan objetivos.

En busca de un Derecho garantista, se exige que los abogados adopten desde el su intervención en el proceso penal, elementos fácticos, técnico-jurídicos, de interpretación crítica y razonada que tribute a la decisión del juez.

IV. Pautas argumentativas en la litigación penal

La litigación penal tiene en su centro de desarrollo la teoría del caso, vista en los sistemas acusatorios y adversariales como la propuesta de hechos, fundamentos legales y probatorios que las partes ofrecen al Tribunal, muy vinculada a la visión tridimensional que el derecho moderno alcanza en su concepción como hecho, norma y valor.

En el sistema acusatorio como el nuestro, existe una distribución de roles, es decir, el fiscal ejerce la potestad persecutoria y el defensor se opone a la pretensión punitiva de este, mientras el juez decide. Por su parte en el sistema acusatorio-adversarial la investigación y el juzgamiento discurren bajo el principio de contradicción entre el fiscal y el defensor, el juez mantiene un rol relativamente pasivo e intervienen para evitar desviaciones pero sin limitar el ejercicio adecuado de la acusación y la defensa.

Nuestra Ley de Procedimiento Penal cubana a partir del artículo 249, dispone la incorporación del abogado defensor en el proceso penal, ¿podría considerarse entonces que desde este momento existe una evidente litigación?

Consideramos que *litigar* es pleitear, contender, disputar, discutir, cuestionar, controvertir, polemizar, altercar, debatir, demandar, reclamar, denunciar, pelear, lidiar, querellarse, comparecer, apelar, recurrir, porfiar, refir, proceder, actuar, acordar, ceder, convenir, pactar, coincidir, concertar. En toda la dimensión de su acepción, no podemos hablar de total litigación en nuestra fase investigativa, la que no está expuesta a la imparcialidad de un juez, considerando entonces que el debate penal sería la cumbre de nuestra litigación, al concretarse el verdadero principio contradictorio del proceso penal pero sin que la realización de las acciones sumariales efectuadas por el abogado litigante en el expediente investigativo, sean merecedoras de descrédito, pues su preparatoria sirve como elemento base de un futuro debate penal.

De tal suerte, para la interconexión del argumento efectivo elaborado por la defensa, son necesarios elementos esenciales del debate oral como:

- Conocimiento, dominio y respeto a los principios del debate oral, en el cual por ende toman un primer escaño los principios generales del proceso penal.
- La aceptación del debate.
- El orden del debate.
- El respeto a la dignidad humana.
- Falibilidad y flexibilidad en la actuación del letrado.

Sería entonces trascendental observar la litigación penal desde sus tres vertientes esenciales: litigación como herramienta para la defensa del caso, litigación como herramienta para la credibilidad del caso y litigación como medio para la destrucción de la teoría contraria.

Por lo que para lograr conformar la defensa del caso, otorgarle credibilidad a nuestra tesis de defensa y destruir la teoría contraria es necesario saber introducir, fundamentar y contradecir a partir de los pasos de la teoría del caso, centrados en las siguientes cuestiones:

- *Litigar a partir de los hechos y sobre los hechos.* En relación a este bastaría que nuestros letrados se centraran en la narrativa fáctica narrada por el ministerio fiscal, evitando durante el debate, el aislamiento de este pliego petitorio.
- *Litigar teniendo como centro la teoría jurídica* –debate acerca de la calificación, participación, circunstancias u otros de dogmática penal. Impregnar a nuestros escritos penales, así como el orden de nuestro informe oral de elementos doctrinales para resolver los problemas jurídicos presentados.
- *Litigar con y en contra de las evidencias.* La articulación adecuada del material probatorio.
- *Litigar previa la clasificación de las evidencias* –saber cómo, en qué orden y con qué estilo se presentan cada una de ellas.
- *Dominio de las reglas del interrogatorio, el contrainterrogatorio, el interrogatorio redirección y el recontra-interrogatorio.*
- *Interrogatorio donde sea capaz de:* acreditar adecuadamente al testigo, lenguaje sencillo, descriptivo, donde predomine el control del ritmo, no hacer preguntas sugestivas, escuchar las respuestas y mantener un orden cronológico.

- *Contrainterrogatorio dotado de brevedad.* Con preguntas sencillas y cerradas de las que se sabe las respuestas, no pelearse con el testigo, escuchar atentamente, no repetir preguntas del interrogatorio innecesariamente –saber cuándo preguntar y cuándo terminar.

Luego de la evaluación anterior, estaríamos en condiciones de enunciar algunas *Pautas argumentativas de la litigación penal*:

- Litigar desde el respeto a los actuantes directos o indirectos del asunto –el abogado ejemplo de ser humano.
- La litigación como eje del tríptico doctrina, dogmática y ejercicio práctico –el abogado culto más que el abogado listo.
- La litigación como conformadora de pautas argumentativas y como ejercicio de argumentación práctica.
- Lograr un discurso forense debidamente argumentado en el cual logre: prepararse con anticipación, evitar escribir el discurso, utilizar el ingenio y el humor adecuado, tener capacidad de respuesta, evitar pontificar, organizar la estructura de la tesis o estrategia, moderando la gesticulación y dominando el tono y la expresión.

V. A modo de conclusiones

- La formulación de la tesis de defensa debe estar antecedida de la ubicación, adecuada, eficaz y diestra de nuestros argumentos como soportes insoformes al razonamiento del juzgador en función de maximizar el interés de nuestro cliente y con una razón operativa que es la norma penal en virtud de la cual y conforme a ella, ubicaremos nuestros argumentos.
- La argumentación jurídica del abogado en la litigación penal debe estar caracterizada por el dominio, habilidad y destreza del debate oral, expresión concreta de sus argumentos litigantes en función del hecho fáctico, su respuesta jurídica y las evidencias que lo corroboran con el fin de configurar argumentos efectivos en función de su tesis de defensa y la teoría del caso.

* * * * *

El umbral del fin de las vistas. Visto

DANILO RIVERO GARCÍA

*Una justicia sumaria puede representar
una gran injusticia, ya que no permite
la defensa adecuada.*
Javier Llobet Rodríguez¹

Recuerdo que en mi época de estudiante universitario, entre 1975 y 1979, el profesor Aldo Prieto Morales, responsable de la asignatura de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, me invitó a presenciar ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular (TSP) la vista² de casación de un notable caso que defendía. Por primera ocasión escuché la palabra *visto*,³ pronunciada por el juez que presidió el acto –José García Álvarez–, también presidente titular de la Sala, quien al concluir Aldo su alegato, accionó un timbre, que en verdad me impresionó,⁴ lo confieso. Luego al integrar la judicatura en 1979, comprendí el significado del vocablo, era común escucharlo en la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral del Tribunal Provincial Popular (TPP) de Sancti Spíritus; allí había una campanilla.

Mis palabras versarán sobre cómo ha sido tratado el tema de las *vistas* en los ámbitos del recurso de casación, de apelación,⁵ y en la revisión; en las leyes procesales ordinarias que

¹ Javier Llobet Rodríguez: *Proceso Penal Comentado*, Ed. Jurídica Continental, Costa Rica, 2012, p. 33.

² Según la *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 30, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1910, p. 862, «Vista, en la acepción forense de esta palabra, es el acto judicial solemne y público en que el juez o Tribunal ante el cual pende, ya substanciado, un asunto para sentencia, oye la relación del mismo hecha por el secretario correspondiente y las alegaciones o informes de las partes en defensa de las pretensiones que oportunamente formularon y sostienen en definitiva» -aunque se refiere a las vistas en materia civil, resulta aprovechable en lo penal.

³ Según la *Enciclopedia Jurídica Española*, op. cit., p.869, «Visto. En su acepción más precisa es esta palabra una fórmula forense con la cual el juez o Tribunal a quien corresponde dictar una resolución declara haber examinado el asunto de que se trata. (...) La Ley de Enjuiciamiento Civil preceptúa en su art. 330 al establecer la forma en que han de celebrarse las vistas de los pleitos, que se dará por terminado el acto pronunciando el presidente la fórmula de Visto».

⁴ Era un timbre eléctrico, sonaba fortísimo.

⁵ Me circunscribo al juicio de faltas de la LECrim, y al seguido ante los Tribunales Populares de Base en la LPP de 1973, y los Tribunales Municipales Populares en la LPP.

han regido en la Isla a partir de 1889: Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 14 de septiembre de 1882 (LECrim), Ley de Procedimiento Penal de 25 de junio de 1973 (LPP de 1973), y Ley de Procedimiento Penal de 13 de agosto de 1977 (LPP).

La LECrim en su original redacción para resolver los recursos de casación, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma, o interpuestos a la vez,⁶ exigía imperativamente la celebración de *vista*, aun cuando las partes no la interesaran.⁷

Aguilera de Paz en sus valiosos comentarios a esa ley, sobre el carácter preceptivo de dicho acto refiere⁸ que «la ley había estimado conveniente, para las mayores garantías de acierto en su resolución que antes de ello se celebrase vista pública, en la cual pudieran las partes informar al Tribunal acerca de las razones que tuvieran para sostener sus respectivas pretensiones, cuyo trámite no puede menos de ser considerado como muy favorable y útil para el derecho de todos los interesados en el recurso, a fin de que el tribunal que ha de resolver pueda hacerlo con el debido conocimiento de los necesarios antecedentes».

Dicho trámite se verificaba, en el caso del recurso por infracción de ley, conforme al artículo 896, cuyo tenor reproduce:

«La vista del recurso se celebrará en la forma determinada en el primer párrafo del artículo 885, con asistencia e informe oral de los Letrados de las partes, si estas lo creyeran conveniente, y la del Ministerio fiscal en todo caso, hablando primero el recurrente, después los que se hayan adherido al recurso, y por último los que lo impugnen. Siempre que el Ministerio fiscal contradiga el recurso hablará último».

En el primer párrafo del artículo 885 se expresa: «El acto de la vista se celebrará leyendo el Secretario la sentencia y los votos reservados si los hubiere, el escrito interponiendo el recurso, el de adhesión si lo hubiere también, y los de impugnación en su caso».

⁶ Ver arts. 894-909, 929-933, y 934-946 de la LECrim.

⁷ Es forzoso aclarar que el régimen de causales de los recursos de casación tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma de 1882, se ha mantenido prácticamente incólume en los ordenamientos procesales de 1973 y 1977. Hoy dicho sistema resulta vetusto e inidóneo; constituyendo una verdadera rémora para alcanzar los ideales de verdad y justicia.

Sobre el carácter obligatorio de la vista ver D. E. Aguilera de Paz: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. VI, Hijos de Reus, Madrid, 1916, pp. 244 y 379-381.

⁸ Ver D. E. Aguilera de Paz: *Op. cit.*, p. 242.

El artículo 929 la preceptuaba para la decisión del recurso por quebrantamiento de forma en los términos siguientes:

«En el día señalado para la vista, el Secretario dará cuenta de la sentencia, de los votos particulares, del escrito de interposición del recurso y de la parte de la causa que se considere necesaria para dar cumplida idea de la falta alegada y sus fundamentos.

Terminada la lectura por el Secretario, harán uso de la palabra los defensores de las partes y el Fiscal. Este hablará el último a no ser que hubiese interpuesto el recurso».

Si la casación lo era por quebrantamiento de forma e infracción de ley a la vez, su sustanciación se regulaba ajustándose a los de la respectiva clase.⁹

En la propia LECrim la *revisión* era considerada un recurso,¹⁰ y solo procedía en tres casos: 1º. «Cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola». 2º. «Cuando esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena». 3º. «Cuando esté sufriendo condena alguno en virtud de sentencia cuyo fundamento haya sido un documento declarado después falso, por sentencia firme en causa criminal».

El artículo 959 disciplinaba la sustanciación de la revisión, que podía ser «con informe oral o sin él», lo que decidía la Sala «en vista de las circunstancias del caso».¹¹

La ley española comprendió en su Libro Sexto, *Del procedimiento para el juicio sobre faltas*, y en el Título II de dicho libro, *Del juicio sobre faltas, en segunda instancia*. La sentencia dictada por el juez municipal en esta clase de procedimiento, era susceptible de ser recurrida en *apelación* —en ambos efectos— para ante el juez de instrucción a que correspondía el juzgado municipal. Este recurso se tramitaba con *vista* obligatoria —sin necesidad de solicitarla los interesados—, y examen probatorio. No se admitía otra prueba que la que, habiendo sido propuesta en la primera instancia, no hubiere podido practicarse por causa ajena a la voluntad del que la hubiese propuesto.¹²

⁹ Ver arts. 943 y 945 de la LECrim.

¹⁰ Ver arts. 954-961 de la LECrim.

¹¹ Ver D. E. Aguilera de Paz: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. VI, Hijos de Reus, Madrid, 1916, p. 511.

¹² Ver arts. 977-980 de la LECrim.

Con ciertas reformas realizadas por el gobierno español, se hizo extensiva a Cuba y Puerto Rico la LECrim por Real Decreto de 19 de octubre de 1888, comenzando a regir el 1 de enero del siguiente año. Esta ley fue objeto de modificaciones en las materias aludidas –casación, revisión y apelación– por órdenes militares del gobierno interventor norteamericano.

Los recursos de casación y revisión del Libro V de la Ley española, resultaron modificados por la Orden militar 92 de 26 de junio de 1899 (Om 92); pero la celebración de la *vista* de casación, continuaba siendo obligatoria para «tratar en definitiva el recurso», sin ser preciso requerimiento de partes.¹³

En el artículo XXXVI sobre el modo de celebración del estudiado acto, reza:

«La vista se verificará de la manera siguiente:

»El Secretario del Tribunal o el Oficial de la Sala que asistiere a la misma, dará lectura, si alguna de las partes lo solicita, a la sentencia recurrida, parte de los autos en que se hubiere cometido el quebrantamiento de forma, cuando se trate de estos recursos, y gestiones practicadas para subsanarle. También se dará lectura, si lo hubiere, a los votos particulares que se hayan formulado por los Magistrados de la Sala de Audiencia que no estuvieron conformes con la sentencia de la mayoría. No se podrá solicitar la lectura de otros documentos.

»Terminada dicha lectura, informarán los Abogados de las partes, haciendo uso de la palabra primero el recurrente, después los que se hubiesen adherido al recurso, luego los que lo impugnaren y en último término el Ministerio Fiscal. En los casos en que este hubiere interpuesto el recurso o se hubiese adherido al mismo, usará de la palabra en la oportunidad correspondiente a las partes que hubieren asumido esas actitudes en dicho recurso.

»Las partes podrán rectificar tan solo sobre hechos cuya exactitud se tratare de precisar y conceptos que se les hubiesen atribuido en el curso del debate.

El presidente declarará con esto terminada la vista».

En torno al recurso de *revisión* la Orden militar 92 mantuvo invariable las causales originales, y en su artículo LXXXIX

mandaba que una vez interpuesto el recurso se diligenciaran los emplazamientos correspondientes, y en lo adelante, se adoptaran los trámites que para los incidentes señalaba la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC), que rigió en la Isla a partir del 1 de enero de 1886.

La LEC en su artículo 755 hacía referencia a la celebración *vista*, consignando:

«Tanto en el caso del artículo anterior como en el del 750, si cualquiera de las partes lo pidiere dentro de los dos días siguientes al de la citación, el Juez señalará, a la posible brevedad, día para la vista.

En este acto oír a los defensores de las partes si se presentaren».

De lo anterior se comprende fácilmente, que de interesarse la *vista* por cualquiera de las partes, su señalamiento resultaba imperativo; y el objeto de la misma quedaba limitado a los correspondientes informes orales.

Para concluir con la LECrim en la materia examinada, el Libro Sexto, *Del procedimiento para el juicio sobre faltas*, resultó derogado por la Orden militar 213 de 25 de mayo de 1900 (Om 213), la que estableció en su lugar un procedimiento para el conocimiento de delitos y faltas –luego contravenciones–, conocido como *juicio correccional*, que en su artículo XLIX aseveraba: «No habrá recursos contra las sentencias del juzgado, el Juez impondrá las sanciones y las multas por el término que discrecionalmente estime procedente».

Con posterioridad, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 27 de enero de 1909, en sus artículos 131 inciso tercero y 138 inciso primero, así como la Constitución de 1940 en su artículo 204, hacían referencia al recurso de apelación en los asuntos de esta naturaleza, pero quedaba sujeto a una ley posterior que lo regulara, la que nunca fue adoptada.

Paralelamente a la justicia ordinaria, fuera del llamado Poder Judicial, a partir de 1963 gradualmente se crearon los Tribunales Populares, los que en una medida apreciable sustituyeron a los Juzgados Correccionales. Estos Tribunales tuvieron vigencia hasta la unificación de las jurisdicciones el 7 de enero de 1974. No se constituyeron con apoyo en ley alguna, originalmente estuvieron a cargo de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Habana, después del Ministerio de Justicia.

En el discurso pronunciado por el Fiscal del Tribunal Supremo, Santiago Cuba, el 1 de septiembre de 1966, en la apertura del año judicial 1966-1967, dedicado al funcio-

¹³ Ver arts. XXXV y XXXVI de la Om 92.

namiento de los Tribunales Populares, al referirse a los recursos manifestó:¹⁴

«A diferencia de lo que ocurre con el fallo del Juez Correccional que, como hemos dicho, es inapelable, con su secuela de injusticia y descontentos, los fallos de los Tribunales Populares sí son recurribles. Basta con que el sancionado o cualquiera de las partes, exprese su inconformidad con la sentencia y el deseo que el juicio sea revisado, para que se considere interpuesto el Recurso de *revisión* pertinente. La *revisión* consiste en la celebración de un nuevo juicio, donde se analizarán el hecho y los particulares que hayan motivado la reclamación, dictándose una segunda sentencia en la que la recurrida puede ser modificada. Hasta el presente las revisiones se tramitan de la siguiente forma: el Tribunal Popular se integra por dos jueces que no hayan intervenido en el asunto y por el Asesor legal, al cual nos referiremos posteriormente. El Tribunal de revisión puede denegar la admisión del recurso, cuando estime que resulta improcedente».¹⁵

En ocasión de la apertura del año judicial 1972-1973, el propio funcionario expresó:¹⁶ «Los Tribunales Populares son hoy una realidad en todo el país y en el pasado año conocieron más del 60 % de todos los hechos delictivos ocurridos».

El 12 de junio de 1973 el ministro de Justicia dicta la Instrucción 20, que en su apartado octavo, segundo párrafo, hacía referencia al recurso de la siguiente forma:¹⁷ «El acto de pronunciar la sentencia implica el de su notificación y, en consecuencia, el presidente del tribunal hará saber a los interesados, en los casos que proceda, el derecho que les asiste de recurrirla».

De lo anterior se aprecia que el procedimiento establecido para los Tribunales Populares en sede de recursos, comprendía la celebración de *vista* indefectiblemente, sin presupuesto alguno.

El 7 de enero de 1974 entra en vigor la LPP de 1973, primera ley procesal penal ordinaria sancionada luego del triunfo revolucionario, la cual llevó en su génesis las ideas

básicas de la ley que abrogaba, a pesar de la influencia del campo socialista europeo de aquel entonces. Uno de los propósitos de dicha ley, en materia de impugnaciones lo fue «simplificar los trámites de los recursos, de modo que su sustanciación y resolución no sean obstaculizados por requisitos puramente formales».¹⁸

En cuanto a los de casación, la celebración de *vista* quedaba condicionada a la solicitud de las partes –recurrente o no recurrente– al estas personarse ante la Sala del TSP,¹⁹ pero una vez interesada, su señalamiento era inexcusable para el Tribunal.

La *revisión* dejó de ser un recurso para tratarse como procedimiento inserto en el Título VIII del Libro VI, *De los Procedimientos Especiales*. Las primitivas tres causales de la LECrim –harto infrecuentes– se mantuvieron; la primera y segunda incólumes, a la tercera se le añadió el supuesto de «testimonio declarado falso por sentencia firme», incorporándose cuatro nuevas, expresivas de casos que «pueden darse realmente en la práctica judicial».²⁰

De acuerdo con la nueva regulación, una vez iniciado el proceso de revisión ante la Sala del TSP, seguidamente a los emplazamientos y comparecencia en su caso de los interesados, la tramitación se ajustaba a la del recurso de apelación para ante el TSP en cuanto resultaba pertinente.²¹

El artículo 59 de ese ordenamiento previó dos supuestos en que cabía apelación para ante el máximo órgano de justicia, los del apartado 2) «contra los autos de los tribunales provinciales populares que denieguen o rechacen de plano la solicitud de hábeas corpus»; y 3) «contra la sentencia que imponga la pena de muerte, o cuando desestimada esta, el fiscal insista en su imposición». Del examen de la sustanciación de estas apelaciones, en ambas hay *vista* forzosa, sin el condicionamiento de instancia precedente.²²

Sucesores de los Tribunales Populares –a los que antes hice alusión– lo fueron los Tribunales Populares de Base (TPB) en la LPP de 1973, cuya competencia quedó limita-

¹⁴ Los Tribunales Populares, Santiago Cuba, Fiscal del Tribunal Supremo, Apertura de los Tribunales, Septiembre de 1966, p. 17.

¹⁵ Esta forma de obrar me es confirmada por Dagmara Bernet y Jorge Antúnez Coucelo, quienes participaron en la creación de los Tribunales Populares, y luego se desempeñaron como asesores de estos órganos.

¹⁶ *Revista Cubana de Derecho*, No. 3, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1972, p. 31.

¹⁷ Instrucciones y Resoluciones del Ministerio de Justicia para los Tribunales Populares de Base. Secretaría de Trabajo Social Comité provincial PCC, pp. 38 y 39.

¹⁸ Así se expresa en el segundo *Por Cuanto* de la LPP de 1973.

¹⁹ Ver arts. 75 y 76 de la LPP de 1973.

²⁰ De esa manera se hacía alusión a las nuevas causales de revisión en la carta de 20 de octubre de 1972, suscrita por el Secretariado de las Comisiones de Estudios Jurídicos, al entregar el Proyecto de LPP de 1973 al Comandante Sergio del Valle, presidente de dichas Comisiones (tomado de *Proyecto de Ley de Procedimiento Penal*, Comisión de Estudios jurídicos del PCC Secretariado, s/f).

²¹ Ver art. 470 de la LPP de 1973.

²² Ver art. 486 en relación con el 450, en el primer supuesto; y arts. 64 y 65 en el otro.

da a los delitos calificados de *leves*²³ y contravenciones.²⁴ El Libro Quinto comprendía el procedimiento en dos Títulos, el II regulaba el recurso de apelación que exigía imperativamente la celebración de *vista* sin necesidad de requerimiento previo por los interesados. En este acto de estimarse necesario por el Tribunal de apelación se reproducía en todo o en parte la prueba practicada ante el TPB, o la que a su juicio fuera útil; en otro caso, oídas las partes se fallaba sin necesidad de repetirla total o parcialmente.²⁵

La LPP de 1973 tuvo una efímera vigencia, el 25 de febrero de 1978 entraba en vigor la LPP que rige actualmente. Esta ley reprodujo indemnes las normas de la precedente referidas al señalamiento y celebración de *vista*. En la *casación* los artículos mantuvieron incluso igual numeración, 75 y 76.²⁶ En la *revisión* el 470 de la LPP de 1973, pasó al 464. Por último en la *apelación*, el 388 resultó el 381. La ley en uso ha sido objeto de modificaciones en la materia examinada, lo que relaciono a continuación, en el mismo orden empleado.

El 10 de junio de 1994 se acordó el Decreto Ley 151 (DL 151) modificativo de la LPP. En lo que al recurso de casación concierne, reformó sus artículos 75 y 76, entre otros. Los nuevos artículo 74 y 75 exigen que la vista sea interesada por las partes «fundadamente»²⁷ y que «la Sala o Sección de esta que le corresponda conocer del recurso determinará al respecto; contra lo que se resuelva no procederá recurso alguno»;²⁸ decisión que se apoya – según el artículo 75– en razones de necesidad.²⁹ A partir

de esta formulación es el Tribunal el que determina los asuntos en que se señala *vista*, al margen de los intereses de las partes.

En torno a la *revisión*, el 22 de julio de 1985 se aprobó el Decreto Ley 87 (DL 87) extendiendo a 19 las causales; de su estudio, es sostenible que resulta difícil concebir un supuesto de error judicial que no sea posible su reparación bajo dicho régimen; solo que ello queda sujeto a la voluntad de la autoridad promovente: Ministro de Justicia, Presidente del TSP y el Fiscal General de la República.³⁰ En el nuevo sistema, es viable la discusión de cardinales asuntos –entre ellos garantías esenciales– cuyo examen no está autorizado en casación; lo que resulta un contrasentido, habida cuenta el carácter de la revisión.

En materia de *vista*, la nueva reglamentación –según mi parecer– la exigía obligatoriamente para resolver sin condicionamiento de instancia precedente.³¹ Refuerza este criterio, que en el artículo 459 se autoriza la retirada de la solicitud de revisión por quien la formuló «en cualquier momento anterior al comienzo de la vista»; a lo que se une la ausencia de precepto que autorice a las partes a interesarla.³² De no haberse estimado imperativa la *vista* en todos los supuestos, como sostengo, la ley también hubiese comprendido la retirada en caso de ausencia de este acto; no hay razón para distinción alguna. Asimismo, aparecería regulado el momento en que las partes pudieran pedir su celebración.

El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (CGTSP), el 8 de octubre de 1986, adoptó el Acuerdo 134, en el que con elegancia y cultura jurídica, ofrece una interpretación distinta a la que sustento, y es la siguiente:

«Cuando la vista tiene por objeto tanto la práctica de las pruebas admitidas como el informe oral de las partes, es evidente su carácter de acto procesal imprescindible. No resulta así, en cambio, cuando su contenido se limita al informe oral de las partes, (...) en este caso, la celebración de la vista constituye un derecho potestativo de las partes».

²³ La Ley 1250 de 23 de junio de 1973, Ley de Organización del Sistema Judicial, en su disposición transitoria Cuarta, clasificaba los delitos en *graves*, *menos graves* y *leves*; estos últimos eran «aquellos en que la sanción imponible no exceda de seis meses o multa de ciento ochenta cuotas, impuestas conjunta o separadamente».

²⁴ Ver art. 8 de la LPP de 1973.

²⁵ Ver art. 388 de la LPP de 1973.

²⁶ Bajo esta ley el Consejo de Gobierno del TSP, en su Acuerdo 134 de 8 de octubre de 1986 alude a los distintos actos procesales que bajo la denominación de *vista* comprende nuestro ordenamiento procesal, en torno a la de casación afirma: «el término *vista* tiene el limitado objeto del informe oral de las partes en defensa de sus respectivas posiciones».

²⁷ Resulta curioso, además de fundar el recurso, también se exige argumentar por qué se interesa la celebración de vista ¿para qué es la vista?

²⁸ Ver art. 74 de la LPP.

²⁹ El propio DL 151 suprime los emplazamientos que permitían al recurrente ampliar las infracciones y faltas denunciadas en el recurso, así como alegar otras nuevas (art. 74 de la LPP sin modificar). En el último *Por Cuanto* de la referida norma se hace alusión a que la misma ha tenido entre sus propósitos «la eliminación de aquellos

trámites que han devenido innecesarios en la sustanciación de los recursos de casación». Por esa época (1992-1993) en el propio TSP se gestaba un anteproyecto de decreto ley suprimiendo el juicio oral, recuerdo perfectamente una frase empleada por uno de sus defensores: «Ahora el Juez sí tiene que ser Juez». Por dicha esa idea no fructificó.

³⁰ Ver art. 455 de la LPP.

³¹ Ver art. 461 de la LPP.

³² Ver como ilustración los arts. 75 y 76 de la LPP en su primitiva redacción.

En obediencia a ese razonamiento el CGTSP dispone:

«En los procesos de revisión promovidos al amparo de causales de revisión que no requieran practicar pruebas en audiencia pública por constar en las actuaciones todos los elementos necesarios para resolver la pretensión, y la vista por lo tanto, solo tendría por objeto el informe oral de las partes, el tribunal requerirá a estas para que manifiesten, dentro del plazo de tres días, si consideran o no aquella indispensable y, en su caso, si renuncian a ella.

Si las partes renuncian a la vista, el Tribunal, sin más trámites, dictará la sentencia; pero si, por el contrario, todas o algunas de ellas la estiman necesaria, se señalará día y hora para su celebración».

No obstante la interpretación transcrita –con absoluto respeto para la misma–, mantengo en forma indubitable, que en el DL 87, la *vista* de revisión fue concebida con carácter de «acto procesal imprescindible» –con o sin pruebas. La propia disposición del CGTSP, con argumento comprensible, autoriza a las partes para en el caso que no se requiera la práctica de pruebas, de manera expresa o tácita, renuncien a su realización, afirmando que en este caso «la celebración de la vista constituye un derecho potestativo de las partes».

En la motivación del acuerdo se expresa lo que considero su real razón:

«La solución indicada, además de ajustarse a la ley, se halla de acuerdo al interés social, pues de ese modo se evitaría que, como ha venido ocurriendo hasta ahora, se celebren vistas innecesarias, que significan una adicional e inútil carga de trabajo para los Tribunales, la Fiscalía, y los bufetes colectivos y el dispendio de considerables recursos materiales y financieros del Estado».³³

Sobre la apelación, el aludido DL 151 introdujo un cambio en relación con las vistas, al modificar el artículo 381, que disciplinaba con carácter preceptivo la ejecución de este trámite, ya fuera con reproducción total o parcial de la

prueba recibida ante el Tribunal Municipal Popular (TMP), u otra que a juicio del TPP fuera útil; en otro caso se fallaba oyendo al denunciante y al acusado, sin más.

El artículo 381, quedó en su cuarto párrafo con la siguiente redacción:

«Recibidas las actuaciones, el Tribunal Provincial Popular señalará fecha para la celebración de la vista correspondiente. No obstante, podrá decidir no celebrar vista oral del recurso de apelación cuando este solo verse sobre cuestiones de derecho o cuando únicamente el recurso está dirigido a combatir la adecuación de la sanción impuesta por el Tribunal Municipal Popular. En estos casos, el Tribunal Provincial Popular procederá a dictar sentencia dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha del recibo de las actuaciones».

De la lectura parcial de la norma es fácil advertir, que la regla es la celebración de vista y solo comprende, potestativamente para el Tribunal, las dos excepciones a que se hace mención. Graves son los inconvenientes para establecer una apelación «sobre cuestiones de derecho o cuando únicamente el recurso está dirigido a combatir la adecuación de la sanción impuesta», en el procedimiento de los TMP por delitos sancionables hasta un año de privación de libertad o multa hasta trescientas cuotas o ambas, habida cuenta la forma oral de la sentencia y el modo en que se registra en el acta; a ello me he referido en trabajos anteriores a los que remito al lector.³⁴

El CGTSP el 29 de agosto de 2013 aprueba la Instrucción 222, cuyo objeto lo es la tramitación y decisión de los recursos de apelación ante el TPP, y en el apartado Segundo expresa:

«Los tribunales provinciales populares, al momento de tramitar los recursos de apelación en los procesos penales resueltos por los tribunales municipales populares, y con independencia de la solicitud realizada por el recurrente, dispondrán la celebración de vista solo cuando lo consideren necesario, atendiendo a la trascendencia de los argumentos expuestos por las partes y las características del caso».³⁵

³³ No cuento con estadísticas, pero recuerdo perfectamente que la entrada en vigor del DL 87, con la amplitud señalada para la revisión de las resoluciones, implicó un aumento considerable del volumen de trabajo en esa materia, lo que se unió al que ya existía habitualmente sobre el TSP en la especialidad penal. Así mismo, me atrevo a afirmar que la mayor parte de las revisiones promovidas en aquel entonces lo fueron con apoyo en la causal 11ª del art. 456, para el examen de «la medida de la sanción».

³⁴ Ver «Los Recursos» en *Estudios sobre el Proceso Penal*, Ed. ONBC, La Habana, 2014, p. 274.

³⁵ Con gran pesar observo esta disposición por apartarse ostensiblemente del discurso legal; además, por interpretar de manera restrictiva un derecho conferido a los sujetos del proceso, sobre un acto que el propio CGTSP en su Acuerdo 134 de 1986,

Hasta aquí he presentado cómo ha discurrido el tema de las vistas en los ordenamientos procesales examinados, con sus respectivas reformas e interpretaciones del CGTSP.

En cuanto a la casación, originalmente su celebración era obligatoria, sin necesidad de interesarlo las partes (LECrím). Luego quedó condicionada su realización a la solicitud de los contendientes, pero una vez establecida esta, su señalamiento era inexcusable para el Tribunal (LPP de 1973). Por último, en la actualidad se mantiene el presupuesto condicionante de previo requerimiento por los interesados, pero este no resulta vinculante para el Tribunal, al que se le atribuye la potestad de determinar si es necesario o no dicho trámite (LPP).

Sobre la *revisión*, inicialmente para resolver con apoyo en el reducido régimen de causales podía ser con informe oral o sin él, según las circunstancias del caso –LECrím de la forma en que se promulgó. Le siguió la fórmula de la exigencia de instancia previa, lo que implicaba para el Tribunal su señalamiento imperativo –LECrím modificada por la Om 92 y LPP de 1973. Actualmente, la *vista* tiene carácter de acto procesal imprescindible cuando comprende la práctica de pruebas; pero si se limita al informe de las partes, es considerada un derecho potestativo de estas, al que pueden renunciar.

La *apelación*, cuya *vista* de inicio era forzosa en todo asunto (LECrím), se mantuvo así desde 1974 hasta 1994, en que por una reforma legislativa aparecen dos supuestos de excepción (LPP modificada por el DL 151). En el presente, según resolución del CGTSP,³⁶ el TPP dispondrá *vista* solo cuando lo considere necesario atendiendo a la trascendencia de los argumentos expuestos por las partes y las características del caso, con independencia de la solicitud del recurrente.

No hay que realizar gran esfuerzo interpretativo para con facilidad advertir de lo expuesto, que resulta evidente la ostensible reducción de la posibilidad de las partes de dirigirle la palabra oralmente al Tribunal –casación, revisión o apelación–, en aras del reclamo de justicia. A diferencia del procedimiento de revisión, la celebración de *vista* en los recursos de casación y apelación, deja de constituir un derecho potestativo de las partes, para circunscribirse en la órbita de la exclusiva decisión judicial.

Luego de la realidad presentada en sus diversas etapas, enfrente una interrogante ¿es correcta la dirección tomada

en el orden legislativo y de las disposiciones del CGTSP en torno a la celebración de *vista*, para el logro de los ideales de verdad y justicia?

Es un asunto de difícil respuesta para hacerlo con la profundidad académica deseada; pues carezco de datos estadísticos sobre el tema, así como del conocimiento de la existencia de investigaciones empíricas sobre la materia;³⁷ entonces, solo puedo acudir a la opinión personal, fundada en la experiencia de treinta y cinco años, rememorando la estancia en la judicatura –juez municipal, provincial y del TSP– y luego en la abogacía.

La celebración de *vista* con práctica de pruebas, no requiere el menor comentario sobre su necesidad.³⁸ En el supuesto que esta se limite a los informes orales puede resultar un acto de extrema utilidad para el Tribunal en la mejor comprensión del asunto, las tesis en discusión, y el logro de los ideales de verdad y justicia. Parto del pensamiento de una exposición a la Sala caracterizada por la seriedad en todos los órdenes –ético, de la interpretación de la ley, académico, etcétera. La palabra es la vía de comunicación normal entre los seres humanos. Abogo incluso, porque el juzgador cuente con la potestad de convocarla por sí –de oficio–, cuando requiera más información para resolver adecuadamente.

Aunque no es común, sostengo la opinión expresada ya en otros trabajos,³⁹ que el presidente, en el desarrollo de la vista, por propia iniciativa o a requerimiento de cualquier juez, podrá solicitar del fiscal y los defensores, un mayor esclarecimiento de la cuestión debatida, planteando concretamente la tesis que ofrezca duda al Tribunal.⁴⁰

La idea que heredé de viejos paradigmas –los que respeto– y otrora defendí con vehemencia, sobre la conducta del juez en la audiencia: severa actitud, silencio, y rostro con la gravedad que irradia la *Enciclopedia Jurídica Española*, la he cambiado radicalmente atendiendo a varias razones, entre ellas, el haber presenciado múltiples actos de

³⁷ Indagaciones sobre el criterio de jueces, fiscales y defensores al respecto, por ejemplo.

³⁸ El catedrático español Francisco Muñoz Conde, refiriéndose a la realidad de su país, afirma: «Ciertamente, la omisión de la vista, práctica habitual en los recursos de apelación y ya elevada a regla general, lleva consigo paralelamente la degradación de la oralidad y la de su, en palabras del profesor Fairén, inseparable compañera: la inmediatez» (ver *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2000, p. 56).

³⁹ Ver «El Informe Final» en *Estudios sobre el Proceso Penal*, op. cit., pp. 225-227.

⁴⁰ También de esta opinión Miguel Fenech: *Derecho Procesal Penal*, vol. 2, 3ª ed., Labor S. A., Barcelona, 1960, p. 1164.

al disertar sobre las vistas, las consideró «imprescindibles» cuando tienen por objeto la práctica de pruebas, y de un «derecho potestativo de las partes» si se limitan a los informes orales.

³⁶ Ver Instrucción 222 de 29 de agosto de 2013 del CGTSP.

esta naturaleza en Alemania,⁴¹ donde el juez muestra una combinación de autoridad y capacidad de diálogo en todo momento, buscando informarse adecuadamente, postura que considero más útil para el logro de los designios pretendidos en el marco de nuestro modelo de enjuiciamiento.

Las consideraciones expuestas, seguramente pueden fructificar en un sistema judicial diseñado con la adecuada estructura funcional, dotación de Jueces, personal auxiliar, y un volumen razonable de asuntos a tramitar. Un Tribunal recargado de trabajo,⁴² difícilmente verá con buenos ojos el empleo de su tiempo en la realización de *vista*, con el diligenciamiento previo que ello acarrea, más el espacio destinado a audiencias, si puede resolver desde la sala de deliberaciones. Otro Tribunal, aun sin la carga aludida, puede obrar de forma similar, es más fácil.

En la época que fui juez del TSP, regía la fórmula del señalamiento obligatorio en caso de haber sido interesado el acto por alguna de las partes. Recuerdo días de 36 vistas en una audiencia. Gran parte de los asuntos provenían del interior del país, haciéndose cargo de los informes abogados del Bufete de casación que no habían elaborado el recurso. En ocasiones advertía en ellos ausencia de interés y evidente desazón en su sostenimiento. A lo anterior se unía la mala práctica que los ponentes concurríamos a la sesión con la minuta de la sentencia elaborada, pues seguidamente pasábamos a la deliberación. En casi todos los asuntos se requerían *vista*, en los que no se interesaba le llamábamos «ciegas».

Los cambios analizados en materia de *vistas*, tanto en el orden legislativo, como a través de las disposiciones del CGTSP, según mi parecer, no han estado determinados por la razón de obedecer a la pretensión de un aumento de los estándares de garantías para la justedad de la decisión; y sí por la intención de reducir la carga de trabajo que recae sobre los Tribunales. Seguramente habrá opiniones discordantes, y si estas líneas despertaran el interés por la investigación con base científica al respecto, me sentiré muy feliz, aunque a la postre se demuestre que carezco de razón.

En los tiempos que transcurren, contemplo con tristeza un panorama donde la locución «Visto», que por vez primera escuché al acompañar al ilustre profesor y amigo Aldo a una audiencia de casación, y que tanto me impresionó junto al sonar del timbre, desaparece de la justicia penal

bajo una errónea concepción. Tal vez estemos asistiendo al umbral del fin de las *vistas*.

Ahora recuerdo a mis compañeros de grupo que me acogieron en la Sala de lo Penal del TSP: Giralt, Grosso y Giraudy —ya no viven—, pero juntos compartimos las experiencias expuestas. A ellos dedico estas líneas.

* * * * *

El abogado defensor en un proceso predominante acusatorio

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ

Se tiende a afirmar en Latinoamérica, que con los Códigos aprobados a partir de principios de la década de los noventa del siglo pasado, se ha introducido un sistema acusatorio. En realidad, lo que se encuentra siempre en una normativa determinada de un país, es una relación de tensión entre el principio acusatorio y el inquisitivo. En un proceso acusatorio es fundamental el papel protagónico del abogado defensor, el que debería estar en situación de igualdad de armas con el Ministerio Público. Ello dista de ser una realidad y no puede dejarse de considerar la desventaja en que se encuentra la defensa, especialmente en el procedimiento preparatorio, desventaja que puede tener efectos en la etapa intermedia y en el juicio oral y público.

Para la determinación de los caracteres inquisitivos o acusatorios de un determinado procedimiento, es fundamental determinar la posición que se mantiene con respecto a aspectos como las exigencias éticas del abogado defensor. La labor del abogado defensor es diferente en las diversas etapas del proceso penal, ello de acuerdo con sus características, ya que es en la etapa intermedia y en la de juicio, donde el abogado defensor tiene un carácter más protagónico, pudiéndose enfrentar al Ministerio Público, mientras en el procedimiento preparatorio, el papel que desempeña el abogado defensor es secundario en relación con el rol protagónico del Ministerio Público. Aunque no puedo dejar de hacer referencias al papel del abogado defensor en el juicio oral, centraré mi análisis en el rol del abogado defensor en el procedimiento preparatorio, sin perjuicio de que diversos aspectos que se lleguen a analizar, especialmente las discusiones éticas, tienen vigencia en las diversas etapas procesales.

El defensor desempeña labores de asistencia y de representación del imputado. Mediante la labor de asistencia, el defensor informa al imputado acerca de la situación probatoria existente, lo mismo que sobre las normas de Derecho

⁴¹ Ver mi trabajo «Breve exposición del Proceso Penal en Alemania», *Temas permanentes del Derecho Procesal y Derecho Penal*, Ed. ONBC, La Habana, 2010, pp. 17-35.

⁴² Viene a mi memoria, que en ocasión de desempeñarme como juez del TSP, en un mes me fueron turnadas 103 ponencias en casación, a lo que se unían otros asuntos, más variadas tareas de la esfera.

de fondo y procesal en relación con el caso, permitiéndole al imputado el ejercicio de la defensa material al recibir esa información.¹ La relación de confianza entre imputado y abogado defensor es fundamental, para que este pueda cumplir con su función de asesoramiento y representación, por lo que se requiere para ello la garantía del secreto profesional, objeto de grandes discusiones éticas en cuanto a sus excepciones, lo mismo que la conversación libre y sin control de terceros entre imputado y abogado defensor. La importancia de esta relación de confianza lleva en Latinoamérica a darle prioridad al nombramiento por el imputado de un abogado particular de confianza y por vía de excepción al nombramiento de un defensor de oficio o uno público. Una gran discusión al respecto, es la garantía de esta libre escogencia con respeto a los defensores de oficio o públicos, con respecto a lo cual aún hay grandes déficits.

Por medio del defensor, se trata de establecer un equilibrio entre la parte acusadora, representada por un conocedor del derecho sustantivo y formal, y el imputado, que es defendido por un técnico en Derecho.² Se está en definitiva ante una expresión del derecho a la igualdad de armas, la que aunque debe reconocerse, es imposible en el procedimiento preparatorio, dados los recursos con que cuenta el Ministerio Público para realizar la investigación propia del procedimiento preparatorio, al menos se trata de aminorar la desigualdad existente, como expresión del ideal de igualdad de armas o de oportunidades.³

¹ Vélez Mariconde, 1969, t. II, pp. 400 y 401; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, p. 50; Ranft, 1991, p. 77.

² Acerca de esto indica Moreno Catena: «Las razones parecen obvias; entre otras, la inferioridad en que puede encontrarse el inculcado por falta de conocimientos técnicos o de experiencia forense; el sentido disminuido ante el poder de la autoridad estatal encarnada por el Ministerio fiscal y el juez; la dificultad para comprender adecuadamente las resultas de la actividad desarrollada en el proceso penal; la falta de serenidad; la imposibilidad física de actuar oportunamente en el supuesto de detención o prisión; o las limitaciones que en cualquier caso implican la incomunicación de los detenidos o presos. Todo ello abona la tesis de dotar al inculcado de los medios necesarios para disponer de un abogado defensor "con quien poder discutir todas sus preocupaciones, en quien depositar su confianza y, en suma, que lo coadyuve al éxito de su defensa"». Moreno Catena, 1982, pp. 40 y 41. Véase también: Tijerino, 2005, p. 205; Calamandrei, 1960, pp. 182 y 183.

³ Sobre ello, señala Beulke que el principio de igualdad de armas no siempre se puede realizar, pero permanece como un principio procesal que debe perseguirse. Menciona al defensor como una forma de compensación del peso que tiene el Ministerio Público, ya que el imputado por sí solo no podría actuar como contrapeso. Beulke, 2004, Parte 9, t. I, No. 148, p. 83.

Fundamental con respecto al ejercicio de la abogacía, son los «principios básicos de la ONU sobre la función de los abogados», aprobados precisamente en La Habana en 1990.

Es importante anotar que en procedimientos de carácter inquisitivo y autoritario, se trata de negar la participación del defensor, la que se llega a considerar innecesaria, ya que los derechos del imputado pueden ser garantizados de manera suficiente por el juez, que se dice actúa en manera imparcial, considerando los aspectos favorables y desfavorables para el imputado. Por ello, en el procedimiento inquisitivo se llegaba a autorizar la participación del defensor en etapas avanzadas del proceso y una vez que llegaba a participar, su labor no era confrontativa, resaltándose que ni siquiera tenía enfrente a un órgano acusador propiamente dicho, puesto que la labor del juez era la de acusar y juzgar. Una vez que intervenía el defensor, más bien lo que trataba es que el reo confesara el delito. Una labor diferente podría poner incluso en duda al defensor frente a los inquisidores y con ello llegar a estar en peligro.⁴

Una situación similar ha ocurrido en los regímenes autoritarios. Así, durante el nacionalsocialismo, se restringió en gran medida el derecho a nombrar un defensor de oficio. Antes de 1933 era necesario llamar a un defensor de oficio en particular en asuntos competencia del Tribunal del Jurado (*Schwurgericht*), en los asuntos de primera instancia del Tribunal del *Reich* y en los Tribunales Superiores Regionales (*Oberlandesgerichte*) y con respecto a determinados delitos competencia del Juzgado Municipal (*Amtsgericht*) o de los Tribunales de Escabinos (*Schöffengericht*). El derecho del imputado a un defensor de oficio fue limitado a través de las ordenanzas de 1 de septiembre de 1939⁵ y de 21 de febrero de 1940,⁶ de modo que solamente era llamado en juicios ante el Senado Particular del Tribunal del *Reich* (*Besonder Senat des Reichsgerichts*), el Tribunal Popular (*Volksgericht*) y el Tribunal Superior Regional (*Oberlandesgericht*), o bien cuando una pena de especial gravedad fuese esperada. En los otros asuntos solo se designaría a un defensor de oficio para todo o una parte del proceso, cuando debido a la gravedad del hecho o a la dificultad de los hechos, o de la cuestión jurídica, apareciera ello como necesario o cuando el imputado debido a su personalidad no podría defenderse. En la ordenanza de 13 de diciembre de 1944, se eliminó definitivamente el

⁴ Sobre el defensor en el proceso inquisitivo: Eslava Galán, 1994, pp. 59 y 60; Tuberville, 1994, p. 57; Baroja, 1994, p. 21; Testas/Testas, 1970, p. 38; García Cárcel, Ricardo/Moreno, 2000, pp. 168 y 169; Harfuch, 2002, pp. 70 y 71; López Puleio, 2002, pp. 31-33. En lo correspondiente a la intervención del defensor, véase el libro clásico de la época de Eymerich, 1998, pp. 177-180, 245.

⁵ RGBI 1939, t. I, p. 1658.

⁶ BGBI 1940, t. I, p. 405.

derecho a un defensor de oficio, ya que se reguló a discreción del presidente del Tribunal si era necesario nombrar uno, pudiendo ordenarlo cuando la dificultad de los hechos o de la situación jurídica, hicieran que el imputado no pudiera defenderse personalmente.⁷

En esa misma ordenanza se estableció que en un mismo proceso no podían participar juntos varios defensores de escogencia del imputado. Se agrega a ello que ante el Tribunal Popular se limitó el derecho de escogencia del abogado defensor, de modo que se requería la autorización del presidente del Tribunal, según lo estableció un comunicado del presidente del Tribunal Popular de 24 de mayo de 1938.⁸

Por otro lado, no puede dejarse de considerar que el abogado defensor adquirió durante el nacionalsocialismo funciones incluso contrarias a su defendido. Debe tenerse en cuenta que la doctrina nacionalsocialista hacía mención a la función del defensor como órgano de la Administración de Justicia, indicando que su principal función era colaborar con el juez en la averiguación de la verdad y apoyar el dictado de la sentencia correcta. Así se consideraba que el defensor debía defender los intereses de su representado, siempre y cuando los mismos fueran compatibles con el bienestar del Estado.⁹ Con ello se llegó a fomentar las intervenciones del defensor del imputado en contra de su defendido.¹⁰ Se suma a ello que los defensores debían cuidarse en la forma en que ejercían su defensa, ya que podrían quedar ellos mismos detenidos.¹¹

⁷ RGBI 1944, t. I, p. 339.

⁸ Véase el texto en: Bundesminister der Justiz (Editor), 1989, p. 156.

⁹ Sobre la posición del defensor de acuerdo con la doctrina nacionalsocialista: Koch, 1972, pp. 123-127; Kichheimer, 1976, pp. 168 y 169. Sobre el defensor en el nacionalsocialismo: Bader, 1972, pp. 6-12; Ostendorf, 1983, pp. 120-127.

¹⁰ Indica Burleigh: «Los abogados defensores se hallaban en una posición delicada en esta como en otras dictaduras, en que las relaciones entre jueces, fiscales y policía eran indulgentemente estrechas. Aunque estos abogados superaban a veces al fiscal denunciando a sus propios clientes, era más habitual una representación legal renqueante. Los abogados defensores, en vez de arriesgarse a discutir la veracidad de los hechos o la supuesta culpabilidad de sus clientes, solían apoyarse en circunstancias atenuantes». Burleigh, 2002, p. 196.

¹¹ Dice Burleigh que no hubo inhibición para la detención de los abogados: «Se puso fin así a casos políticamente delicados, o se corrigieron patologías sospechosas evidentes en la elección del cliente. Los abogados que representaban en una acción por daños a la vida del dirigente de Acción Católica asesinado en la “Noche de los Cuchillos Largos” fueron detenidos poco antes de que el caso llegase al tribunal. Cuatro semanas en las celdas debilitaron su deseo de continuar. Otros abogados fueron detenidos por representar insistentemente a determinadas categorías de clientes

Frente a ello debe resaltarse la importancia del defensor en un Estado de Derecho, para la garantía del derecho de defensa del imputado, presupuesto indispensable en un Estado de Derecho.

Es importante resaltar el carácter dialéctico que debe tener el proceso como ideal, de modo que del enfrentamiento entre las posiciones del defensor y del Ministerio Público se garantice la imparcialidad del juez, que debe tener un rol primordialmente pasivo. Sobre ello indica Francesco Carnelutti: «Acusador y defensor son, en último análisis, dos razonadores: construyen y exponen sus razones. Su oficio es razonar. Pero un razonar con licencias, de pie forzado. Un razonar de modo diverso del razonar del juez. No es quizá muy fácil de comprender; pero si no se comprende esto, tampoco se comprende el proceso; y no basta que comprendan los juristas, porque este es el punto respecto del cual los profanos pueden tener en torno al proceso impresiones falaces y nocivas para la civilidad. Razonar es, en palabras sencillas, exponer premisas sacar consecuencias: el imputado ha confesado haber matado, así, pues, él ha matado. En términos de lógica, primero vienen las premisas y después las consecuencias. Así procede el razonador imparcial. Y es esto lo que escandaliza a la gente. A pesar del escándalo, el defensor no es imparcial porque no debe serlo. Y porque no es imparcial el defensor, tampoco puede ser ni debe ser imparcial su adversario. La parcialidad de ellos es el precio que se debe pagar, el milagro del hombre, en cuanto consiguiendo no ser parte, se supera a sí mismo. El defensor y el acusador deben buscar las premisas para llegar a una conclusión obligada».¹²

La función del abogado defensor es diversa a la del representante del Ministerio Público. El defensor no tiene un carácter «objetivo»,¹³ sino debe perseguir la resolución más favorable posible para el imputado, en primer lugar el sobreseimiento definitivo o la absolutoria, y cuando no es posible, la imposición de la pena más benévola posible para el imputado. Debe también tratar de que se le imponga una pena, ello a través de una salida alternativa, como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral del daño, etcétera. También debe procurar la aplicación de un criterio de oportunidad, ello en vez de que se llegue a imponer una pena. Aun cuando conozca la culpabilidad del imputado, por la comunicación privada que ha tenido con el imputado, debe solicitar su absolutoria cuando pueda discutirse desde el punto de vista proba-

o por su estilo perspicaz en la sala de juicio o por sus ocultos planes “reaccionarios”. Burleigh, 2002, p. 209.

¹² Carnelutti, 1993, p. 39. Véase también: Carnelutti, 1994, p. 302; Carnelutti, 1997, pp. 81 y 89. Sobre el tema consúltense además: López Puleio, 2002, p. 25.

¹³ Kühne, Parte 9, No. 199, 2003, p. 112; Tijerino, 2005, p. 219; Carnelutti, 1993, pp. 35-42.

torio o jurídico su responsabilidad penal.¹⁴ Es normal que el defensor ante diversas posibilidades de interpretación de la ley elija la que es más favorable para el imputado, sin que tenga que plantearse, como lo debe hacer el juez, cuál es la interpretación correcta.¹⁵ Le bastaría al defensor que la interpretación que propugna sea razonable. No tiene obligación de comunicarle al Ministerio Público la existencia de prueba desfavorable para su defendido. Si lo hiciera actuaría de manera desleal con su defendido.¹⁶ Sin embargo, el defensor no tiene derecho a falsear la prueba ni a ofrecer prueba falsa, ya que en tal caso cometería un delito.¹⁷ Podría aconsejarle al imputado que estaba decidido a declarar, abstenerse de hacerlo. Igualmente podría asesorar al imputado en relación con su declaración.

En Alemania se ha llegado a una serie de excesos al ser catalogada la defensa como «Órgano de la Administración de Justicia» (Artículo 1 de la Ley Federal sobre la Abogacía: BRAO). Ello se enfrenta la posición de que el defensor es representante de los intereses del imputado. Esto ha creado una serie de discusiones, relacionadas con los límites de la función de asistencia del defensor. En efecto, el hecho de que el defensor sea un Órgano de la Administración de Justicia hace que en Alemania se diga que no pueda falsear la prueba. Ello no representaría nada nuevo en Latinoamérica.¹⁸ La diferencia es que en Alemania se considera por la doctrina mayoritaria que falsear la prueba es también aconsejarle al imputado que falte a la verdad o que desdiga una declaración anterior ajustada a la verdad. En tales casos, se dice, comete un delito de frustración de pena.¹⁹ Sobre ello, por ejemplo, indica Claus Roxin que el defensor «puede proporcionarle co-

nocimientos de Derecho, incluso cuando el imputado pueda valerse de ellos para eludir la pena alegando, por ejemplo, la falta de intención de apropiarse de algo, legítima defensa o un error de prohibición inculpable. El defensor infringe la prohibición de entorpecimiento solo cuando él mismo inventa la declaración de su cliente o le exige a este que formule declaraciones defensivas convenientes contrarias a la verdad: con ello viciaría al imputado como medio de prueba y, al menos, incurriría en una pena por tentativa de encubrimiento personal (Parte 258, StGB). Si el imputado realiza por sí mismo una declaración semejante, el defensor, que lo sabe, no puede, sin embargo, dar a conocer la verdad al Tribunal (obligación de guardar silencio; por otra parte, él puede exponer con arreglo a esa declaración, pero únicamente como aquella de su mandante y no como si se tratara de su propia convicción, porque de ser así, ofrece mendazmente su persona como garante de que él mismo no ha llegado a saber nada opuesto en las conversaciones previas».²⁰

Una posición cercana a la indicada por la doctrina alemana es la de José Daniel Hidalgo en Costa Rica, el que dice: «Si el defensor miente o pone a mentir al imputado; si el defensor falsea la verdad o la desvirtúa, a partir de ese momento, el defensor es parte del juego del actuar delictivo del sujeto que defiende y, si logra la absolutoria, es cómplice del resultado dañoso del delito».²¹ Llega dicho autor incluso a señalar: «Resulta interesante analizar que la mayoría de los defensores tratan de evitar la pena, y por ende, la cárcel, por la cárcel misma. Si lograra confiar en el sistema de penas o en el sistema carcelario llegaría a la conclusión de que la condena es el mejor modo de ayudar a su cliente, instando en el juicio al logro de lo que considera más justo. Recordemos, como se ha dicho, que la libertad puede ser para el delincuente, su mayor esclavitud, su mayor condena. Aquí el análisis que nos presta la criminología resulta un presupuesto esencial».²²

Esta posición debe ser rechazada. La función del defensor no puede ser la búsqueda de la condena del imputado que

libertad hasta cinco años o con multa» (Traducción en: Zaffaroni/Riegger, 1976, p. 133).

²⁰ Roxin, 2000, Parte 19 E t. I, p. 151; Roxin, 1998, Parte 19 E t. I. Tiedemann, 1989, p. 187, quien señala: «El defensor delinque en consecuencia, a causa de encubrimiento personal (Par. 258 StGB), si aconseja al inculpado que para protegerse declare falsedades». En sentido similar: Rüping, 1983, p. 48; Zipf, 1977, p. 50; Bottke, 1984, p. 757; Beulke, Parte 9, No. 176, 2004, p. 100. En contra: Fezer, 1986, t. I, p. 67. Kühne señala que el defensor puede informarle al imputado de la posibilidad de mentir, pero ello no lleva a que pueda invitarlo a mentir. Dice que al informarlo de las posibilidades jurídicas debe tener un comportamiento estimulativo neutral. Kühne, 2003, Parte 9, No. 204, p. 114.

²¹ Hidalgo, 1998, p. 98.

²² Hidalgo, 1998, p. 118.

¹⁴ Ranft, 1991, Parte 21, p. 77.

¹⁵ Indica Calamandrei: «Para explicar la diferencia que existe entre la psicología del abogado y la del juez, suele decirse que el primero está llamado a encontrar, frente a una conclusión ya dada (la que da la razón a su cliente), las premisas que mejor la justifiquen, mientras el segundo está llamado a sacar de premisas dadas (las resultantes del proceso) la conclusión que lógicamente se siga de ellas. Pero no siempre la diferencia es tan clara: a veces también el juez se esfuerza por encontrar a posteriori los argumentos lógicos más idóneos para sostener una conclusión previamente sugerida por el sentimiento. También al juez le puede ocurrir, como al abogado, partir de la conclusión para llegar a las premisas; pero mientras al abogado esta conclusión le es impuesta por el cliente, al juez se le impone aquella misteriosa y clarividente virtud de intuición que se llama el sentido de la justicia». Calamandrei, 1980, pp. 177 y 178.

¹⁶ Goldschmidt, 2001, p. 129.

¹⁷ Goldschmidt, 2001, p. 129; Beulke, Parte 9, No. 175, 2004, p. 99.

¹⁸ Llobet Rodríguez, 1991, p. 120.

¹⁹ Strafrechtsprechung: Parte 258 CP: «1) El que intencionalmente o a sabiendas frustre total o parcialmente que otro sea penado conforme a la ley penal por un hecho antijurídico o sea sometido a una pena (11, párrafo 1, número 8), será penado con pena privativa de

de acuerdo con su conocimiento privado es culpable. Su función es representar y asesorar al imputado para lograr la sentencia más favorable para el mismo, de acuerdo con el material probatorio existente y con las normas jurídicas aplicables al caso. Dentro de ello, partiéndose de que el imputado no está obligado a decir la verdad en su declaración, tal y como se indicó con anterioridad, debe estimarse que es admitido que el defensor en su labor de asesoramiento del imputado le aconseje sobre la forma de dar la declaración, para que ejerza adecuadamente su defensa material. Por supuesto que ello no autoriza al defensor a falsear la prueba, por ejemplo ofreciendo testigos falsos.²³

Se ha venido desarrollando en Latinoamérica, bajo la inspiración norteamericana, lo que se ha denominado «La teoría del caso», en particular, con respecto a la escogencia de la estrategia de la defensa en el proceso y las técnicas de oratoria forense y las técnicas del interrogatorio de testigos y peritos. En esto no siempre se toman en cuenta las diferencias entre el sistema jurídico continental europeo y el anglosajón, por más que debe reconocerse que se asiste ante lo que ha sido denominado por Bern Schünemann como *la marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo*, la que es muy negativa en particular con respecto al instituto del *plea bargaining*. Es importante con respecto a este recordar la crítica de John Langbein, en la que estableció ligámenes entre el procedimiento inquisitivo y el *plea bargaining*.²⁴ No deseo centrar mi análisis en el nuevo rol que cumplen los abogados defensores en el procedimiento abreviado o los arreglos judiciales, emparentados con el *plea bargaining*, lo que los lleva a especializarse en técnicas de negociación en una situación de franca desigualdad con el Ministerio Público, perdiendo importancia el carácter contradictorio del proceso penal y los caracteres acusatorios del mismo. Quiero pensar que este sistema de negociación sigue siendo la excepción en general en Latinoamérica, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos de Amé-

rica, y por ello centraré mi exposición en el procedimiento penal de carácter contencioso, en donde el Ministerio Público se enfrenta al imputado acompañado por su abogado defensor y un tercero imparcial, el juez, resuelve.

Uno de los aspectos de más relevancia es en qué momento es que empieza a intervenir el abogado defensor. No faltan sistemas en que la regulación procesal puede parecer muy respetuosa de los derechos fundamentales y del debido proceso, pero se regula una intervención del abogado defensor demasiado tarde, cuando ya el asunto puede considerarse como resuelto, debido a la confesión del imputado en sede policial, la que se hará valer posteriormente en el mismo juicio oral y público. Sobre ello debe indicarse que el nombramiento del defensor debe hacerse lo más pronto posible, especialmente en sede policial, en la cual por experiencia se dan las peores arbitrariedades, ello no solo para asesorar al imputado con respecto al ejercicio de sus derechos en un momento en que se encuentra especialmente vulnerable,²⁵ sino también para garantizar que esos derechos se hagan efectivos, especialmente el derecho de abstención de declarar y la prohibición de la tortura. Lo anterior se basa en la situación de sumisión en que se encuentra el imputado bajo la custodia policial y que con frecuencia se le señala una situación más desfavorable que en la que se encuentra, todo para lograr que confiese, bajo la advertencia de que en caso contrario no se tendrá ninguna benevolencia judicial. El papel fundamental de la defensa técnica ante la policía y durante el procedimiento preparatorio es asesorando al imputado, al momento en que se le llama para comunicarle los hechos que se le atribuyen y se le advierte que tiene derecho de abstenerse de declarar o bien de declarar. John Langbein incluso ha indicado que el derecho de abstención de declarar no llegó a consolidarse, sino hasta que se garantizó el derecho a la presencia del abogado defensor.²⁶ El periodista David Simon se dedicó durante un año a acompañar a la policía en los interrogatorios a sospechosos de homicidio y escribió un libro con respecto a la técnica utilizada por la policía para lograr que el sospechoso confesara y no invocara la presencia de un abogado defensor.²⁷ Todo ello es problemático cuando se le da validez a ese interrogatorio, ya que en muchas ocasiones es la base misma de la sentencia condenatoria, unido a que con frecuencia se ha obtenido prueba incriminatoria a partir de lo indicado por el sospechoso.

Nuevos retos que enfrenta el abogado defensor dentro del populismo punitivo en boga en Latinoamérica, es el pa-

²³ Sobre ello existe unanimidad en la doctrina, véase por ejemplo: Sandra Zúñiga, s.f., p. 39. Acerca de esto véase: Tribunal de Casación Penal, voto 1169-2004 de 12/11/2004, en el que se dijo: «El cumplimiento de un deber legal como causa de justificación no concurre en la especie (...). El ejercicio de la defensa no conlleva la circunstancia de ejecutar actos como los que han sido reseñados en la sentencia recurrida (...). En el caso concreto, la acción del imputado no se limitó al ejercicio de la función de defensor, sino que hizo que un testigo clave en un proceso penal, cambiara su versión para favorecer a un imputado, acción que como tal es contraria a derecho». El art. 71 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en Derecho señala: «Es contrario a la moral y la ética que el abogado o abogada induzca a los testigos, peritos y demás intervinientes en un asunto, a mentir, sesgar sus respuestas o de alguna forma asesorarlos para alterar la realidad».

²⁴ Langbein, 1978, pp. 3-22.

²⁵ Sobre ello: Cafferata, 2000, p. 115, quien señala que la presencia de un defensor en sede policial es cuando suele ser más necesaria. Consúltese además: Ferrajoli, t. II, 2011, p. 322.

²⁶ Langbein, 1997, pp. 83-108.

²⁷ Simon, 2006.

pel protagonismo de las víctimas del delito ante los medios de comunicación y los políticos, así como la tendencia a desvalorizar el papel de los abogados defensores, incluso los públicos o de oficio, a quienes se les identifica como cómplices de los imputados a los que defiende.

La importancia del abogado defensor se resalta en Latinoamérica con la facilidad con que se dicta la prisión preventiva, la que tiene consecuencias irreversibles para la vida personal, laboral y familiar del imputado. No en vano en algún momento Raúl Zaffaroni antes de la reforma procesal penal indicó que la pena en Latinoamérica es la *prisión preventiva* y la *absolutoria* es más bien que se declara *con lugar* un procedimiento de revisión de la sentencia condenatoria dictada al momento de disponerse la prisión preventiva. La situación de los presos sin condena en América Latina, la que habría sido una de las razones para la reforma procesal iniciada a partir de la década de los noventa del siglo pasado, no ha variado en gran medida con la aplicación de los nuevos Códigos Procesales Penales aprobados, a lo que se ha unido la existencia de diversas contra-reformas, producto del clima de inseguridad ciudadana existente en Latinoamérica y del aprovechamiento del mismo por el populismo punitivo en el que se ha caído. El abogado defensor, ante la ligereza para el dictado de la prisión preventiva no debe actuar con resignación, sino en forma combativa tratar de evitar su dictado o lograr la modificación de la medida cautelar por una de menor gravedad. Para ello es importante indicar que existe una tendencia en Latinoamérica hacia la regulación de lo que se ha llamado un *procedimiento de audiencias*, en las que los disímiles incidentes, excepciones y solicitudes que se produzcan en el procedimiento preparatorio, se tienen que discutir en una audiencia oral, lo mismo que los recursos que se presenten en contra de las diversas resoluciones judiciales. Es importante el papel del abogado defensor en dichas audiencias, resaltando la inexistencia de los requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva y ofreciendo prueba al respecto, por ejemplo, para demostrar el arraigo del imputado, al tener domicilio fijo, familia y un trabajo.

Debe resaltarse la importancia del abogado defensor, como garantía del derecho de defensa, desempeñando labores de asistencia y representación. Dentro de esta labor de asistencia se encuentra indicarle al imputado cuál es la situación probatoria y jurídica en que se encuentra, ello para que pueda decidir si declara o no y si corresponde ofrecer prueba de descargo.

Uno de los aspectos importantes es el ofrecimiento de prueba de descargo aun en el procedimiento preparatorio, para lo cual es recomendable que se conozca cuál es el contenido de la prueba que se ofrece, ya que la defensa no debe ofrecer a ciegas por ejemplo un testigo, que eventualmente puede llegar más bien a incriminar al imputado. Los Códigos latinoamericanos tienden a encargarle la investigación

preparatoria al Ministerio Público y la lógica de los mismos es que si la defensa desea que se entreviste a algún testigo o bien se recoja un documento, haga una petición en tal sentido al Ministerio Público. Sin embargo, así como se recomienda en general en un interrogatorio no hacer una pregunta a un testigo de cargo sin conocer cuál es la respuesta o sin tener prueba a disposición para refutarlo, en caso de dar una respuesta favorable al imputado, así también es recomendable no ofrecer una prueba, por ejemplo un testigo o un documento, sin saber si se trata de prueba favorable al imputado. Todo ello lleva a la necesidad de que la defensa pueda realizar su propia investigación paralela a la del Ministerio Público, de modo que pueda realizar entrevistas a testigos y a peritos, visitar el lugar de los hechos, etcétera.

Con respecto a ello, Luigi Ferrajoli ha propuesto un Ministerio Público de la defensa. Señala dicho autor, que la defensa «debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el Ministerio Público. Esta equiparación solo es posible si junto al defensor de confianza se instituye un defensor público, esto es, un magistrado destinado a desempeñar el Ministerio Público de defensa, antagonista y paralelo al Ministerio Público de acusación. Es claro que solo de esta forma vendría a colmarse el desequilibrio institucional que existe de hecho entre acusación y defensa, y que confiere al proceso, todavía más que el secreto o la escritura, un carácter inquisitivo. Es obvio que un magistrado así no debería sustituir al defensor de confianza, sino que habría de situarse junto a él como órgano complementario, subsidiario y subordinado a la estrategia defensiva de este. En cuanto dotado de los mismos poderes que la acusación pública sobre la policía judicial y habilitado para la recolección de contrapruebas, garantizaría una efectiva paridad entre la función pública de la prueba y la no menos pública de refutación. Y aseguraría, además, a diferencia de la actual función del “defensor de oficio”, una igualdad efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de defensa. Es fácil entender que una figura semejante encontrará siempre la oposición corporativa de los colegios de abogados. Pero sin ella resulta comprometida la igualdad de las partes, que es uno de los presupuestos esenciales del juicio contradictorio y del derecho de defensa».²⁸

En sentido similar ha señalado Raúl Zaffaroni: «En cuanto a las atribuciones respecto de las policías, es correcto pensar en una policía judicial dependiente del Ministerio Público, pero, así como la acusación dispondría de un personal policial de investigación, también la defensa necesita disponer de personal que investigue por ella y que incluso pueda prestar servicios pagos a los defenso-

²⁸ Ferrajoli, 1995, pp. 583 y 584. Ha dicho también: “El defensor público debería ser un magistrado con poderes de investigación, con la posibilidad de disponer de la policía judicial. O sea, con poderes análogos a aquellos que tiene el fiscal”. Ferrajoli, 2002, p. 109. Consúltense además: Ferrajoli, t. II, 2011, pp. 371.

res de confianza. Es una ficción que la investigación se hace siempre en búsqueda de la verdad: sin presuponer ninguna patología institucional (corrupción), es natural que la acusación disponga de todo lo necesario para llevar a cabo su función con éxito y, en ese empeño, es humanamente explicable que pierda de vista la verdad».²⁹

Las consideraciones de Luigi Ferrajoli con respecto a la existencia de un «Ministerio Público de la defensa», apoyadas por Raúl Zaffaroni, están relacionadas con el Derecho anglosajón, en el que es característica la existencia de dos investigaciones paralelas, una de la fiscalía y otra de la defensa,³⁰ aunque debe reconocerse, en contra de lo propuesto por Ferrajoli y Zaffaroni, la gran desproporción de recursos materiales con que cuenta la Fiscalía con respecto a la defensa en el sistema norteamericano, a lo que se une que acudir a la defensa privada es muy costosa, lo que es una de las causas por las que se prefiere prescindir del juicio oral ante el jurado, llegándose al *plea bargaining*, todo lo contrario a lo pretendido por Luigi Ferrajoli y Raúl Zaffaroni. En la legislación latinoamericana es importante citar el Código de Procedimientos Penales de Colombia, que recibió una fuerte influencia anglosajona. En el mismo se reguló en los artículos 267-274, las facultades de la defensa en la investigación.

A pesar de la falta de regulación en el Código Procesal Penal costarricense de 1996, de que la defensa lleve a cabo su propia investigación con respecto al hecho, paralela con ello a la que realiza el Ministerio Público, debe señalarse que no está prohibida en nuestro país, de modo que nada impide que la defensa trate de contactar los testigos y los peritos,³¹ lo mismo que visitar el lugar de los hechos. A los propios esfuerzos investigativos del defensor se re-

firió el Comité de Derecho Penal del Colegio Federal de abogados alemán al elaborar las «Tesis sobre la defensa penal», publicadas en 1992.³²

Podría indicarse, como se dijo antes, que incluso la realización de la propia investigación por la defensa es recomendable, ya que, por ejemplo, antes de ofrecer a una persona como testigo debe conocer si lo que declararía sería beneficioso para el imputado.³³ Ello no es sino una

la realización del debate, es obvio que la defensa desconocerá este tipo de situaciones». Quesada, Francini, 2001, p. 25.

³² Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992. Sobre ello indica Goldschmidt: «No cabe duda de que el defensor está autorizado a hacer indagatorias en descargo del procesado, independientemente del curso del sumario». Goldschmidt, 2001, p. 129. En sentido similar: Joachimski, 1991, p. 36; Kramer, 1984, No. 94, p. 64; Beulke, Parte 9, No. 158, 2004, p. 90; H. Lemke-Küch, 2009, p. 16; Junker/Armatage, 2009, pp. 50-54. Véase también: Egon Müller, 1981, p. 1806, quien señala que el contacto con los testigos y peritos realizado por el defensor ha sido visto con escepticismo, siendo visto en ocasiones en el ámbito del «medio encubrimiento» y lo «medio ilícito», por lo que a los ojos de los jueces y fiscales es visto con desconfianza. Estima conveniente una regulación legal de la capacidad de emprender una investigación de parte del defensor. En contra de la posibilidad de que la defensa entreviste a los testigos de cargo, sin embargo, parece haberse pronunciado la Sala Tercera en el voto 2007-775 de 3/8/2007. Se dijo allí: «un profesional en derecho, cualquiera que sea su rol en el proceso, no debe buscar a ningún testigo de la parte contraria sin que el abogado de esa parte se encuentre presente. En efecto, es importante dejar claro que el defensor público o privado de un imputado no está autorizado a procurar encuentros con el ofendido de una causa, a menos que el fiscal, el abogado querellante, o quien ellos designen, se encuentre presente. La naturaleza acusatoria del modelo procesal penal al que aspira el sistema costarricense, impone la distribución de funciones y roles, de forma tal que cada abogado interviniente conozca sus deberes y sus posibilidades dentro del marco del juego justo, sin intromisiones que puedan dar al traste con la pureza de la prueba y el trabajo propio, así como la prueba y el trabajo del adversario procesal. Dentro de este esquema, no puede ser asumido como algo natural la intromisión del abogado en los eventuales testigos de la parte contraria, porque ello desconoce el principio de lealtad procesal y entorpece de manera indebida el trabajo de la contraparte».

³³ Dice Ferri: «Citar a un testigo a tontas y a locas, a la buena de Dios, sin cerciorarse de lo que sabe o de lo que pueda decir en conciencia, y si tiene algún valor para la defensa, es correr grave riesgo. Es prudente costumbre hacer hablar a los testigos, para oír lo que pueden declarar al juez, ya por parte del sindicado, si este se encuentra en libertad, ya por parte de sus parientes». Ferri, 2000, p. LVIII. Lo conveniente es que quien entre en contacto con el testigo no sea el imputado ni sus parientes, sino más bien el abogado o los investigadores de que disponga el mismo, ello para evitar discusiones con respecto al peligro de obstaculización procesal,

²⁹ Zaffaroni, 2002, p. 19. Acerca de ello indica Stella Maris Martínez: «Si la idea de un verdadero Ministerio Público de la Defensa no se consolida, si su concreción queda limitada a un incompleto cúmulo de disposiciones legales carentes de vitalidad y de la fuerza imprescindibles para instalarla en el imaginario de la sociedad como una necesidad de primer orden, nunca cumplirá su destino de protección de los derechos de los más vulnerables y de pieza irremplazable en la construcción de la paz social y, por ende, en la vigencia plena del Estado de Derecho». Maris Martínez, 2002, p. 58.

³⁰ Damaska, 2000, pp. 111 y 113.

³¹ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, pp. 52 y 53. Francini Quesada, defensora pública costarricense, ha denunciado que «en muchos lugares del país, donde el defensor suele entrevistar testigos, incluso de cargo, han detectado que a veces los fiscales manipulan las declaraciones de los testigos. Esto lo han podido detectar, gracias al contacto que se ha tenido con la prueba previo a la realización del debate y han podido ubicar que el testigo es asesorado con respecto a lo que puede decir o lo que no puede decir, lo que le ha permitido al defensor muchas veces detener esa manipulación. Si nunca se ha entrevistado a los testigos previo a

consecuencia de la función que el abogado defensor desempeña a favor del imputado, de modo que no tiene por función la búsqueda de la verdad material, sino de la resolución más favorable para el imputado, todo sin acudir a destruir o falsear la prueba.

No está permitido que en esta investigación el defensor realice ningún tipo de amenaza ni engaño, ni puede tratar que falten a la verdad o dejen de declarar cuando están obligados a hacerlo,³⁴ aunque puede tratar con prudencia de convencer a los que tienen derecho de abstenerse de declarar a ejercer de dicho derecho.³⁵

Podría el defensor también tratar de convencer que no se presente la instancia privada en los delitos de acción pública o que se retire la misma.³⁶ Se llega a permitir que el defensor intervenga comunicando a la víctima la disposición del imputado de la reparación en los casos en que es posible esta, a cambio de la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral del daño.³⁷ No sería inadmisibles que el defensor ofrezca la reparación en los supuestos de delitos de acción penal pública a instancia privada³⁸ o en los casos de delitos de acción privada.

Por supuesto, la defensa no dispone de un poder coercitivo para obligar a los testigos a entrevistarse, no pudiendo por ello tampoco hacerlos comparecer por la fuerza con el auxilio de la policía.³⁹

A pesar de que se llegue a permitir la investigación a cargo de la defensa, no puede desconocerse la desigualdad que existe entre el Ministerio Público y la defensa del imputado en el procedimiento preparatorio, muy lejos del principio de igualdad de armas o de posiciones, ya que el Ministerio Público cuenta con la Policía Judicial como «brazo alargado», incluyendo no solamente los policías que actúan en labor de investigación, sino también tienen gran facilidad

para acudir a los peritos del Organismo de Investigación Judicial.⁴⁰ Debido a que el procedimiento preparatorio está a cargo del Ministerio Público, el que no puede desconocerse que aunque no está autorizado a la arbitrariedad se identifica con la función acusadora,⁴¹ lo que en general lo lleva a un enfrentamiento con la posición de la defensa, se hace necesario compensar en parte esta desigualdad de posiciones o armas, no solamente por la importancia que tiene el procedimiento preparatorio para el dictado de medidas coercitivas como la prisión preventiva, sino también ya que dicho procedimiento tiene un carácter preparatorio para el juicio oral, de modo que la desigualdad de posiciones en el procedimiento preparatorio puede tener repercusiones en el juicio oral,⁴² ello si en definitiva la prueba que se evacua en el mismo ha sido seleccionada de manera unilateral por el Ministerio Público. Se agrega a ello que como consecuencia del resultado del procedimiento preparatorio se pueden llegar a aplicar por el juez del procedimiento intermedio, con la anuencia del imputado, soluciones alternativas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba o la reparación integral del daño, que tienen un carácter sancionatorio.⁴³

En la etapa de juicio el papel del defensor, conforme al principio acusatorio, tiende a igualarse con el del Ministerio Público. Con todo, la desigualdad de armas en el procedimiento preparatorio entre Ministerio Público e imputado con su defensa, puede perdurar en el juicio oral, ello a partir de la extensión de la incorporación de prueba producto del procedimiento preparatorio, en la etapa de juicio. Por otro lado, no puede negarse la existencia de disfunciones al principio acusatorio, ello al admitirse la vigencia del principio de investigación autónoma del juzgador en la etapa de juicio, aunque se afirme su carácter excepcional. En esta etapa la actuación del abogado defensor se realizará principalmente a través de la formulación del interrogatorio a testigos y peritos y posteriormente a través de las conclusiones del juicio oral.

que con frecuencia se presentan cuando el imputado es el que trata de contactar al testigo, lo que puede llevar a que eventualmente se llegue a ordenar la prisión preventiva en contra del imputado.

³⁴ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, p. 55; Ranft, 1991, Par. 21, p. 77.

³⁵ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, p. 56; Goldschmidt, 2001, p. 129; Ranft, 1991, Par. 21, p. 77; Beulke, Par. 9, No. 176, 2004, p. 100; Lenke-Küch, 2009, p. 17.

³⁶ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, p. 55; Ranft, 1991, Par. 21, p. 77.

³⁷ Sobre ello véase: Quesada, Francini, 2001, p. 14.

³⁸ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, pp. 56-57, que indica que un monto monetario no sería admisible cuando no tuviera ninguna conexidad material ni relación razonable con los daños.

³⁹ Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992, p. 53.

⁴⁰ Acerca de esa desigualdad real que existe: Cafferata, 2000, pp. 106 y 107, 109.

⁴¹ Lobet Rodríguez, 2005, pp. 96-100, en donde se analizó la imposibilidad de caracterizar al Ministerio Público como un sujeto imparcial, lo mismo que la inconveniencia de ello para los intereses de la defensa.

⁴² Sobre ello: Kühne, Parte 9, No. 175, 2003, p. 99, quien advierte que una limitación de la intervención de la defensa en el procedimiento preparatorio puede tener daños imprevisibles e irreparables, ya que el procedimiento preparatorio acuña en gran medida las etapas posteriores. Véase también: Egon Müller, 1981, p. 1806.

⁴³ A ello hace mención Egon Müller, al resaltar la importancia del procedimiento preparatorio, indicando que puede terminar con decisiones que tienen un carácter similar a las sanciones, con lo que aparentemente se refiere en Alemania al archivo del asunto con aplicación de un criterio de oportunidad bajo el cumplimiento de condiciones. Egon Müller, 1981, p. 1806.

Conclusión

El abogado defensor desempeña una función fundamental dentro de un proceso con tendencia acusatoria y que respeta el debido proceso. La responsabilidad que tiene es mucha y debe tener siempre en cuenta que para presentar la acusación se encuentra el Ministerio Público, de modo que no debe confundir su rol con el del que se presenta como antagónico en el proceso penal.

Ello debe rodear la actuación del abogado defensor en las diversas etapas del proceso, debiendo considerar que la estrategia defensiva se va trazando y se van sembrando durante el procedimiento preparatorio, tratando de evitar el juicio oral y que en caso de que se llegue al mismo, la estrategia defensiva sembrada en el procedimiento preparatorio dé sus frutos en el juicio oral.

Bibliografía

- BADER: «Strafverteidigung vor deutschen Gerichten im Dritten Reich», JZ, 1972, pp. 6-12.
- BAROJA: *El señor inquisidor*, Madrid, Alianza, 1994.
- BEULKE: *Strafprozessrecht. Heidelberg*, CF Müller, 2004.
- BOTTKE, W.: «Wahrheitspflicht des Verteidigers», ZStW, Alemania, 1984, pp. 726-760.
- BURLEIGH: *El Tercer Reich*, Álvarez Flores (Traductor), Madrid, Taurus, 2002.
- BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (Editor): *In Namen des deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*, Colonia, Verlag Wissenschaft und Politik, 1989.
- CAFFERATA NORES, J.: *Proceso penal y derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- CALAMANDREI, P.: *Proceso y democracia*, Héctor Fix Zambudio (Traductor), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco: *Las miserias del proceso penal*, Santiago Sentís Melendo (Traductor), Bogotá, Temis, 1993.
- *Derecho Procesal Civil y Penal*, Enrique Figueroa Alfonzo (Traductor), México, Editorial Pedagógica Universitaria, 1994.
- *Cómo se hace un proceso*, Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín (Traductores), Bogotá, Temis, 1997.
- DAMASKA, Mirjan: *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso penal*, Andrea Morales Vidal (Traductora), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ESLAVA GALÁN: *Historias de la inquisición*, Madrid, Planeta, 1994.
- EYMERICH, Nicolau: *Manuale dell' inquisitore*, Italia, Piemme, 1998.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, Perfecto Andrés Ibáñez et al (Traductores), Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L.: «Entrevista al Prof. Luigi Ferrajoli realizada por Stella Maris Martínez y María Fernanda López Puleio», *Defensa Pública. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, No. 5, 2002, pp. 109 y 110.
- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Perfecto Andrés Ibáñez et al (Traductores), Madrid, Trotta, tt. I y II, 2011.
- FERRI: *Defensas penales*, Jorge Guerrero (Traductor), Bogotá, Temis, 2000.
- FEZER, G.: *Strafprozessrecht*, t. I, Munich, 1986.
- GARCÍA CÁRCCEL, Ricardo y Doris MORENO MARTÍNEZ: *Inquisición. Historia Crítica*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy S. A., 2000.
- GOLDSCHMIDT, James: *Principios generales del proceso*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001.
- GÖSSEL, K.H.: *Strafverfahrensrecht*, STUTTGART et al, 1977.
- HARFUCH, Andrés: «Principios, instrucciones y organización de la defensa pública», *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Argentina, No. 5, 2002, pp. 69-86.
- HIDALGO, J. D.: *Introducción al Código Procesal Penal*, San José, Investigaciones Jurídicas, 1998.
- JOACHIMSKI, J.: *Strafverfahrensrecht*, Munich/Hannover, 1991.
- JUNKER y ARMATAGE: *Praxiswissen Strafverteidigung*. Alfabase, Holanda, ZAP, 2009.
- KIRCHHEIMER: *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1976.
- KOHLMANN, G.: «Waffengleichheit im Strafprozess?», *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Alemania, 1974, pp. 311-321.
- KRAMER: *Grundbegriffe des Strafverfahrens*, STUTTGART et al, 1984.
- LANGBEIN, J.: «Torture and Plea Bargaining», *The University of Chicago Law Review*, No. 46, 1978, pp. 3-22.
- «The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries», HELMHOLZ et al: *The Privilege against Self-Incrimination*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, pp. 83-108.
- LEMKE-KÜCH, H.: *Verteidigung im Strafverfahren*, Colonia, Luchterhand, 2009.
- LÓPEZ PULEIO, M. F.: «Justicia y Defensa Pública», *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Argentina, No. 5, 2002, pp. 23-48.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Derecho Procesal Penal*, t. I (Aspectos generales), San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.
- MARIS MARTÍNEZ, Stella: «Defensa pública, Derecho del pueblo», *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Argentina, No. 5, 2002, pp. 49-58.
- MORENO CATENA, V.: *La defensa en el proceso penal*, Madrid, Civitas, 1982.
- MÜLLER, Egon: Der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren. En: NJW (Alemania), 1976, pp. 1063-1067.

- MÜLLER, Egon: «Strafverteidigung», *NJW*, Alemania, 1981, pp. 1081 y ss.
- OSTENDORF: «Strafverteidigung im “Dritten Reich”», *StV*, Alemania, 1983, pp. 120-127.
- QUESADA, Francini: *Manual sobre la labor del defensor durante la etapa preparatoria*, San José, CONAMAJ, 2001.
- RÜPING, H.: *Das Strafverfahren*, Munich, 1983.
- RANFT, O.: *Strafprozeßrecht*, STUTTGART *et al*, 1991.
- ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht*, Munich, 1998.
- *Derecho Procesal Penal*, Córdoba y Pastor (Traductores), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SCHROEDER, F. C.: *Strafprozessrecht*, Munich, 1993.
- SIMON, D.: *Homicide. A year on the killing streets*. Nueva York, Henry Holt and Company, 2006.
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer. Thesen zur Verteidigung*, Munich, C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1992.
- TIJERINO PACHECO, J. M.: «El derecho de defensa», TIJERINO y GÓMEZ COLOMER (Compiladores), Valencia, Tirant lo blanch, 2005, pp. 204-220.
- TUBERVILLE, Arthur: *La inquisición española*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- VÉLEZ MARICONDE, A.: *Derecho Procesal Penal*, tt. I y II, Córdoba, 1969.
- VEHLING, Karl-Heinz: «Die Funktion des Verteidigers im Strafverfahren», *Strafverteidiger*, Alemania, 1992, pp. 86-91.
- WELP: «Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens», *ZStW*, Alemania, 1978, pp. 101-131.
- ZAFFARONI, R.: «Proceso penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad», ZAFFARONI (Coordinador): *El proceso penal. Sistema penal y Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa *et al*, 2000, pp. 3-24.
- ZAFFARONI, R. y E.J. RIEGGER (Traductores): «Código Penal de la República Federal alemana», *Revista Argentina de Ciencias Penales*, septiembre-diciembre de 1976, pp. 20 y ss.
- ZIPF, H.: *Strafprozessrecht*, Berlín/Nueva York, 1977.
- ZÚÑIGA, Sandra: *Manual del defensor público*, Managua, Checchi/USAID/ Defensoría Pública, s.f.

* * * * *

Comentario de la sentencia 59 de fecha 31/12/13 del expediente Revisión civil 107/13

Flexibilización en la aplicación de la Causal 5 de Revisión por parte de los jueces de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular

MARTA MERY CASABELLA FERNÁNDEZ

Con gran regocijo recibimos, a finales de enero del año en curso, la notificación de la Sentencia 59/13 del Expediente de Revisión Civil 107/13, mediante la cual se declaró *con lugar* la demanda y en consecuencia se anuló la sentencia firme 177/12 dictada por la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Trinidad, en el proceso civil radicado al 84/12 sobre Operaciones Divisorias del Caudal Hereditario, y consecuentemente la Sentencia 9 del 4 de febrero de 2013 en el expediente de apelación 9/13 dictada por la Sala de lo Civil, Administrativo, Laboral y Económico del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spíritus. Esta demanda acoge la causal 5 del artículo 642, al reconocerse por el alto foro de justicia que se ha realizado por los tribunales de inferior jerarquía una inadecuada aplicación del derecho sucesorio (artículos 471.2 y 513.2 del Código Civil) en detrimento del legítimo derecho del actor, razón por la que se rescindió la sentencia sometida a este especial y autónomo proceso. Felizmente, la ponente Marta Acosta Ricart ha considerado que excepcionalmente también pudiera estimarse como *indefensión* aquellas condiciones en las que por flagrante aplicación inadecuada del derecho sustantivo por parte del tribunal, queda sometida alguna de las partes en el proceso, como sin dudas aconteciera en las Operaciones Divisorias del Caudal Hereditario en cuestión.

Luego de la notificación de esta sentencia, hemos advertido una notable flexibilización de los criterios que en torno a la causal 5, del artículo 642 de la Ley de trámites civiles, sostenían los jueces de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular; lo cual se ha podido corroborar en la admisión de varias revisiones en las cuales el estado de indefensión versa en la aplicación inadecuada de preceptos sustantivos por parte del tribunal. Debemos explicar primeramente que la causal 5 de Revisión es aún muy joven, pues su entrada en vigor fue a través del Decreto Ley 241/2006, pero desde ese instante ha sido catalogada como una *situación procesal*, denominada *estado*

de indefensión, pues es aquella de carácter insalvable en que se puede encontrar alguno de los litigantes o aquellos que no pudieron y debieron serlo, correspondiéndoles en derecho haberse visto impedidos de manera ilegítima en personarse en el proceso o valerse de cualquiera de los medios de defensa legal, y que a consecuencia de ello hubieren sufrido o pudieren sufrir un perjuicio o daño irreparable. El afectado, por tanto, tendrá la carga de demostrar haber agotado todos los medios a su alcance para evadir la situación señalada, extrajudicialmente y aun en el marco del propio proceso original, en el que se vio impedido de intervenir.

De manera sabia, el legislador del Decreto Ley 241/2006 formuló este nuevo precepto en el artículo 642 con la debida amplitud, sin atar las manos del juzgador, pero la práctica judicial desplegada durante estos siete años por el Tribunal Supremo ha delimitado los contornos de dicha causal, de forma tal que solo han prosperado las revisiones en las cuales el estado de indefensión parte del quebrantamiento de cuestiones procesales trascendentes y decisivas al derecho reclamado.

Para entender el sentido y alcance que se le ha brindado a esta causal 5 del 642 de la LPCALE, debemos partir de analizar sus orígenes. Forzado por la muy restringida posibilidad de acceso al proceso de revisión, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adoptó el Acuerdo 47 de 15 de marzo de 1983, instrumento que, con redacción un tanto confusa, intenta amparar a quienes hayan sido perjudicados, al quedar indefensos por violaciones de procedimiento. Eran requisitos necesarios para darle curso al trámite previsto en el Acuerdo 47/83: que existiera situación de indefensión o perjuicio irreparable, presente o posible, respecto a una parte; que sean debidos al incumplimiento de una formalidad o garantía esencial del proceso; y no enmarcarse el caso dentro de las causales previstas en el artículo 642 de la Ley de trámites civiles. Una vez detectada la situación de indefensión irreparable, la Sala se dirigía al Consejo de Gobierno, proponiendo el acuerdo que estimare pertinente, para lo cual debería poner a su disposición las actuaciones, y ese órgano por su parte disponía lo que en definitiva se ejecutaría, declarando la nulidad de la resolución cuestionada o ratificando su validez.

En definitiva, el Acuerdo 47/83 se aplicó pocas veces, pues tenía una gran dificultad, y es que la vigente Ley de los Tribunales Populares no reconoce la potestad revisora entre las funciones del Consejo de Gobierno –como tampoco hacía su predecesora, la Ley de Organización del Sistema Judicial,¹ vigente al momento de su adopción– y entonces la nulidad decretada por ese órgano sería en sí

misma nula, de acuerdo con el elemental principio recogido en el artículo 67, inciso ch) del Código Civil. El tema de la indefensión quedó pendiente hasta que el Decreto Ley 241 de 27 de septiembre de 2006² vino a llenar el vacío, abriendo el debate a nuevas interrogantes.

En la práctica judicial se constata que el término *estado de indefensión* es susceptible de ser interpretado en formas diversas, no existiendo aún un criterio unánime de la Sala de la Especialidad del Tribunal Supremo, a pesar de ser el concepto determinante en esta joven causal.

En tal sentido podría entenderse el *estado de indefensión* como la situación de especial dificultad en que se encuentra alguno de los litigantes –o aquel a quien correspondería en derecho serlo cuando, ilegítimamente privado de la posibilidad de personarse o valerse de cualquiera de los medios de defensa con que la ley provee, puede sufrir o ha sufrido ya un perjuicio que pudiera resultar o ha devenido irreparable dentro del ámbito procesal. En este sentido, debería resultar objeto de análisis si el *estado de indefensión* está presente cuando la desigualdad está motivada por el actuar del órgano judicial o de la contraparte, y no existirá nunca si se debe a la negligencia del interesado.

Es criterio de la Sala de la Especialidad del Tribunal Supremo Popular que el *estado de indefensión* además podría concebirse como la presencia de omisión o quebrantamiento de naturaleza procesal o sustantiva que la haya colocado en estado de indefensión y como desprotección.³

² Gaceta Oficial Extraordinaria de 27 de septiembre de 2006.

³ Expediente de Revisión, auto 106 de fecha 17 de agosto de 2010, dictado por el Tribunal Supremo Popular. Único Considerando: «Sin hacer la referida promovente mención a hecho concreto que permita inferir haberse incurrido en las mismas en situación que evidencie la presencia de omisión o quebrantamiento de naturaleza procesal o sustantiva que la haya colocado en estado de indefensión, conforme exige para la viabilidad de la pretensión que ahora formula el apartado cinco del artículo seiscientos cuarenta y dos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico». Iguales pronunciamientos. Expediente de Revisión, auto 118 de fecha 20 de septiembre de 2010, dictado por el Tribunal Supremo Popular; Expediente de Revisión, auto 117 de fecha 20 de septiembre de 2010, dictado por el Tribunal Supremo Popular. De igual forma el Expediente de Revisión 166/2009, Sentencia 5 de fecha 30 de abril de 2010, dictado por el Tribunal Supremo Popular, Declara *con lugar* la demanda de revisión al considerar que la sentencia cuestionada dejaba a la revisionista en un estado de indefensión derivada de sentencia contraria a derecho.

Expediente de Revisión, auto 135 de fecha 30 de septiembre de 2010, dictado por el Tribunal Supremo Popular. Segundo Considerando: «Que al refutarse en la demanda revisión los extremos sentados como sostén de la sentencia cuestionada, es dable afirmar que constituye

¹ Ley 4 de 10 de agosto de 1977.

Sin dudas, han existido algunos fallos que, con anterioridad al que se comenta, introdujeron la tipificación de la causal 5 por inadecuada valoración de preceptos sustantivos, pero ninguno de ellos brindó un fundamento tan fuerte y consistente que permitiera ampliar la posición conservadora que respecto al estado de indefensión en cuestiones procesales, ha enarbolado por años el Tribunal Supremo Popular.

un verdadero recurso contra una sentencia firme, situación que no es posible asimilar a la desprotección que el legislador resguarda mediante la causal invocada y que al carecer de amparo de ley, es suficiente para declarar la inadmisibilidad de la presente demanda».

Expediente de Revisión, auto 140 de fecha 30 de septiembre de 2010, dictado por el Tribunal Supremo Popular. Único Considerando: «Que si bien el apartado cinco del artículo seiscientos cuarenta y dos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, tal como quedó modificada en virtud del decreto ley doscientos cuarenta y uno del dos mil seis autoriza la revisión de sentencia firme siempre que se constate situación determinada que indique que el interesado fue colocado en estado de indefensión con trascendencia al derecho que reclama no lo es menos que, en el caso, intenta la revisionista mediante la promoción que nos ocupa, combatir los razonamientos en que funda su decisión la Sala de Juicio, a partir de su personal valoración sobre los elementos de hechos y de derecho tenidos en cuenta en la sentencia impugnada para desestimar su cuestionamiento de la inclusión de la franja de terreno controvertida a favor de la parte contraria como consecuencia del instrumento público que refrenda la cesión de azotea otorgado por la persona de quien trae causa, con el añadido de que no existe la argumentada contradicción entre la combatida sentencia y la resolución judicial que resuelve el proceso en materia civil que con similar objeto promovió, donde de hecho se reitera su falta de legitimación para discutir válidamente sobre el objeto del litigio, de modo que constituye un verdadero recurso contra una sentencia firme, situación que no es posible asimilar a la desprotección que el legislador resguarda mediante la causal invocada».

- ⁴ Expediente de Revisión Civil 107/13, Sentencia 59 de fecha 30 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal Supremo Popular. Primer Considerando: «Si bien en su concepto elemental, se ha de estimar la indefensión como la situación en la que queda una parte del proceso cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa; en puridad, su concepción fidedigna es más amplia, por los extremos relativos tanto a mantener y reforzar la legalidad socialista como el de proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos y las demás formas de propiedad que la Constitución y las leyes reconocen; que los apartados a) y d) del artículo 4 de la Ley 82/97, como objetivo principal le asignan a la actividad de los tribunales, la de adoptar decisiones ajustadas a las normas sustantivas vigentes, encaminadas al cumplimiento de esos fines; siendo así excepcionalmente también se pudiera estimar como *indefensión*, aquellas condiciones en las que por flagrante aplicación inadecuada del derecho sustantivo por parte del tribunal, queda sometida alguna de las partes del proceso, como sin dudas ha acontecido en el presente caso».

La fortaleza de las consideraciones en el fallo comentado radican en que se define el estado de indefensión bajo una nueva mirada, que no pretende apartarse de la concepción fidedigna de esta causal, pero sí entrecruza los principales objetivos en la actividad de los tribunales (artículo 4 Ley 82/97) con el hecho de adoptarse decisiones ajustadas a las normas sustantivas vigentes; pues el juez no puede quedar inerte ante aplicaciones inadecuadas de derechos sustantivos, ya que por sobre todas las cosas viene obligado a mantener y reforzar la legalidad socialista, amparar la vida, dignidad, relaciones familiares, el patrimonio y derechos de los ciudadanos, y a proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos, entre otras que reconoce la ley. Por todo ello consideramos que con esta nueva concepción del alcance de la causal quinta se ha cumplido uno de los objetivos del legislador del Decreto Ley 241/2006, el que indudablemente facilitó un inmenso avance al reconocer que situaciones de indefensión, posibles dentro del proceso civil, justifican en ocasiones la vulneración del sagrado principio de la cosa juzgada, piedra angular de todo sistema judicial.

La necesidad de modificar resoluciones firmes persiste en el cada vez más complejo ámbito de las relaciones jurídicas civiles, por consiguiente no debe prescindir ningún sistema judicial de la acción de revisión, cuya norma ha de ser la excepcionalidad, en tanto no viene a cuestionar la legalidad de una resolución, sino su justicia; debe no obstante abrirse la institución ante distintas situaciones emanadas de la praxis forense que ameritan un nuevo pronunciamiento jurisdiccional, pero escapan a los marcos establecidos en las normas vigentes.

El estado de indefensión, preocupación constante de jueces y abogados en años recientes, ante la responsabilidad que implica la decisión de un pleito y las consecuencias que el error acarrea a los particulares sometidos al poder del Estado, cuenta con una necesaria causal de Revisión que permite someter a debate situaciones en el pasado insalvables; pero esta audaz modificación legislativa no puede ser excusa para la desidia, su aplicación habrá de ser estricta en probidad, generosa en sabiduría. Nuestros jueces de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular, protagonistas eternos de la ciencia del Derecho, la han sabido aprovechar.

Bibliografía

Doctrina

ARREDONDO SUÁREZ ISABEL Y GONZÁLEZ GARCÍA ORLANDO: «La Revisión civil y administrativa conforme al Decreto Ley 241/06», *Revista Justicia y Derecho*, No. 13, Ediciones TSP, La Habana, 7/12/2009.

RIVERO ERRICO MARIO: «La acción de revisión desde la perspectiva del derecho cubano», Colección Jurídica, No. 45, Edición digital de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, mayo-agosto 2009.

Lecciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

Legislación

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976 y reformada en 1992, Ministerio de Justicia, La Habana, 2001.

«Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico», Ley 7/1977 de 19 de agosto, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 34, 20 de agosto de 1977.

«Ley de Tribunales», Ley 82/1991 de 11 de julio, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, 14 de julio de 1991.

«Decreto-Ley 241/2006» de 26 de septiembre, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 33, 27 de septiembre del 2006.

* * * * *

Sentencia del Tribunal Supremo Popular

SENTENCIA 59

**La Habana, treinta de diciembre
de dos mil trece
Expediente 107-2013**

JUECES

Carlos M. Díaz TENREIRO
ISABEL ARREDONDO SUÁREZ
MARTA ACOSTA RICART
ZENAIDA CORRALES REYES
ISAURA GONZÁLEZ CORREA

Visto: Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular el proceso de revisión ciento siete de dos mil trece establecido por Arístides Rafael Sáenz Sánchez de las generales que consta en las actuaciones representado y dirigido por la letrada Eulalia Velazco Mugarra, proceso que tiene por objeto la revisión de la sentencia firme ciento setenta y siete de tres de diciembre de dos mil doce dictada por la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Trinidad, en el proceso civil radicado al número ochenta y cuatro de dos mil doce, sobre Opera-

ciones Divisorias de Caudal Hereditario promovido por el propio actor representado y dirigido por la letrada Deborah María Chávez Turiño.

RESULTANDO: Que la demanda de revisión se sostiene en los siguientes hechos, sucintamente expuestos: Que por la sentencia ciento setenta y siete de tres de diciembre de dos mil doce dictada por la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Trinidad se hubo de declarar *Con Lugar* en parte la demanda por él establecida, como tercero interesado en las operaciones divisorias del caudal hereditario de la señora Evangelina Rodríguez León a falta de acuerdo para acudir al notario contra los demandados Luis Alberto y Carmen María Sáenz Rodríguez adjudicándose a estos últimos la cuota de participación que le correspondía de su fallecida madre en la vivienda de la que la misma era copropietaria conjuntamente con él y los demandados, la que adquirieron por Escritura de Aceptación y Adjudicación de Herencia cuatrocientos cincuenta y ocho de quince de octubre de dos mil tres ante la Licenciada Margot Cañizares Díaz considerando erróneamente el Tribunal que la cuota de participación que corresponde a cada copropietario en virtud de tal instrumento se presume igual de conformidad con el artículo ciento sesenta y dos inciso uno del Código Civil, cuando al fallecer el titular original dejó como herederos a sus siete hijos dentro de los que se encontraba su padre y el padre de los demandados debiendo dividirse dicho caudal en siete partes iguales; de donde, al él concurrir lo hace por derecho de representación como único heredero de su padre correspondiéndole un séptimo del total, mientras que los demandados Luis Alberto y Carmen María Sáenz Rodríguez y la madre de los mismos concurrían por derecho de representación como herederos de Salvador Lisandro Samuel Sáenz Uria correspondiéndoles a los tres un séptimo lo que significa una cuota menor y no igual, que de los restantes cinco herederos unos cedieron a favor de él, los demandados y la madre de los mismos y otros abandonaron el país por lo que dichas cuotas acrecieron por igual a estos herederos. El Tribunal de apelación ha considerado que él al suscribir la escritura aceptó igual participación que el resto de los copropietarios en virtud de la cláusula sexta de dicho instrumento, y que ahora no puede ir contra sus propios actos dejándolo en franco estado de indefensión. Asimismo alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación e interesó se admitiera la demanda y previa su sustanciación, se acogiera la misma, con revocación de la sentencia firme objeto del proceso y que se dicte otra conforme a derecho.

RESULTANDO: Que admitida la demanda, y reclamadas las correspondientes actuaciones constitutivas de sus antecedentes, que fueron oportunamente remitidas, se confirió traslado a quienes en estas intervinieron para que se

personaran y la contestaran en el plazo de quince días, lo cual realizó Carmen María Sáenz Rodríguez oponiéndose a ella, y el Ministerio Fiscal allanándose a la demanda, en virtud de lo cual se tuvo por evacuado dicho traslado, luego de lo cual se admitieron las pruebas que fueron propuestas, cuya práctica se cumplimentó conforme resulta de autos y se dispuso dar cuenta con las actuaciones a la Sala para dictar sentencia.

RESULTANDO: Que en la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

SIENDO PONENTE LA JUEZA
MARTA ACOSTA RICART

CONSIDERANDO: Que un análisis pormenorizado del presente asunto de conformidad con las pruebas del proceso, en correspondencia con la sentencia que se somete a revisión, permite considerar que la demanda debe prosperar; pues la misma se estableció al amparo de la causal quinta del artículo seiscientos cuarenta y dos de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico; estimando la parte actora que con la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia, ratificada por el de apelación se le ha dejado en estado de desventaja; consideración en la que le asiste toda la razón; pues si bien en su concepto más elemental, se ha de estimar la indefensión como la situación en la que queda una parte del proceso cuando se le impide el ejercicio de un derecho de naturaleza procesal, anulando o restringiendo, total o parcialmente, sus oportunidades de defensa; en puridad, su concepción fidedigna es más amplia; pues los extremos relativos tanto a mantener y reforzar la legalidad socialista como el de proteger la propiedad socialista, la personal de los ciudadanos y las demás formas de propiedad que la Constitución y la leyes reconocen; que los apartados a) y d) del artículo cuatro de la Ley ochenta y dos de mil novecientos noventa y siete, como objetivo principal le asignan a la actividad de los Tribunales; comprende sin dudas, la de adoptar decisiones ajustadas a las normas sustantivas vigentes, encaminadas al cumplimiento de esos fines; siendo así, excepcionalmente, también se pudiera estimar como indefensión, aquellas condiciones en las que por flagrante aplicación inadecuada del derecho sustantivo por parte del Tribunal, queda sometida alguna de las partes del proceso; como sin dudas ha acontecido en el presente caso.

CONSIDERANDO: Que las partes del proceso junto a la fallecida Evangelista Rodríguez León se erigieron propietarios de la vivienda por Escritura de Aceptación y Adjudicación de Herencia cuatrocientos cincuenta y ocho de quince de octubre de dos mil tres ante la Licenciada Margot Cañizares Díaz; así, se advierte que promovido el proceso de Operaciones Divisorias respecto a la par-

ticipación de la mencionada causante, se estimó tanto por el Tribunal de primera instancia como por el de apelación que la participación del actor y del resto de los comparecientes en el mentado instrumento respecto al inmueble era a partes iguales; por lo que la porción de la fallecida acrecía por igual a los demandados por ser sus herederos; razonamiento que se ha realizado a partir de la cláusula sexta del mentado instrumento público, donde exclusivamente se consignó, que los comparecientes aceptaban la herencia adjudicándose la vivienda de referencia en carácter de copropietarios; de lo anterior, lo primero a señalar es la evidente insuficiencia del instrumento público que avala la titularidad de los contendientes; en tanto, tratándose de una adjudicación de herencia con determinada complejidad, la elaboración del instrumento meritaba oficio, ausente totalmente del mismo; pues en todo caso de conformidad con las regulaciones en materia de sucesiones, debió la fedataria actuante dejar expresamente establecida la participación de cada compareciente; pues no puede soslayarse que dentro de los principios que informan el derecho notarial está el de legalidad; en tanto, la actividad del notario en su conjunto constituyen actos reglados por el Derecho, tanto en la formación del instrumento, como de su contenido; en su función ejecutiva instrumental, el notario, a semejanza de los Tribunales debe subsumir la voluntad de las partes, en las normas que regulan el negocio a autorizar, e incluso analizar y calificar las solicitudes de los interesados ajustándolas a las normas legales que regulan el negocio de que se trate; ello, porque el derecho notarial a la vez que ciencia es un arte; es ciencia porque comprende las nociones teóricas del derecho notarial, y arte porque conocidos los principios jurídicos es necesario asegurar su realización práctica, como forma de objetivarla virtuosamente; en el caso específico, el arte es la elaboración; así, el derecho notarial deviene, por excelencia, en el arte de la perfección; de donde, una buena práctica notarial presupone una actividad jurídica; estimándose que por ambos órganos de justicia al interpretar la mentada cláusula sexta de la escritura con apego al artículo ciento sesenta y dos inciso uno del Código Civil, se incurrió en facilismo; y más, cuando para ello se ha razonado que el actor lo admitió al suscribir la escritura, infringiendo así el principio general del derecho referido a la teoría del acto propio; respecto a lo cual merece mencionar que el de principios generales del derecho, deviene en uno de los conceptos jurídicos más discutidos; respecto al cual por alguno de los estudiosos se les ha considerado a aquellos dictados de la razón, admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento; o sea, una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez; a nuestro criterio, resultan desacertados los argumentos señalados por el Tribunal; en

primer orden, no puede considerarse admitido algo que no consta expreso en la omisa, imprecisa y deficiente cláusula sexta; agravado, cuando con ello no se ha hecho más que validar un actuar insuficiente por parte del funcionario público, que según el artículo uno de la Ley de Notarías Estatales vigente en Cuba, está facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene; siempre de conformidad con lo establecido en la Ley; por otra parte, ha de señalarse que la doctrina en materia procesal reconoce como efecto positivo en las sentencias firmes, el de hacer valer en nuevos procesos las situaciones que en las mismas quedaron establecidas; siendo así, se advierte que en quebranto de lo anterior, por el Tribunal al resolver no se valoró que previo al proceso de Operaciones Divisorias, se suscitó entre los propios contendientes proceso ordinario sobre Nulidad de Acto Jurídico radicado al treinta y seis de dos mil nueve promovido por el propio actor de este proceso, donde el mismo interesó la nulidad del acto jurídico por el cual los demandados como herederos de la fallecida Evangelista Rodríguez León, se habían adjudicado ante notario la herencia de la misma respecto a la participación de esta en la copropiedad de la vivienda; proceso que logró éxito por sentencia treinta y dos de diecinueve de noviembre de dos mil nueve, en la que entre otras consideraciones se estimó que los hijos del propietario original nombrados Arístides Rafael y Salvador Lizardo heredaban a partes iguales; por tanto, sus respectivos herederos heredarían solo la participación que a cada uno hubiere correspondido, disponiéndose la nulidad del acto de adjudicación, precisamente porque para su realización se tuvo como participación de la causante una mayor que la que le correspondía con lo que se afectaba el derecho del otro cotitular; en este caso el actor, sentencia ratificada por esta Sala, debiéndose señalar que precisamente por todo lo anterior resulta válido estimar que realmente en la sentencia de referencia precisamente por inadecuada aplicación del Derecho se concreta una verdadera situación de indefensión en el actor; que con el restablecimiento de la legalidad mediante la presente resolución judicial venimos obligados a solventar.

CONSIDERANDO: Que ciertamente como se señala en la demanda quienes concurrieron al mentado acto de adjudicación lo hicieron respectivamente por derecho de representación de sus respectivos causantes, los que unido a cinco más lo eran del titular original de la vivienda; alguno de los cuales cedieron a favor de los comparecientes, mientras que otros emigraron; siendo así, en virtud del artículo cuatrocientos setenta y uno inciso dos del Código Civil el derecho hereditario respecto al mentado causante originario se concreta en dos herederos, el padre del actor y el padre de los demandados, resultando herederos de este último sus hijos junto a

su viuda, ya fallecida; de donde no cabe dudar que de conformidad con lo establecido en el apartado dos del artículo quinientos trece del Código Civil, estos heredaban a partes iguales la porción que le correspondía a su padre, acrecida por las cesiones y el derecho de los emigrados; debiéndose resumir en cuanto a que, por las situaciones narradas tanto al padre de los demandados, como al padre del actor les correspondía una participación ascendente al cincuenta por ciento del valor de la herencia, en este caso de la vivienda por ser el único bien objeto de adjudicación; y por tanto al actor al ser único heredero de su padre debe tener una participación equivalente a la mitad del valor del bien, mientras que la de los demandados y su madre habría de dividirse a partes iguales entre los tres, consecuentemente la participación individual de cada uno en la copropiedad ascendería al treinta y tres, coma treinta y tres por ciento del valor total del bien; así al practicarse las operaciones divisorias de la madre de los mismos se incrementa la participación de ambos por igual, correspondiéndole a cada uno un veinticinco por ciento del valor total de la vivienda; en consecuencia, habrá de admitirse que en el caso se ha realizado una inadecuada aplicación del derecho sucesorio en detrimento del legítimo derecho del actor, razón por la que debe rescindirse la sentencia sometida a este especial y autónomo proceso.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos CON LUGAR la presente demanda de Revisión y en consecuencia se anula la sentencia firme ciento setenta y siete de tres de diciembre de dos mil doce dictada por la Sección Civil del Tribunal Municipal Popular de Trinidad, en el proceso civil radicado al ochenta y cuatro de dos mil doce, sobre Operaciones Divisorias de Caudal Hereditario, y consecuentemente la sentencia nueve de cuatro de febrero de dos mil trece en el expediente de apelación nueve de dos mil trece dictada por la Sala de lo Civil, Administrativo, Laboral y Económico del Tribunal Provincial Popular de Sancti Spiritus Sin costas.

COMUNIQUESE: esta sentencia y la que a continuación se dicta con devolución de las actuaciones elevadas al Tribunal de su impulso, a cuyo efecto librense cuantos despachos y copias certificadas fueren menester, el acuse de recibo únase al expediente de su razón y archívese el mismo previo las anotaciones correspondientes.

ASÍ LO PRONUNCIAMOS MANDAMOS Y FIRMAMOS

Carlos M. Díaz Tenreiro

Isabel Arredondo Suárez

Marta Acosta Ricart

Zenaida Corrales Reyes

Isaura González Correa

Ante mí, Estrella Rodríguez Socorro

Segunda Sentencia

En La Habana, a treinta de diciembre de dos mil trece

Jueces

CARLOS M. DÍAZ TENREIRO
ISABEL ARREDONDO SUÁREZ
MARTA ACOSTA RICART
ZENAIDA CORRALES REYES
ISAURA GONZÁLEZ Correa

Viso: Por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular el proceso civil sobre Operaciones Divisorias de Caudal Hereditario ochenta y cuatro de dos mil doce promovido por Arístides Rafael Sáenz Sánchez representado y dirigido por la letrada Deborah María Chávez Turiño; a los fines del caudal hereditario de la fallecida Evangelista Rodríguez León los que penden de dictarse sentencia por haber sido anulada por la precedente de revisión.

Dando por reproducidos los resultandos de la sentencia objeto de revisión.

SIENDO PONENTE LA JUEZA
MARTA ACOSTA RICART

Dando por reproducido en lo pertinente el considerando de la sentencia de revisión.

CONSIDERANDO: Que por los propios fundamentos de los considerando de la sentencia anterior que se dan por reproducidos, se concluye que debe acogerse la impug-

nación realizada por el actor respecto a la propuesta del contador partidor en tanto le corresponde al mismo una cuota de participación en la copropiedad de la vivienda equivalente a la mitad del valor del bien; mientras que al fallecimiento de la cotitular Evangelista Rodríguez León la participación de la misma en la copropiedad ascendente un dieciséis, punto sesenta y seis por ciento ha de asignarse a partes iguales a sus herederos Luis Alberto y Carmen María Sáenz Rodríguez, quienes consecuentemente y en virtud de tal incremento alcanzan cada uno una participación en la copropiedad de la vivienda equivalente a un veinticinco por ciento de su valor.

FALLAMOS: Declarar *con lugar* la presente demanda en proceso civil establecida por Arístides Rafael Sáenz Sánchez; contra Luis Alberto y Carmen María Sáenz Rodríguez, y en consecuencia se liquida y adjudica a sus herederos la cuota de participación de la fallecida Evangelista Rodríguez León, de la vivienda sita en Piro Guinart doscientos cuarenta y ocho, Trinidad provincia de Sancti Spíritus de la que le corresponde a Arístides Rafael Sáenz Sánchez una participación equivalente al cincuenta por ciento del valor de la misma, mientras que a Luis Alberto y Carmen María Sáenz Rodríguez una cuota de participación del veinticinco por ciento del valor del bien para cada uno. Sin imposición de costas.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos

CARLOS M. DÍAZ TENREIRO
ISABEL ARREDONDO SUÁREZ
MARTA ACOSTA RICART
ZENAIDA CORRALES REYES
ISAURA GONZÁLEZ CORREA
ANTE MÍ, ESTRELLA RODRÍGUEZ SOCORRO

