



Estudios sobre la reforma del sistema penal cubano

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Junio de 2022 • 15

Coordinador
Dr. C. Dayan Gabriel López Rojas

Liber Amicorum en homenaje a
María Caridad Bertot Yero,
con motivo de su nombramiento como
Magistrada Emérita del Tribunal Supremo Popular
de la República de Cuba.


**EDITORIAL
UNIJURIS**



Coordinador: Dr. C. Dayan Gabriel López Rojas
Edición y corrección: Dr. C. Arnel Medina Cuenca
Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez
Emplante digital: Dra. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Dr. C. Dayan Gabriel López Rojas (Cuba), 2022.

© Editorial UNIJURIS, 2022.

Estudios sobre la reforma del sistema penal cubano.

Liber Amicorum en homenaje a María Caridad Bertot Yero, con motivo de su nombramiento como Magistrada Emérita del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba

Serie: Ciencias Penales y Criminológicas No. 15, junio de 2022.

ISBN 978-959-7219-80-4

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Sociedad cubana de Ciencias Penales

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba.

Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562

Web: www.unjc.co.cu

El contenido del libro no refleja necesariamente los puntos de vista de la Editorial.

ÍNDICE

Prólogo / V

RUBÉN REMIGIO FERRO

Palabras del coordinador / VII

DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS

La vertiente extraterritorial de la soberanía en materia penal. Reflexiones iniciales sobre el artículo 5.3 del nuevo Código Penal cubano / 1

HAROLD BERTOT TRIANA

Una mirada a las “intervenciones corporales” luego de la reforma procesal cubana del 2021 / 20

DIANA MEDINA BATISTA

MAYDA GOITE PIERRE

JUAN MENDOZA DÍAZ

La actuación de la víctima coadyuvante en el nuevo proceso penal cubano: ¿un calco de la postura acusatoria estatal? / 47

DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS

Trata de personas. La Comunidad internacional, el consentimiento de la víctima y su regulación en Cuba / 64

ARNEL MEDINA CUENCA

La excepción de cosa juzgada en el delito continuado / 83

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ

Nuevos perfiles del derecho de defensa: cambió la ley; ahora cambiemos la mentalidad / 96

ABEL A. SOLÁ LÓPEZ

La garantía constitucional del debido proceso y las reglas de valoración de la prueba / 107

YAN VERA TOSTE

Prólogo

La recientemente aprobada Ley de los Tribunales de Justicia instituyó la categoría de Magistrado o Juez Emérito (art. 74, c), para reconocer la trayectoria de aquellos profesionales que han dedicado su vida a la impartición de justicia, con una meritoria trayectoria y relevantes méritos, que una vez llegada su edad de jubilación, puedan seguir vinculados a la actividad judicial, que les permite aportar su experiencia en labores investigativas y de asesoría, que redunden en el logro de mayores niveles de calidad en la función de impartir justicia.

Esta decisión normativa combina dos importantes cometidos, por una parte, es el merecido reconocimiento a las personas que han dedicado una parte importante de su vida a impartir justicia y al mismo tiempo aprovechar la valiosa experiencia que acumulan, para que contribuya al proceso formativo de los jóvenes que se incorporan al servicio judicial.

A unos meses de la entrada en vigencia la Ley de los Tribunales, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, con atinado acierto, realiza una de sus primeras condecoraciones, que recae en la Magistrada María Caridad Bertot Yero, paradigma de la judicatura cubana.

El sistema de tribunales en Cuba es la casa tutelar de toda la vida profesional de la Magistrada Bertot Yero, pues desde su graduación de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en 1982 se vinculó al Tribunal Municipal del Cerro. En 1987 comenzó a desempeñarse como Juez profesional del Tribunal provincial popular de Ciudad de la Habana y en 1990 promovida a Presidenta de Sala del propio Tribunal hasta 1999. Por necesidades del servicio fue designada como Presidenta de la Sala Penal del Tribunal de la antigua provincia de La Habana, hasta el año 2003, que continúa como Juez profesional del mismo Tribunal.

En 2006 es promovida a Juez del Tribunal Supremo Popular, actual Magistrada, conforme a la nueva nomenclatura que introduce la Ley de los Tribunales de Justicia, condición que ostenta en la actualidad, con un brillante desempeño.

La Magistrada Bertot Yero es un ejemplo en el cumplimiento de los perfiles que define el art. 62, como consustanciales de la actuación de un juez, que comprenden no solo una sólida formación jurídica, sino un tributo a la independencia y la imparcialidad, una actuación en correspondencia con el momento histórico concreto y la realidad social donde desempeña su actividad, unido a un demostrado humanismo, integridad, transparencia, responsabilidad y compromiso con la ética judicial.

Su magistral desempeño le ha granjeado el respeto y consideración, no solo de los integrantes del sistema de tribunales, sino también de los juristas que se desempeñan en la Fiscalía y la Abogacía.

Su proyección investigativa le permitió obtener el título académico de Especialista en Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, participar como profesora de pregrado y postgrado, así como publicar numerosos artículos en revistas especializadas. Ha participado en diversos congresos nacionales e internacionales y desde hace varios años forma parte de la directiva de la Sociedad Cubana de Derecho Penal y de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal.

Un grupo de juristas cubanos tomaron la decisión de congratular a la Magistrada Bertot Yero en ocasión de su reconocimiento como Magistrada Emérita, con los trabajos que conforman esta publicación, que compartimos con la comunidad jurídica de nuestro país.

RUBÉN REMIGIO FERRO

Presidente

Tribunal Supremo Popular



MARIA CARIDAD BERTOT YERO (1958)

Palabras del coordinador

Los libros homenaje son obras singulares: en ellos lo verdaderamente importante no es tanto la valía de las contribuciones que lo integran, sino el reconocimiento común de los partícipes al homenajeado. Este libro homenaje es, además, un *liber amicorum* y, por tanto, una expresión de cariño con la que un puñado de amigos hemos querido agasajar a Marilyn Bertot con motivo de un trascendental evento en su carrera judicial: su nombramiento como Magistrada Emérita del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Por más que sea lo usual en este tipo de presentaciones laudatorias, no parece necesario remarcar las sobradas aptitudes y cualidades de Marilyn para desempeñar las funciones inherentes a esa condición. Primero, porque su notoriedad releva de ello; y, en segundo lugar, porque han sido verificadas y confirmadas por el Consejo de Gobierno del máximo órgano de justicia de la nación, de modo que gozan de la cómoda situación jurídica que produce la *res iudicata*. Permítaseme, sin embargo, dejar constancia de lo que es una percepción compartida por muchísimos

juristas (y no solo penalistas): “la doctora Bertot es un auténtico modelo de juez”. Este sentir común concentra y sintetiza todos los calificativos que ahora se omiten.

El profesor Juan MENDOZA DÍAZ, presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal, suele remarcar habitualmente, con toda justicia, los esfuerzos del Tribunal Supremo Popular (tanto de su Consejo de Gobierno como de sus jueces) por asumir interpretaciones evolutivas orientadas a acompasar nuestras viejas leyes con las exigencias de los nuevos tiempos. A esa labor dinamizadora del Derecho patrio, Marilyn Bertot ha contribuido de un modo relevante, como lo ponen de relieve sus sentencias, verdaderas piezas de buena doctrina que en no pocas ocasiones son enarboladas, como criterios de autoridad, por abogados y fiscales de todo el país. Esa es la intangible recompensa que la comunidad jurídica le ofrece por su *forma de ser y estar* en la judicatura, donde cultiva día tras día su vocación por la justicia *sine ira et cum studio*, con el mismo esmero con el que cuida de las orquídeas y *platyceriums* en su jardín de Fontanar.

Debo dar las gracias a todos los buenos amigos que han accedido, de inmediato y sin titubeos, a darle forma a esta idea, pese a la urgencia con la que ha habido que organizarlo todo. Mención especial merecen los profesores Arnel Medina Cuenca y Mayda Goite Pierre, cuyo apoyo ha resultado absolutamente imprescindible para que el libro pudiera ver la luz. También merece un agradecimiento especial el presidente del Tribunal Supremo Popular, Rubén Remigio Ferro, por animar la iniciativa y sumarse a ella con tan elocuente prólogo.

DR. C. DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS
Coordinador

La vertiente extraterritorial de la soberanía en materia penal: reflexiones iniciales sobre el artículo 5.3 del nuevo Código Penal cubano

HAROLD BERTOT TRIANA*

Sumario

1. Una introducción laudatoria
2. Los límites a la extensión extraterritorial de la soberanía en el Derecho Internacional para la ley penal de un Estado
3. La necesidad de límites a la ampliación espacial de la ley penal con base en principios generales de Derecho penal
4. Conclusiones

1. Una introducción laudatoria

La vigencia de nuevo Código Penal en Cuba (en lo adelante “CP”), es un hecho notorio en la historia legislativa reciente, pero también invita a una profunda reflexión sobre lo hecho y sobre lo no hecho en esta codificación. La redacción del capítulo II, “eficacia de la ley penal en el espacio”, contiene aciertos, pero vale meditar sobre las consecuencias de reproducir, casi en su totalidad, el artículo 5.3 del CP anterior, que aparece en el mismo artículo en el nuevo CP. Con notables impactos en la vertiente extraterritorial de la soberanía de su ley penal, el legislador del nuevo texto normativo parece no atendió las críticas suscitadas en la doctrina cubana –incluido el texto docente que sirve de bibliografía básica en las Facultades de Derecho del país- sobre esta disposición normativa para una correcta interpretación.

* Ha sido profesor de Derecho Internacional Público y de Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. hbertottriana@gmail.com

En las próximas líneas se abundará sobre las características de la norma penal en cuestión (artículo 5.3), y sus consecuencias para evaluar correctamente el ámbito competencial de los tribunales cubanos. Son reflexiones que no tienen más objetivo que incardinar un debate necesario sobre una materia que recibió escasa atención en el pasado. Ello se hace necesario ante la traducción normativa de determinados principios informadores colindantes con el derecho penal y el derecho internacional, que releva una amplitud y un desbordamiento del *ius puniendi* del Estado en la aplicación espacial de ley penal.

Este es un artículo –de lo que pueda ser rescatable– en honor a una persona muy querida para mí: unida más que por la “pureza de la sangre” –que sin duda existe–, es un vínculo labrado por las “ternuras de nuestros corazones”, parafraseando al gran civilista cubano José Guerra López. Por el Derecho llegó nuestra cercanía, y por el Derecho se estrecha cada día más. María Caridad Bertot Yero (Mary) es una jurista de inspiración, del buen hacer en la judicatura, de la combinación no siempre lograda del “ser” y del “parecer”.

Es muy difícil ganarse la admiración en un gremio tan exigente como el concerniente al Derecho. Pero Mary lo ha logrado. Cuando ejercía de abogado en los tribunales cubanos, era común una sonrisa de admiración de abogados, fiscales y jueces, cuando confirmaban la vinculación de mi apellido con el de ella. Puedo decir, sin una pizca de duda, que esta era la reacción de todos. Sólo basta acercarse a las innumerables sentencias en la que ha sido ponente para calibrar su solvencia en una de las materias más complejas y duras dentro del entramado jurídico de cualquier Estado.

Pero en Mary sobra también el sentido común, que ya sabemos que es el “menos común de los sentidos”. Y en Derecho, y en Derecho Penal sobre todo, es una de las “fuentes de justicia” más importante (no se lea literal) en el quehacer de los operadores jurídicos. Pero también es solvente porque es sabia: una sabiduría que no sólo sabe de clásicos cubanos y extranjeros en su materia, sino que conoce también donde auxiliarse, donde encontrar sus más íntimos *amicus curiae*. Ha sido Mary, seguro muchos estarán de acuerdo, una magistrada cubana que trascenderá como de una de sus más destacadas y egregias, como una jurista de excelencia.

2. Los límites a la extensión extraterritorial de la soberanía en el Derecho Internacional para la ley penal de un Estado

La aplicación del *ius puniendi* en un Estado por hechos ocurridos fuera de su territorio, no es terreno dócil en la normativa y en la doctrina del derecho penal y del derecho internacional. Un internacionalista italiano del siglo XIX, Pasquale Fiore, en una monumental obra publicada en español en 1880 titulada *Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición*, si bien advertía que “la mayor parte de los autores admiten que no se puede en principio rebajar de una manera absoluta el imperio de la ley penal a los límites territoriales del Estado”, destacaba no obstante las diferencias a nivel de “principios consagrados por las leyes positivas” y la dificultad para un “acuerdo entre los autores”¹.

En el devenir del derecho internacional durante todo el siglo XX, y en lo que va del XXI, existe convicción de que principios estructurales o básicos del ordenamiento jurídico internacional (*inter alia*, la igualdad soberana de los Estado y la no intervención), sirven de contención a la aplicación extraterritorial del derecho en el territorio de otro Estado sin su consentimiento². La invocación de estos principios sirve para justificar perfectamente los límites de la aplicación de la ley penal de un Estado en el territorio de otro Estado, pero queda desbordado para clarificar los límites exactos de un Estado que aplica la ley penal en su propio territorio sobre hechos extraterritoriales.

En esta discusión, la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) en el *asunto Lotus* –en la que participó como juez el cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén– tiene interpretaciones diversas. Por un lado, se recuerda para destacar la relevancia otorgada al *principio de no intervención* como límite en la aplicación extraterritorial del *ius puniendi*, cuando aludió a que “la primera y principal restricción que impone el derecho internacional a un Estado es que, salvo que exista

¹ FIORE, Pasquale, *Tratado de Derecho Penal Internacional y de la Extradición*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, p.2.

² Artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas; Resolución 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970, *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *fond, arrêt*. C.I.J. Recueil 1986, p. 14, párr. 2020 y ss.

una regla permisiva en contrario, no puede ejercer su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado.”³

Por otra parte, es referencia para avalar la amplitud o los contornos en la regulación extraterritorial de un Estado, cuando aludió también a la inexistencia de “una prohibición general en el sentido de que los Estados no puedan extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales a personas, bienes y actos fuera de su territorio”; al “amplio margen de discrecionalidad” de los Estados “sólo limitada en determinados casos por normas prohibitivas”; y a la libertad de los Estados de “adoptar los principios que considere mejores y más adecuados”⁴.

Fue esta una decisión que encontró una fuerte oposición de varios jueces en el seno del Tribunal, quienes se manifestaron en sus opiniones disidentes. Por sólo ilustrar el nivel de discusión sobre este particular, puede consultarse la opinión disidente del juez Loder: en su razonamiento, la ley penal no podía “extenderse a los delitos de un extranjero cometidos en el extranjero, sin infringir la soberanía de este Estado extranjero, ya que en este Estado no tiene jurisdicción”, así como “tampoco puede hacerlo en su domicilio si este extranjero se encuentra después del delito en su territorio, porque el hecho delictivo no se cometió en el radio de su jurisdicción y la presencia posterior del culpable no puede extender la jurisdicción estatal.”⁵

El énfasis entre quienes reconocen esta amplitud en la sentencia, no impide admitir que no fue seguida en otros asuntos, algunos considerados *leading cases* en determinadas materias⁶. En el ámbito doctrinal, algunos autores, como Jules Basdevant fueron del criterio que considerar que “la jurisdicción del Estado se delimita por sí mismo, en virtud de su soberanía, sujeto únicamente al respeto de las normas establecidas por el derecho internacional, si las hubiere”, era “una noción autoritaria del Estado”, consecuencia histórica de la “tradición de las monarquías

³ *The Case of the S.S. “Lotus”,* PCIJ Series A. No 10, p.18 (traducción del autor); AMBOS, Kai, “Los fundamentos del ius puniendi nacional, en particular su aplicación extraterritorial”, en *Persona y Derecho*, No.51, 2004, p.226.

⁴ *The Case of the S.S. “Lotus”,* PCIJ Series A. No 10, p.19 (traducción del autor).

⁵ Opinión Disidente de M. Loder, p.35, en *The Case of the S.S. “Lotus”,* PCIJ Series A. No 10, p.19 (traducción del autor).

⁶ Tal fue el *asunto Nottebohm*, que relacionó, en términos limitativos, la facultad soberana de un Estado de conceder nacionalidad a una persona, con el derecho de ejercer la protección diplomática de esa persona: “Conferida por un Estado (la nacionalidad), sólo faculta a ese Estado para ejercer la protección frente a otro Estado, si constituye una traducción a términos jurídicos del vínculo del individuo con el Estado que lo ha hecho nacional.” *Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955, I.C. J. Reports 1955, p. 4, p.23.* (traducción del autor).

absolutas” y vinculado “en el orden del pensamiento, con la filosofía de Hegel y con la idea, tomada literalmente, de que el Estado tiene «la competencia de su competencia»”⁷.

Por otra parte, existen lecturas de esta sentencia, entrado ya el siglo XX, que ponderan como “correcto” que se refiera en una de sus consideraciones a una realidad que tiene total vigencia sobre la extraterritorialidad de la soberanía de un Estado: “todo lo que se puede exigir de un Estado es que no traspase los límites que el derecho internacional impone a su jurisdicción; dentro de estos límites, su derecho a ejercer la jurisdicción se basa en su soberanía”.⁸ Y es verdad que se puede considerar, con independencia de las posiciones que sobre esta materia pueda extraerse de varias consideraciones presentes en esa seminal sentencia para el derecho internacional, que son razonamientos desfasados por los tiempos actuales ante otras nociones (como la jurisdicción universal) que justifican la ampliación del *ius puniendi* del Estado mucho más allá de lo que en aquel momento podía tolerarse.

El derecho internacional vigente acepta y reconoce que la jurisdicción o competencia para legislar, ejecutar o juzgar de un Estado no se restringe al territorio de un Estado. Es posible en el territorio de Estado, prever la aplicación del derecho a actos realizados en el territorio de otro Estado, o sobre personas que no son sus nacionales. El *principio territorial* en materia de jurisdicción o competencia de un Estado, hace tiempo cedió en derecho internacional ante otros principios que posibilitan extender la jurisdicción o la competencia sobre actos que ocurren fuera del territorio de un Estado, ya sea por nacionales o no de ese Estado. Las exigencias, no obstante, para evitar una *extralimitación* o ejercicio *exorbitante* de la soberanía respecto a la soberanía de otro Estado, se fundan en encontrar *conexiones* con el territorio de un Estado, o incluso, con *intereses razonables de un Estado*⁹.

Estas premisas han sido la base para la formulación de principios en derecho internacional reguladores de la aplicación extraterritorial del derecho: principio de *personalidad activa* (la nacionalidad o la residencia habitual como punto de conexión para habilitar la competencia sobre actos cometidos fuera del territorial); *personalidad pasiva* (competencia sobre actos o personas no nacionales pero dirigidos contra nacionales o

⁷ BASDEVANT, Jules, “Règles générales du droit de la paix”, *RCADI*, tomo 58, 1936, p.595.

⁸ CRAWFORD, James, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9^{na} edición, Oxford University Press, 2019, p.441.

⁹ Cfr., CRAWFORD, James, *ob.cit.*, pp.440-441.

residentes habituales de ese Estado; *principio de protección* (competencia sobre actos o personas que atenten contra intereses vitales o fundamentales o símbolos); *principio de jurisdicción universal* (en la protección de intereses o bienes de la comunidad internacional, como la paz o la seguridad internacionales); y *doctrina de los efectos*.¹⁰

3. La necesidad de límites a la ampliación espacial de la ley penal con base en principios generales de Derecho penal

Dentro de la regulación prevista en el Capítulo II, sobre “Eficacia de la ley penal en el espacio” del vigente Código Penal cubano, es conveniente centrar el análisis en el artículo 5.3. Los artículos que fundan su regulación en los principios de *territorialidad*, *personalidad activa* y *personalidad pasiva* (artículos 4.1-7 y 5.1 y 5.2) ameritarían otro análisis. El mencionado artículo 5.3, además de expresar la intención de cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de tratados internacionales (*pacta sur servanda*), se relaciona con tres de los principios más debatidos y discutidos en el derecho penal en la determinación del ámbito espacial de la ley penal: el *principio de protección*, el *principio de jurisdicción universal* y el principio *aut dedere aut judicare*.

“La ley penal cubana es aplicable a los extranjeros y personas sin ciudadanía no residentes en Cuba que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba y no son extraditados, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetran los actos como en cualquier otro Estado y siempre que el hecho sea punible también en el lugar de su comisión; este último requisito no es exigible si el acto constituye un delito contra los intereses fundamentales, políticos o económicos de la República de Cuba, o contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva, o es perseguible en virtud de tratados internacionales en vigor para la República de Cuba. En estos casos solo se procede a instancia del ministro de Justicia.”

El *principio de jurisdicción universal* informó en los ordenamientos jurídicos nacionales la aplicación de reglas competenciales en los tribunales

¹⁰ Existe una amplia bibliografía en derecho penal y derecho internacional que reconoce estos principios. Ver a modo de ejemplo: RYNGAERT, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, 2^{da} edición, Oxford University Press, 2008, pp.42 y ss.; SHAW, Malcom, *International Law*, 8^{ta} edición, Cambridge University Press, 2017, pp.488 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1998, p.256; MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp.69 y ss.

para juzgar –en toda la extensión del término–, conductas atentatorias contra *bienes esenciales de la comunidad internacional*, aun cuando fueran actos cometidos en el territorio de otro Estado y por personas no nacionales o sin residencia en ese Estado. Es un principio traducido normativamente en las últimas décadas para evitar la impunidad de crímenes como *genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, crímenes de agresión, etc.*¹¹

En el desarrollo de este principio, no obstante, su aplicación se justifica por algunos no sólo para “delitos que se consideran universalmente atroces y repugnantes” sino también para “delitos cometidos en lugares que están más allá de la autoridad exclusiva de cualquier Estado”, como hace recordar la persecución por los Estados en el siglo XIX de la piratería *iure gentium*¹². No han faltado tampoco discusiones por identificar los crímenes internacionales que serían aplicables por este principio, movidas entre una denominada “*escuela conservadora*” (que aboga por una extensión del principio únicamente a *crímenes basados en tratados*), y una escuela basada en los “Principios de Princeton de Jurisdicción Universal”, que “defiende la opinión de que se ha conferido jurisdicción universal a la mayoría de los crímenes internacionales en virtud de la rápida evolución de la práctica de los Estados desde principios de la década de 1990”¹³.

La práctica de los Estados en la regulación *sustantiva y procedimental* de este principio muestra varias fórmulas. Es un principio con numerosas críticas en su aplicación, que el propio gobierno de Cuba ha puesto en tela de juicio en más de una ocasión¹⁴. Esto ha dado lugar a un proceso legislativo y hermenéutico por los tribunales para rebajar una concepción más amplia en su aplicación, entre cuyas características estaba la

¹¹ Cfr. WERLE, Gerhard; JEßBERGER, Florian, *Principles of International Criminal Law*, 4ª edición, Oxford University Press, 2020, párr. 261, p.97; CRYER, Robert; FRIMAN, Håkan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, pp.37 y ss.

¹² BANTEKAS, Ilias, “Criminal Jurisdiction of States under International Law”, *Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL]*. Disponible en: <http://opil.ouplaw.com>, consultada el 25/11/2022, a las 14:00.

¹³ Ibid.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo: Intervención de la delegación de Cuba en el tema 85 “Alcance y aplicación del principio de jurisdicción universal”. Disponible en: https://www.un.org/en/ga/sixth/71/pdfs/statements/universal_jurisdiction/cuba.pdf, consultada el 24/11/2022, a las 23:00.

posibilidad de iniciar procesos a una persona que no se encontraba en el territorio del Estado (juzgamiento *in absentia*).¹⁵

La *aplicación de la ley penal* prevista en el artículo 5.3 es análoga en alguna de sus partes a la fórmula de jurisdicción universal aplicada por varios ordenamientos jurídicos nacionales. La no exigencia del requisito de *doble incriminación* para cuando los delitos sean “contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva”, o sean “perseguido en virtud de tratados internacionales en vigor para la República de Cuba”, -aun cuando se exija la *presencia de la persona* en Cuba y su *no extradición*- es en verdad la fórmula que mejor se acerca a una *concepción restringida de la jurisdicción universal*.

El supuesto referido a cualquier delito cometido en el extranjero (“que cometan un delito en el extranjero”), condicionado no sólo a la *presencia de la persona* en Cuba y su *no extradición*, sino también al criterio de *doble incriminación*, es una variante extensiva de la jurisdicción del Estado, que desbordan los contornos iniciales de jurisdicción universal para la represión de crímenes de *interés universal*. El tenor literal de este precepto abre la posibilidad del juzgamiento en Cuba de delitos de cualquier entidad: *delitos comunes, delitos transnacionales, crímenes internacionales*, etc.¹⁶

Sin embargo, algunos de los requisitos exigidos para este supuesto (*presencia de la persona, no extradición y doble incriminación*), inclinan a pensar que responde más bien al “principio de justicia criminal supletoria”. Es un principio que aplica para evitar la impunidad en casos de evasión de la justicia de otro Estado de un presunto responsable de cometer un delito, y que no puede ser extraditado por alguna imposibilidad “jurí-

¹⁵ “Hay una tendencia a limitar la jurisdicción universal a los casos en que el perpetrador está bajo la custodia del Estado anfitrión, o cuando el Estado territorial o el Estado de nacionalidad del perpetrador no quiere o no puede actuar.” STAHN, Carsten, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, p.187.

¹⁶ Por esta vía, por ejemplo, el *crimen de agresión*—crimen de interés de la comunidad internacional—, que no encontraría acomodo en el resto de los supuestos de este artículo (delitos contra la humanidad, la dignidad humana o la salud pública, o en tratados en vigor para Cuba), previsto y sancionado en el artículo 127 del CP, sí pudiera ser juzgado en Cuba, cuando también esté regulado en las normativas penales del Estado donde se cometió el acto. Existe diversas clasificaciones de delitos. Claus Krefß asume delimitar el derecho penal internacional en varios ámbitos como concierne: a la “jurisdicción penal prescriptiva de los Estados”; a la “cooperación internacional en materia penal”; al “derecho penal transnacional”; al “derecho penal supranacional y derecho penal internacional en sentido estricto”. *Vid.*, por ejemplo: KREß, Claus, “International Criminal Law”, *Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL]*, Disponible en: <http://opil.ouplaw.com>, consultado el 25/11/2022, a las 13:00.

dica o fáctica”¹⁷. En este tipo de casos se ha llegado a hablar—aunque de modo incorrecto desde mi punto de vista— del *ejercicio* del “*ius puniendi* por representación” de otro Estado, o de un “*ius puniendi* derivado”.¹⁸ La exigencia de “doble incriminación” en este supuesto del artículo 5.3, en mi consideración, es un claro indicador que apunta a interpretar su aplicación conforme al mencionado principio.

Por su parte, el supuesto que contempla delitos “contra los intereses fundamentales, políticos o económicos de la República de Cuba” parece responder, en mejor técnica, al *principio de protección*, pero *universalizado en su jurisdicción*. Es una regulación que “amplía el *ius puniendi* nacional también a hechos que lesionan o amenazan bienes jurídicos internos, con independencia de dónde y a través de quién se produzca”¹⁹. En opinión de Renén Quirós, los delitos competencia de los tribunales cubanos lo eran, conforme al CP anterior, lo comprendidos en el título I del Libro II del Código Penal (delitos contra la seguridad del Estado), que coinciden con el actual CP²⁰. Este parece ser el criterio más razonable, si cabe plantearlo así, dentro de la amplitud conceptual y normativa del precepto (“intereses fundamentales, políticos o económicos de la República de Cuba”), cuyo tenor literal pudiera brindar competencia a los tribunales sobre delitos mucho más allá de los establecidos en el título I, del Libro II.

El resto de los supuestos, como ya se adelantó, son asimilables a las conocidas reglas jurisdiccionales en materia de *justicia universal*, aunque ya se precisará para el caso de la cláusula abierta referida a los tratados. La dimensión espacial prevista, no obstante, como las anteriores, contiene varios problemas para su interpretación y correcta aplicación. Entre los requisitos reconocidos en la doctrina para disposiciones jurídicas concerniente a la jurisdicción universal, y replicados en las legislaciones de algunos Estados, se encuentra el cumplimiento del requisito de *taxatividad* en la prescripción de los delitos.²¹

La regulación establecida por este precepto normativo es problemática en alto grado. Renén Quirós se refirió a la fórmula empleada por el legislador en el CP derogado, que se reproduce en el actual artículo 5.3, de “defectuoso” en la “enumeración de excepciones al requisito de la

¹⁷ AMBOS, Kai, “Los fundamentos del *ius puniendi* nacional, en particular su aplicación extraterritorial”, *ob.cit.*, p.249.

¹⁸ *Ibid.*, p.250.

¹⁹ *Ibid.*, p.240.

²⁰ QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, tomo I, Editorial Félix Varela, 1999, p.45.

²¹ *Vid.*, PHILIPPE, Xavier, “Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión”, *International Review of the Red Cross*, No. 862, 2006, p.6.

doble incriminación del hecho”. En su criterio: “los casos enunciados se yuxtaponen y adolecen de imprecisión. Ninguna de las categorías aludidas aparece con las denominaciones consignadas en el precepto. Este aspecto pudiera traer aparejado cierto grado de confusión.”²²

Esta realidad, no enmendada por el actual legislador, motiva a exponer la pertinencia de una interpretación rectora de este precepto *de conformidad con la finalidad perseguida con los principios que la inspiran en el derecho internacional penal*, y que son amparados en los *principios y garantías constitucionales* establecidas en la Constitución de 2019. Una interpretación según el *sentido corriente de los términos*, conduciría a una extensión exorbitante de las competencias de los tribunales nacionales cubanos en la aplicación extraterritorial de la ley penal.

Por esta razón, una *interpretación restrictiva* del precepto evitaría ampliar la cobertura competencial con implicaciones negativas en la observancia del principio de *legalidad penal* y de los *principios constitucionales sobre debido proceso*. Una *interpretación teleológica*, conforme al principio de *jurisdicción universal*, coincidiría en una aplicación restrictiva de los delitos que pueden ser juzgados en los tribunales cubanos por vía del artículo 5.3 para esos supuestos. El principio de jurisdicción universal se concibió en sus inicios para conductas penales atentatorias *contra bienes jurídicos de interés de la comunidad internacional*, es decir, “crímenes internacionales”. Este fue el sentido, en general, de las normas incorporadas en los ordenamientos jurídicos nacionales para juzgar “hechos extraterritoriales” sin conexión alguna con el Estado.

Sin embargo, es cierto que esta concepción inicial de jurisdicción universal no fue mantenida en los años sucesivos. Un conjunto de factores incidieron en extender la jurisdicción universal a otras conductas más allá del núcleo duro del derecho internacional penal: 1) existencia de delitos que no engrosan el *corpus* de “crímenes internacionales” y que, sin embargo, son de preocupación para la comunidad internacional, con importantes resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad para su persecución y castigo (como el terrorismo internacional, por ejemplo)²³; 2) la mayoría de los “delitos transnacionales” son hoy de un interés inter-

²² QUIRÓS PÍREZ, Renén, ob.cit., p.45.

²³ En defensa de una definición de terrorismo como crimen internacional en el derecho internacional consuetudinario, ver el trabajo de uno de los jueces del Tribunal Especial del Líbano en la *Decisión interlocutoria sobre la ley aplicable: terrorismo, conspiración, homicidio, perpetración, acusación acumulativa* de 16 de febrero de 2011, la cual abogó por el terrorismo como crimen internacional de derecho internacional: CASSESE, Antonio, “The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, No. 5, 2006, pp. 933–958. Por su parte, una visión crítica de esto: AMBOS, Kai, “Creatividad

nacional para su represión por los Estados, cuyas convenciones incluyen reglas que avalan la extraterritorial de la ley penal en forma de no *excluire*, “sin perjuicio de las normas del derecho internacional general”, lo que constituye “el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno”²⁴; o incluso conductas que no forman parte de delitos considerado contra humanidad, porque sólo no se realizan en marco de un “ataque generalizado”, pero que importan a los Estados, como el delito de “tortura”, cuya prohibición se reconoce con carácter de *ius cogens* en la jurisprudencia y en la doctrina de derecho internacional²⁵; y 3) una ampliación en varios ordenamientos jurídicos nacionales, en los que taxativamente se incluyen delitos que no se definen únicamente “crímenes internacionales” conforme al derecho internacional.

Sin embargo, la ausencia de un catálogo específico de delitos en el CP, en abierta contradicción en algunos casos si su aplicación sigue una *interpretación literal* del texto, motiva defender una *interpretación restrictiva* del texto. Este criterio es coincidente con el principio *in dubio pro reo* ante la aplicación de preceptos jurídico-penales confusos y ambiguos, de escasa concreción para brindar certeza y previsión. Es un déficit en la regulación normativa, no enmendado en el nuevo CP, que crea un grave problema de interpretación sobre los delitos competencia de los tribunales cubanos por vía del artículo 5.3 para los supuestos definidos, *strictu sensu*, en los marcos de la jurisdicción universal.

En todo caso, las interrogantes sobre los supuestos previstos en este artículo pueden resumirse así: ¿Cuáles delitos están comprendidos entre los que atentan contra *la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva* conforme al CP? ¿Si el juzgamiento de esos actos cometidos en el extranjero deben ser punibles en el CP²⁶, cuáles serán esos delitos comprendidos como delitos de “lesa humanidad” o de “salud colectiva”? ¿Será de la competencia de los tribunales cubanos todos los delitos comprendidos en tratados internacionales, sea estos reconocidos como *crímenes internacionales, delitos transnacionales* o de cualquier otro tipo?

judicial en el Tribunal Especial para El Líbano: ¿Es el terrorismo un crimen internacional?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, No. 7, 2012, pp. 143-173.

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, artículo 15.6 de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*.

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando, “The Prohibition of Torture in Public International Law”, *RCADI*, tomo 391, 2018, pp. 162-163.

²⁶ “El delito cometido en el extranjero debe ser punible conforme a la ley penal cubana (por eso el precepto comienza diciendo “la ley penal cubana”)”. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *ob.cit.*, p.45

En el CP no se regula expresamente, y de forma autónoma, “delitos de lesa humanidad”, y no es asimilable al delito de genocidio previsto en el artículo 134²⁷, como en algún momento se sugirió para el caso cubano²⁸ y no se reconducen únicamente a delitos “que atacan o ponen en peligro la paz internacional”²⁹. Existen referencias a los “delitos de lesa humanidad” en el artículo 95.6, con relación a la *imprescriptibilidad de la acción penal*, y en el 97.1 sobre *imprescriptibilidad de la sanción*. En ausencia de una tipificación autónoma de los delitos de lesa humanidad en el CP, y sin la existencia de un tratado universal específico sobre la materia en la que Cuba sea parte, es necesario *identificar esta categoría de delitos reconocidos en el derecho internacional consuetudinario*. Esta operación sería el primer paso antes de valorar las conductas constitutivas de delitos contra la humanidad, según el derecho internacional, que puedan ser punibles entre los delitos reconocidos en el CP, por vía del artículo 5.3.

El conjunto de delitos catalogados de *crímenes contra la humanidad* se reconoce como parte del derecho internacional consuetudinario, y su prohibición se incluyen en el grueso de las normas de *jus cogens* del derecho internacional general. Esta realidad es fruto de una práctica estatal extendida, incorporación en estatutos de tribunales penales internacional, y esfuerzos de codificación en el seno de organizaciones internacional de alcance universal, cuyo último ejemplo lo constituye el *Proyecto de artículos sobre Prevención y Sanción de los Crímenes de Lesa Humanidad* de 2019 de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), del que Cuba, como otros Estados, consideraron que debía servir de base para “una futura convención sobre los crímenes de lesa humanidad”³⁰.

En este último se reconocen como *crímenes contra la humanidad*, cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido

²⁷ Sobre la evolución normativa del crimen de genocidio, y su diferencia con el crimen de lesa humanidad, puede verse: SCHABAS, William A., *Genocide in International Law, The Crime of Crimes*, 2^{da} edición, Cambridge University Press, 2009, pp.17 y ss.

²⁸ Carlos Alberto Mejías expresó, sobre la base de otros autores: “Ya antes había habido varios intentos que cuajaron finalmente en la Convención Internacional sobre el genocidio de 9 de diciembre de 1948, la que definió esta conducta y desde entonces es considerada como un delito de *lesa humanidad*.” Mejías Rodríguez, Carlos Alberto, “Delitos contra la seguridad del Estado”, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo I, p.46.

²⁹ QUIRÓS PÍREZ, Renén, ob.cit., p.45.

³⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Cuarto informe sobre los crímenes de lesa humanidad Presentado por Sean D. Murphy, Relator Especial, 18 de febrero de 2019”, A/CN.4/725, párr.22. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/046/22/PDF/N1904622.pdf?OpenElement>, consultado el 25/5/2022, a las 14:20.

contra cualquier población civil, con conocimiento del ataque”, a los siguientes actos: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de la población; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; desaparición forzada de personas; el crimen de apartheid; entre otros³¹.

Aunque no se prevea elementos constitutivos para entender un conjunto de delitos como delitos contra la humanidad en el nuevo CP –como lo es su comisión en el marco de *ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil*–, nada impide que puedan ser juzgadas estas conductas por delitos contemplados en el CP, cuyo bien jurídico sea, *inter alia*, la vida o la integridad física de las personas o la dignidad de las personas (como la tortura y la desaparición forzada).

En el supuesto de delitos contra la “salud colectiva”, el principal problema es de tipificación: en el CP se regulan delitos contra la “salud pública” y no contra la “salud colectiva”. Renén Quirós entendió, no obstante, que la ley penal en estos supuestos se aplicaba a los delitos contra la “salud pública”³². Pero la referencia a este tipo de delitos supone una ampliación jurisdiccional hacia delitos que no comportan una *gravedad* suficiente comparable a otros contemplados en el propio CP, y no tiene siquiera implicaciones *transnacionales*.

Esto conduce a pensar que para determinar los delitos contra la “salud colectiva”, competencia de los tribunales internacionales por medio del artículo 5.3, lo más conveniente es una *interpretación teleológica*, conforme a las motivaciones e intereses que inspiran e informan reglas competenciales al amparo del principio de jurisdicción universal. Y si bien no existen *crímenes internacionales* cuyo bien jurídico a proteger lo sea específicamente la “salud colectiva”, existen un conjunto de delitos transnacionales, de enorme preocupación en la comunidad internacional, que pueden avalar una extensión territorial para juzgar este tipo de conductas cuando se cometan en el exterior por personas con las características descritas.

En este sentido, entre los delitos contra la “salud pública” establecidos en el CP que tienen un interés por el conjunto de los Estados de la comunidad internacional, por sus posibles implicaciones transnacionales,

³¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity, with commentaries 2019”, *Yearbook of the International Law Commission, 2019*, vol. II, Part Two. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf, consultado el 25/5/2022, a las 15:30.

³² QUIRÓS PÍREZ, Renén, *ob.cit.*, p.45.

lo constituyen los “delitos relacionados con las drogas ilícitas o sustancias de efectos similares” del artículo 235. Sería aplicable por esta vía en todo cuanto sea compatible en sus elementos constitutivos para su apreciación por vía del artículo 5.3.

Es cierto que una interpretación de este tipo no evita extralimitaciones en una aplicación del principio de jurisdicción universal a delitos que no alcanza el umbral de *crímenes internacionales*, es decir, delitos reconocidos como de “interés universal” y no únicamente de “interés nacional”; pero al menos intenta encontrar una solución lo más cercana posible al espíritu y la finalidad perseguida con la incorporación de este tipo de reglas competenciales en los ordenamientos jurídicos penales. Una interpretación que niegue esta posibilidad de juzgar delitos por vía del artículo 5.3, sobre la base que amplía en exceso el ámbito competencia de los tribunales en virtud del principio de jurisdicción universal, sería cuanto menos una interpretación *contra legem*, que privaría de efectos jurídicos el alcance de una disposición jurídica de obligatorio cumplimiento.

Por otra parte, un posible juzgamiento de crímenes contra la humanidad por delitos tipificados en el CP -que no abarcan todos los componentes de este tipo de conductas reconocidos en el derecho internacional-, conlleva una superposición cuando estas mismas conductas pueden ser juzgadas directamente por *delitos contra la dignidad*. El establecimiento de un título XIII, denominado “delitos contra la dignidad humana”, debe valorarse en relación directa con este supuesto previsto en el artículo 5.3, que confirma la gravedad de determinadas conductas de interés de la comunidad internacional, como lo es el delito de tortura. De este modo, podrían ser juzgados por los tribunales cubanos, *mutatis mutandis*, los siguientes delitos cometidos en el extranjero, por personas extranjeras o personas sin ciudadanía no residentes en Cuba: *trata de personas; proxenetismo y otras formas de explotación sexual; venta, compra y tráfico de personas menores de edad; tráfico de órganos humanos; desaparición forzada; tortura; trabajo forzoso u obligatorio*.

La competencia de los tribunales nacionales por vía del artículo 5.3, con respecto a delitos “perseguido en virtud de tratados internacionales en vigor para la República de Cuba”, crea otra dificultad no menor. La doctrina identifica estas disposiciones presentes en varias normativas en el derecho comparado como “cláusulas abiertas” o “principio de tratado”³³. En el derecho comparado, la tendencia normativa ha sido

³³ Vid., IRARRÁZAVAL ZALDÍVAR, Cristián, “El vínculo de ciudadanía como límite a la aplicación extraterritorial del Derecho penal: una revisión crítica”, *InDret*, No. 1, 2021, p.237.

hacia el establecimiento de disposiciones jurídicas similares en materia de aplicación extraterritorial de la ley penal, con referencia a tratados internacionales que no se limitan a los mencionados crímenes internacionales³⁴. Es una práctica reconocida en la doctrina como tendencia expansiva en el derecho nacional de varios Estados, para el cual se intenta buscar contención en la dogmática penal³⁵.

En el entorno doctrinal cubano, se pueden identificar dos posibles interpretaciones de este precepto: una que no restringe el ámbito de aplicación a delitos contemplados en tratados internacionales³⁶, y por tanto amplía el ámbito competencial tanto a crímenes internacionales, delitos transnacionales y otros contemplados en cualquier tipo de tratados; y una segunda que los limita únicamente a delitos contenidos en tratados que conforman el grueso de “los clásicos crímenes internacionales o *delicta iuris gentium* (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de agresión y crímenes de guerra) y no a la totalidad de manifestaciones delictivas transnacionales”³⁷.

En mi consideración, la extensión competencial del artículo 5.3 a delitos “perseguido en virtud de tratados internacionales en vigor para la República de Cuba”, se conecta con dos realidades: brinda cobertura jurisdiccional para el ejercicio del principio de jurisdicción universal en el territorio cubano, por medio de la persecución de *crímenes internacionales* que estén contenidos en tratados internacionales; y permite el cumplimiento de la “obligación de extraditar o juzgar” (*aut dedere aut*

³⁴ En España, por ejemplo, el artículo 23. 4 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la posibilidad de juzgar, previo cumplimiento de otros requisitos, determinados actos fuera del territorio nacional, que se conectan con prevenidos en tratados internacionales: “Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.”

³⁵ Por ejemplo, en las “teorías del Derecho penal del ciudadano”. *Vid.*, IRARRÁZVAL ZALDÍVAR, Cristián, *ob.cit.*, pp.228-258.

³⁶ “(...) los delitos perseguibles en virtud de tratados internacionales son aquellos delitos, configurados legalmente que, a su vez, aparecen consignados, de modo especial, en convenciones internacionales”. QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Manual de Derecho Penal*, *ob.cit.*, p.45.

³⁷ LÓPEZ ROJAS, Dayán; MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel; BERTOT YERO, María, “Lavado de activos y corrupción pública. Criterios de interpretación del art. 346.3 del Código penal cubano”, en *Política Criminal*, Vol. 14, No. 28, 2019, p.402.

judicare) establecida en una gran parte de tratados internacionales para evitar la impunidad.

En el primer caso, en línea con la interpretación rectora que se defiende en este trabajo, encontraría aplicación la ley penal, *inter alia*, para el crimen de genocidio, previsto y sancionado como delito en el artículo 134 del CP, en virtud de la condición de Cuba de Estado parte en la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* de 1948 que firmó el 28 de diciembre de 1948 y ratificó el 4 de marzo de 1953.

En el caso de la “obligación de extraditar o juzgar” (*aut dedere aut judicare*), se trata de una obligación que persigue finalidades similares a la *jurisdicción internacional*, aunque por vía de obligaciones convencionales, y no faltan algunos que la definen como una obligación “conexa” o “complementaria” de la jurisdicción universal³⁸. Se habla de una obligación en los marcos del “principio de la universalidad de la represión” que se diferencia del “principio de la universalidad de la jurisdicción o de la universalidad de la competencia de órganos judiciales.”³⁹

Conforme a esta obligación, presente en varios tratados, *inter alia*, el Estado debe/puede extender su jurisdicción para hechos ocurridos fuera de su territorio. Es una de las consecuencias de esta obligación para juzgar a personas por hechos extraterritoriales, cuando se encuentren en su territorio y no puedan extraditarse: si no es posible cumplir con la obligación de extraditar, entonces tiene el Estado la obligación de juzgar, aun cuando hayan sido hechos ocurridos fuera de su territorio.

La extensión de la jurisdicción de los tribunales cubanos a un acto delictivo que sea “perseguable en virtud de tratados internacionales en vigor para la República de Cuba” cometidos en el extranjero por extranjeros y personas sin ciudadanía no residentes en Cuba, “si se encuentran

³⁸ *Vid.*, en general: BASSIOUNI, M. Cherif y WISE, Edward M., *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, pp.3 y ss.; COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial”, Documento A/CN.4/571, 2006, pp.285 y ss. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_571.pdf, consultado el 25/5/2022, a las 11:00.

³⁹ “Universalidad de la represión significa en este contexto que, como consecuencia de la aplicación de la obligación de extraditar o juzgar entre los Estados interesados, no hay ningún lugar en que el autor de la infracción pueda eludir su responsabilidad penal y encontrar lo que se ha llamado un «refugio seguro»”. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Informe preliminar sobre la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*), del Sr. Zdzislaw Galicki, Relator Especial”, *ob.cit.*, p.283. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_571.pdf, consultado el 25/5/2022, a las 11:00.

en Cuba y no son extraditados”, es una referencia directa a la obligación *aut dedere aut judicare*, y una solución normativa en el ámbito penal para dar cumplimiento a estas obligaciones internacionales. Es una cláusula abierta que remite a tratados internacionales en vigor para Cuba, y que da cumplimiento a obligaciones de este tipo establecida en varios tratados en los que Cuba es parte.

Sin embargo, esta obligación tiene varias formulaciones en una enorme variedad de tratados internacionales. En el estudio emprendido por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas sobre el tema⁴⁰, se incluyó un estudio sobre las tipologías de esta obligación que es útil para contrastar las modalidades y el alcance de estas obligaciones en tratados en los que Cuba es parte.⁴¹

En el primer caso, se habla del modelo establecido en el *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda* de 1929 (Cuba es parte de este tratado desde 13 de junio de 1933) y replicado en otros tratados: *Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas* (Cuba es parte desde el 9 de agosto de 1967); *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* (Cuba es parte desde el 4 de septiembre de 1952); *Convención única de 1961 sobre Estupefacientes* (Cuba es parte desde el 30 de agosto de 1962); *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas* de 1961 (Cuba es parte desde el 26 de abril de 1962).

Entre las características de este modelo se destaca: “la tipificación del delito de que se trate, que los Estados partes se comprometen a castigar conforme a su derecho interno”; “disposiciones sobre enjuiciamiento y extradición que tienen en cuenta las distintas opiniones de los Estados en cuanto a la extradición de nacionales y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, siendo esta última optativa más que obligatoria”; “primacía de la extradición sobre el enjuiciamiento”; etc. En este sentido, sobre la posibilidad de extender la jurisdicción a hechos extraterritoriales en estos convenios, se consideró además: “Todas las convenciones

⁴⁰ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. Obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)”. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/guide/7_6.shtml, consultado el 25/5/2022, a las 21:00.

⁴¹ No incluiremos en este análisis el modelo basado en “Convenciones regionales de extradición”. Para ello consultar: COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Examen de los instrumentos multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema «La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)» Estudio de la Secretaría”, Documento A/CN.4/630, 18 de junio de 2010, pp.359 y ss. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_630.pdf, consultado el 25/05/2022, a las 16:20.

subordinan las disposiciones pertinentes a las distintas prácticas de los Estados en cuanto a la extradición de nacionales y el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial, de modo que la obligación de juzgar, si no se concede la extradición, no es absoluta.”⁴²

El segundo caso es el modelo seguido por los cuatro *Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra y el Protocolo adicional I* (Cuba ratificó estos convenios el 4 de marzo de 1953 y el Protocolo Adicional I desde el 25 de noviembre de 1982, e incorporó delitos contra el “derecho internacional humanitario” en el CP vigente).

Las características de la mencionada obligación en estos convenios, en virtud de un “artículo común” para juzgar infracciones graves, traduce la obligación *aut dedere aut judicare* para los Estados partes en los marcos de una jurisdicción universal. En el estudio mencionado se expresa claramente que “el principio subyacente de este mecanismo es el establecimiento de la jurisdicción universal sobre las infracciones graves de los Convenios.” Esto implica para los Estados que “la obligación de adoptar medidas contra un presunto infractor no está subordinada a ninguna consideración de los Estados en materia de jurisdicción”, además de considerar que “(l)a obligación de buscar y enjuiciar al presunto infractor parece imponerse con independencia de que exista una solicitud de extradición por otra parte”⁴³.

El tercer modelo es conocido como la “fórmula de la Haya”, con un reconocimiento amplio en una gran variedad de tratados internacionales, y que fue previsto en el *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* de 1970 (Cuba no es parte). Otros tratados en los que se sigue esta fórmula, aunque en ocasiones con matices diferenciadores o bajo una regulación que se aparta del contenido inicial, son: *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos* (Cuba es parte desde el 10 de junio de 1998); *Convención sobre la protección física de los materiales nucleares* de 1980 (Cuba se adhirió el 26 de octubre de 1997); *Convención internacional contra la toma de rehenes* de 1979 (Cuba es parte desde el 15 de noviembre de 2001); *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (Cuba es parte desde el 9 de febrero de 2007; entre tantos otros sobre terrorismo, tortura, mercenarios, corrupción, desapariciones forzadas, etc.⁴⁴

⁴² Ibid., p.353.

⁴³ Ibid., pp.356-357.

⁴⁴ Ibid., p.369

En el artículo 7 del *Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* de 1970 se estableció: “El Estado Contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado.”⁴⁵

Sin embargo, como ya se explicó anteriormente, el resto de tratados que siguieron esta fórmula introdujeron variantes: bases jurisdiccionales sobre conductas delictivas con *vínculos personales o territoriales*, aunque “varía dependiendo de las características del delito de que se trate”; en igual sentido “algunas convenciones indican que los Estados partes «también podrán» establecer su jurisdicción para conocer del delito en otros casos, con lo que se contempla la posibilidad de otros fundamentos voluntarios de la jurisdicción”; a su vez regulaciones diversas el momento de ejercer jurisdicción ante la cuestión de la extradición, ya sea *obligatoria* o *voluntaria*, etc.; aunque se reconoce que “(c)asi todos los instrumentos (...) aclaran además, de forma similar a como lo hace el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, que no excluyen ninguna jurisdicción penal ejercida conforme a la legislación nacional”⁴⁶.

4. Conclusiones

El legislador del nuevo CP no prestó la debida atención a las reglas competenciales del artículo 5.3. Era un buen momento para reformular su articulado en busca coherencia, ajustarlo al resto del articulado del texto normativa, y evitar una ampliación exorbitante y excesiva de su jurisdicción extraterritorial. Al menos era deseable no incurrir en una formulación que era calificada dese hace varios años como *confusa* y de *escasa precisión*. De ahora en lo adelante, lo que resta es brindar una interpretación normativa compatible con los principios y garantías penales del texto constitucional cubano de 2019. Está en manos de los jueces brindar certeza allí donde el texto no la tiene; elevarse de las crudas exigencias de una interpretación literalista cuando la letra es de contornos difusos; y la necesidad de extraer de la norma un sentido que equilibre y pondere los derechos humanos de las personas y el temido *ius puniendi* del Estado.

⁴⁵ Ibid., p.366.

⁴⁶ Ibid., pp.371-372

Una mirada a las “intervenciones corporales” luego de la reforma procesal cubana del 2021

DIANA MEDINA BATISTA*

MAYDA GOITE PIERRE**

JUAN MENDOZA DÍAZ***

Sumario

1. Exordio
2. A modo de presentación
3. De las intervenciones corporales en el proceso penal
4. Naturaleza jurídica de las intervenciones corporales
5. los sujetos de las intervenciones corporales
 - 5.1. El sujeto pasivo en las intervenciones corporales
 - 5.2. El consentimiento del sujeto pasivo en las intervenciones corporales
6. Los modelos de control de la investigación penal y las intervenciones corporales
7. Las intervenciones corporales y la actividad procesal defectuosa
8. Cuba y las intervenciones corporales
9. Los sujetos y requisitos para la ejecución y control de las intervenciones corporales en Cuba

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Especialista en Derecho Penal, profesora titular de Derecho procesal penal de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

** Presidenta de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Presidenta de la Comisión de Grados Científicos y profesora titular de Derecho penal de la Universidad de La Habana.

***Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal y profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana.

1. Exordio

¿Por qué La Bertot?

Sin ánimo de restar importancia a otras áreas del Derecho, no cabe duda que el desempeño jurisdiccional más desafiante y complejo se produce en el campo del enjuiciamiento penal, porque no existe otra rama de las Ciencias Jurídicas en que se produzca un enfrentamiento tan frontal de intereses, sentimientos y valores, como el que ocurre en este escenario, en que el Estado persecutor entabla una encodada batalla, en nombre de toda la sociedad, contra el individuo que vulnera el orden establecido. El delito debe ser investigado y castigado, pero este viaje debe realizarse sin violar los derechos y garantías que la Constitución y las leyes brindan a todos los ciudadanos. Se trata de la eterna batalla que es la historia del proceso penal, descrita por FERRAJOLI como el eterno conflicto entre dos finalidades contrapuestas, pero interrelacionadas: el castigo a los culpables y al mismo tiempo la tutela de los inocentes¹.

Los jueces que se desempeñan en esta rama del Derecho enfrentan una extraordinaria incompreensión, porque cada una de sus decisiones es la imposición de un criterio dirimente entre posturas sumamente encontradas y beligerantes. Las únicas herramientas que posibilitan tranquilidad y sosiego a los jueces penales son la imparcialidad y la independencia. Cuando estos dos componentes esenciales del desempeño judicial están incorporados en el ADN de un juez, sus decisiones podrán ser incomprendidas y recurridas, pero su magisterio es impercedero.

Es ese apego a la imparcialidad y la independencia lo que hacen de La Bertot una jueza que irradia admiración y aprecio entre toda la clase jurídica del país, y como si estás dos preciadas cualidades no bastaran, abrillanta su actividad el profundo conocimiento que tiene del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, que le permite elaborar, con su peculiar e inigualable lenguaje narrativo, una sentencia de instancia provincial, una de casación o un artículo científico. Se dice que los jueces acostumbran a “cultivar el silencio”, como muestra de un desempeño medido en el debate penal de instancia, y La Bertot ha sido fiel a esta aseveración, pero cuando comparece como expositora en eventos, reuniones científicas o debates profesionales, se olvida del referido apotegma y demuestra una elocuencia pedagógica digna de admiración.

¹ FERRAJOLI, Luigi., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 604.

Refiere una frase del gracejo popular que tantas personas no pueden estar equivocadas, para evocar la sabiduría de una opinión comumente compartida sobre un punto o persona en específico. Es lo que ocurre con La Bertot. Magistrados, jueces, fiscales, abogados litigantes y profesores de Derecho, comparten una opinión unánime sobre su excelencia profesional, lo cual es muy importante y significativo para quien se dedica a la magistratura, pero sobre todo ponderan su sentido de lo justo, el equilibrio de sus decisiones y su valentía.

A la pregunta de por qué ¿La Bertot?, la respuesta es muy sencilla: porque ejemplos como el suyo enaltecen a la judicatura cubana y nos ilumina a todos los que ejercemos el Derecho en este país.

2. A modo de presentación

El aumento de la criminalidad constituye hoy, sin lugar a dudas, uno de los problemas que aquejan a los gobiernos. Cómo contribuir a su enfrentamiento se encuentra incluido en sus planes de desarrollo, para asegurar la armónica convivencia social, pues el delito, como fenómeno multicausal, no tiene solo un alto impacto social, sino también representa un reto en sus costos públicos y privados.

La evidente pugna entre la persecución penal y los derechos de los justiciados, constituye una ecuación decisiva para definir la calidad de la justicia que se pretende. En tal sentido, ambos extremos deben ser tenidos en cuenta, y deben cohabitar² armónicamente en el proceso penal. Por ello, existe consenso en que los derechos no deben ser absolutos y pueden estar limitados³, cuando sea necesario e imprescindible, lo que significa que el Estado también tiene límites y restricciones⁴ para invadir los derechos de los imputados o de terceras personas vinculadas a un proceso penal. Este aparente juego de contenidos, tiene asiento en la definición

² NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio, “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno, algunos problemas” en Revista *Ius et Praxis*, Año 23, N° 1, 2017, Universidad de Talca. Chile. p. 196.

³ CABEZUDO BAJO, María José, “La restricción de los derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional”, en Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a distancia, Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución española de 1978, Madrid enero-abril del 2018. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9107>, p.143.

⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ra edición, Madrid, 2007, p. 56.

ofrecida por la doctrina⁵, que reconoce que las medidas restrictivas de los derechos significan intromisiones vulneradoras *prima facie* del ámbito de protección de estos.

En este punto, resulta importante el análisis de las intervenciones corporales, entendidas como todo acto de investigación que puede significar coerción o injerencia física sobre el cuerpo de una persona⁶ (imputado, víctima o tercero), por el cual se extraen de este determinados elementos, para efectuar los análisis periciales tendientes a averiguar circunstancias fácticas del hecho presuntamente punible, o la participación en él del imputado. Se trata entonces de medidas restrictivas de determinados derechos, instauradas como medios de investigación o de obtención de fuentes de prueba que tienen por objeto el cuerpo de las personas, siendo su fin el esclarecimiento de los delitos.

Estas intromisiones en el cuerpo humano hoy, se expresan de diferentes maneras, a saber, cacheos, exámenes radiológicos, exploraciones en cavidades, punciones lumbares, escáner, pruebas de alcoholemia, métricas, exámenes de ácido desoxirribonucleico (ADN) entre otras. El desarrollo científico, además de significar un reto para las ciencias penales, ha posibilitado dotar a la investigación de las conductas criminales de nuevos medios para su esclarecimiento, con una mayor certidumbre en sus resultados que los tradicionales. La incorporación de éstos ha significado que al menos en sede cubana la práctica desbordó lo previsto en las normas⁷.

⁵ ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, traducción de la 25 edición alemana Gabriela E., CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, revisado por Julio MAIER, Ed. del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 245.

⁶ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, "Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales", en Cuadernos de Derecho Judicial, vol. III: Delitos contra la libertad y la seguridad, 1996, CGPJ, Madrid, pp. 27-146; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, La prueba ilícita penal, Estudio jurisprudencial, 6ª ed., Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 185-198; STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996 del Tribunal Constitucional Español, GIMENO SENDRA, Vicente (ponente), p.13, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/3259>, consultado 23 de enero de 2018.

⁷ Como lo demostró el proceso seguido en Narborough, mundialmente conocido como "los asesinatos del sendero", donde en el año 1988, después de 5 hechos ocurridos, se logró el veredicto de culpable mediante la prueba de ADN; era el primer caso donde se utilizaba, sin cobertura legal en ese país y en el resto del mundo, razón por la que se generó la paradoja de si era lícita su utilización e incorporación como medio de prueba a un proceso punitivo o se debía prescindir de ello. Para mayor información ver ZANNONI, Eduardo Antonio, Prueba de ADN, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 67.

Analizarlas desde la necesaria perspectiva del debido proceso, supone sustentar sus prácticas sobre la base del respeto a la legalidad, la dignidad humana y el resto de sus postulados vinculados a este. Esto permite que el carácter excepcional de aquellas, sea justificado y proporcional con las necesidades de la investigación y la búsqueda de la verdad.

El proceso penal no debe, ni puede, privarse de los adelantos de la ciencia y la técnica, ante la carencia de una norma legal que lo refrende⁸; y a él le corresponde encontrar respuesta a la nueva dinámica impuesta por la ciencia.

Lo realmente relevante, no es solo ordenar las intervenciones corporales en el proceso, sino hacerlo en función de una categoría esencial a los efectos de la investigación de los delitos: el debido proceso. Este, implica la consagración y cumplimiento de principios, derechos y garantías en las diferentes fases del proceso. Y ante la práctica de intervenciones corporales, el debido proceso como institución, se yergue como escenario para la actuación adecuada y la protección de los derechos.

Los nuevos escenarios dotados de adelantos científicos para la investigación y la actividad probatoria, no deben perder de vista la necesidad de establecer barreras legales que sirvan de protección a los derechos de las personas sobre las que recaen actos de investigación. No se trata de que estas prácticas no resulten necesarias en la búsqueda de la verdad, sino de que su ejecución se realice atendiendo a los límites establecidos para la afectación de estos derechos.

Esta última exigencia no se satisface, sin más por la mera intervención jurisdiccional, sino que deberá ajustarse a determinados requerimientos, que se condensan en los deberes de motivación, de control y de exigencia efectiva del principio de contradicción. Por la clase de valores en juego, pero también porque el resultado de tales actos de investigación puede llegar a tener notable relieve probatorio y, una vez realizadas, se hace muy difícil para el afectado una defensa *ex post* frente a los elementos de cargo que de ellas pudieran haber emergido.

Tratándose de medidas caracterizadas por una fuerte carga de lesividad para los derechos, es necesario asegurar que solo serán autorizadas

⁸ ASENCIO MELLADO, José María, Los métodos alcohométricos en la Jurisprudencia Constitucional, CGPJ, Madrid, 1986; BORREGO BORREGO, Javier, La jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), CGPJ, Madrid, 2003; BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español, Tecnos, Madrid, 2003, p. 28.

cuando su uso aparezca suficientemente justificado, porque resulte proporcionado, a tenor de la gravedad de los hechos objeto de la investigación y de la calidad de los derechos eventualmente lesionados, ante la inexistencia de otro medio de operar que sea menos gravoso. El cuerpo humano se constiuye para esta acción en una *fuentes de prueba*

Cuba, presentaba una ausencia de normativas específicas acerca de las **intervenciones corporales**. Ni la Constitución de 1976 ni las leyes procesales posteriores regularon el tema y el vínculo intervención corporal-debido proceso era casi inexistente. Hoy el panorama legislativo sufrió un giro copernicano, la Constitución cubana de 2019 con su catálogo de derechos y garantías marcan un debido proceso que la ley del proceso penal tuvo que atender, el reto se encuentra ahora en la *praxis* jurídica.

3. De las intervenciones corporales en el proceso penal

La condición de ser humano es inmutable, por lo que ninguna circunstancia hace perder a la persona, sus derechos y garantías, las que deben ser respetadas. El respeto a la dignidad humana, la integridad psíquica, física y sexual, son pilares sobre los que debe sustentarse la necesidad de la práctica de intervenciones corporales, teniendo en cuenta que la licitud o no de una intervención concreta sobre el cuerpo del sujeto pasivo se somete a límites, garantías y fines propuestos.

En este debate, el estudio de las intervenciones corporales a la luz del proceso penal, y el empleo en este del desarrollo de las ciencias de la investigación criminal, ha producido un cambio en la fuerza de los medios probatorios, que ha conducido a considerar que posee mayor crédito probatorio, un pelo, una extracción de sangre o de cualquier otro fluido del cuerpo humano; que otros medios probatorios convencionales. Al respecto resulta común, hoy en día que la búsqueda de la verdad se materialice en criterios de ciencia, a lo cual prácticas como las intervenciones corporales tienden a dar mayor probabilidad de certeza, frente a otros más convencionales.

Respecto a la delimitación conceptual de las intervenciones corporales, existe una diversidad de criterios doctrinales, que incluyen, bajo dicho término un conjunto de actos de investigación entre las cuales resulta difícil encontrar elementos comunes más allá del hecho de recaer sobre el cuerpo de una persona⁹.

⁹ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, en Cuadernos de Derecho Judicial, vol. III: Delitos contra la libertad y la seguridad, 1996, CGPJ, Madrid, p. 67, trata como modalidades de intervenciones

La doctrina transita en dos tendencias esenciales, una de ellas que tiende a separar los conceptos de inspecciones e intervenciones corporales, planteando que las inspecciones corporales son cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano¹⁰, y que las intervenciones corporales son la extracción de elementos internos y externos del cuerpo humano con fines investigativos. Su división además está en correspondencia con el grado de afectación que estas prácticas producen a los derechos humanos¹¹.

Los requisitos esenciales que se han de tener en cuenta son: estar establecida en la Ley con el conjunto de requerimientos que se erigen como límites frente a la protección de los derechos; deberán practicarse por personal especializado, aquellas que suponen intromisiones en la esfera corporal y afectan la salud deben practicarse por personal facultativo especializado. Según la finalidad perseguida, las intervenciones corporales pueden agruparse conforme a los siguientes criterios: la determinación del imputado o de su identidad: diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos, odorológicos, o antropomórficos; la averiguación de circunstancias relativas al hecho punible: electrocardiogramas, exámenes ginecológicos; el descubrimiento del objeto del delito: inspecciones anales o vaginales; extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial: análisis biológico de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, punciones lumbares para la extracción de líquido cefalorraquídeo y la exposición del cuerpo humano a radiaciones: rayos X, T.A.C., resonancia magnética.

Las denominaciones mas comunes para esta práctica, están en el orden de: *inspecciones o intervenciones corporales*¹², *exámenes corpora-*

corporales: la toma de muestras de sangre, los cacheos y registros, la toma de huellas digitales, la toma de fotografías y muestras videográficas, las muestras de voz y cuerpos de escritura, los tratamientos sanitarios obligatorios y, por último, las intervenciones corporales en el ámbito carcelario; URBANO CASTRILLO, Eduardo, y TORRES MORATO, Miguel Ángel, La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, 6ª ed., Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 185-198.

¹⁰ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, *ob cit*, p.48; CARRIÓ, Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 314 y ss.

¹¹ GIL HERNÁNDEZ, Ángel, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, *ob cit*, p.50; “Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, en Cuadernos de Derecho Judicial, vol. III: Delitos contra la libertad y la seguridad, 1996, CGPJ, Madrid, pp. 76; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, y TORRES MORATO, Miguel Ángel, La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, 6ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 185-198.

¹² *cfr* Legislaciones procesales de Alemania, España, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua y Perú.

*les*¹³, *exámenes corporales y mentales*¹⁴, *requisa*¹⁵, *exploraciones*¹⁶ todas marcadas por el respeto a los principios de proporcionalidad y necesidad, razonabilidad, indispensabilidad, respeto a los Convenios y tratados internacionales que protegen los derechos y la dignidad humana.

Los límites establecidos para estos actos de investigación, que resultan una generalidad en el estudio doctrinal y legislativo de las intervenciones corporales, resultan el principio de legalidad que se materializa con el reconocimiento expreso de estos en la norma procesal, el consentimiento del sujeto que soporta estos actos, y en el caso de las prácticas coactivas, la autorización por autoridad competente a través de resolución fundada en criterios de estricta necesidad y proporcionalidad. Así como la existencia de un mecanismo de control para estas prácticas. Son así reconocidos no solo por la doctrina procesal sino por la mayoría de las leyes procesales de América Latina y parte de Europa.

4. Naturaleza Jurídica de las intervenciones corporales

La naturaleza jurídica de las intervenciones corporales es otra de las cuestiones trascendentes, al respecto se toman tres posturas esenciales: como actos de investigación, como prueba pericial y otros casos como prueba preconstituida¹⁷. En el primero de los casos, la práctica **de actos de investigación** en la etapa previa o preparatoria del proceso penal, en la que se produce la acumulación del material probatorio que con la pretensión de convertirse en acto de prueba en otro momento procesal en el que se tenga un hecho de relevancia jurídico penal, se desvirtúe la presunción de inocencia y en consecuencia pueda ejercitarse la acción penal en correspondencia con las exigencias del ordenamiento jurídico procesal, son ideas que sostienen tal naturaleza jurídica.

¹³ Cfr Legislaciones de Argentina, Chile, Paraguay y República Dominicana.

¹⁴ Cfr Legislaciones procesales de Honduras y La República Bolivariana de Venezuela.

¹⁵ Cfr Legislación procesal del Estado Plurinacional de Bolivia.

¹⁶ Cfr Legislación procesal de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷ GONZÁLEZ – CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales..., *ob cit*, p.290; DÍAZ CABIALE, José Antonio, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, ...)", en Cuadernos de Derecho Judicial, No. 12, 1996, p. 70.

En el segundo criterio, se refiere a la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales, como **prueba pericial**¹⁸. Los sujetos que practican estos actos, o que analizan los practicados por otros, son personas que en el proceso penal, con el objeto de formular apreciaciones determinadas o de extraer conclusiones sobre hechos establecidos o hipotéticos, requieren especiales conocimientos científicos o experiencia técnica o pericia. Este criterio parte de considerarla de este modo, alegando que el sujeto que las ejecuta es un perito y que sus resultados son aportados por la pericia. La naturaleza pericial atribuida a las intervenciones corporales, presenta determinadas particularidades asociadas a algunos de los actos de investigación que como parte de la investigación de los delitos en el proceso penal pueden realizarse. Pero, en ningún caso, se eximen del cumplimiento de determinadas garantías que las hagan corresponderse con el debido proceso.

Resulta inevitable la incidencia que estas prácticas pueden producir sobre derechos de los sujetos que a ella han de someterse. Esta situación coloca a los actores del proceso penal en la necesidad de lograr una adecuada ponderación, entre los resultados que se pueden obtener cuando no existen otras vías para ello y los niveles de afectación que tales prácticas pueden provocar a importantes derechos como la intimidad, la integridad física, psíquica y sexual y el honor. Se trata de una toma de postura acertada ante la real imposibilidad de repetir este acto de investigación en otro momento procesal como el del juicio oral.

La tercera postura vinculada a la **prueba anticipada**, como su nombre indica se practica antes de tiempo bajo la premisa de que existen elementos fundados para creer que, de esperarse el momento procesal oportuno, la fuente de prueba sufrirá perjuicios que afectarán sus cualidades y harán imposible su realización; y son las intervenciones corporales uno de los supuestos que se asumen por la doctrina procesal. Por prueba preconstituida se entiende, cuando la fuente es preexistente al proceso, se traen a las actuaciones, una representación ya formada, a fin de comunicar al juez por ese medio un hecho representando¹⁹.

La mayor limitación que presenta la consideración de las intervenciones corporales como pruebas preconstituida, radica en las afectaciones

¹⁸ GARCÍA VALDÉS, Rafael, Derecho Procesal Criminal, Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires, Argentina, 1945, p. 22.

¹⁹ MANTECÓN RAMOS, Ariel, Introducción al derecho probatorio, *ob cit*, p.79; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, La prueba preconstituida en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo II, Madrid, 1950, p.83; GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho Procesal Penal, *ob cit*, p. 476.

que provoca al principio de intermediación procesal, procediendo su práctica y los resultados que ofrece de la fase sumarial o investigativa, sin embargo, no es posible negarle todo valor probatorio, pues ella ha de formar parte de un conjunto de actos investigativos realizados, que sirven en su día de sustento a la imputación, sobre los cuales han de pronunciarse las partes y que serán de utilidad siempre que hayan sido respetuosos de los ritos establecidos para ello.

A partir de los tres criterios doctrinales analizados acerca de la naturaleza jurídica de las intervenciones corporales, asumimos como postura que las intervenciones corporales son actos de investigación, que provocan injerencias sobre el cuerpo humano y que, ante la necesidad de su práctica, se debe garantizar la no afectación del sujeto que las ha de soportar, bajo la observancia de los preceptos del debido proceso. Dichos actos de investigación que recaen sobre el cuerpo de la persona, convierten al sujeto que soporta estas en un instrumento del proceso, mas que en un sujeto de derechos en el proceso. Razón que sustenta el adecuado respeto de los límites impuestos por el debido proceso para la práctica de estos actos de investigación.

5. Los sujetos en las intervenciones corporales

En el estudio de los elementos subjetivos que componen el análisis de las intervenciones corporales resulta trascendente el de los sujetos que intervienen en estos actos de investigación. En el proceso penal, las intervenciones corporales como actos de investigación, que pueden afectar derechos tienen dos sujetos esenciales, uno activo, quien debe solicitar, adoptar y ejecutar la medida, y otro pasivo, que soporta las intervenciones corporales, y que puede ser a la luz del proceso penal, el imputado, la víctima o un tercero, cada uno de ellos teniendo en cuenta sus características esenciales.

En un primer orden, respecto a la categoría sujeto activo, es necesario tener en cuenta que en este sentido estamos en presencia de dos tipos de sujetos: el sujeto competente para ordenar las intervenciones corporales, y el sujeto competente para practicar intervenciones corporales. Los sujetos para ordenarlas, como actos de investigación, que afectan, en mayor o menor medida derechos, deberán ser acordadas por la autoridad competente.

Para DUART ALBIOL, **las razones de urgencia o riesgo son fundamento para que otros órganos no jurisdiccionales adopten estas medidas que sean de carácter leve**, tales como cacheos superficiales y métodos alcoholométricos; siempre y cuando se observe el principio de proporcionalidad y los requisitos específicos de las intervenciones corporales.

Se establece además, que debe de haber una previsión legislativa, que permita a estos entes la adopción de la práctica de estas diligencias, así como la definición de las situaciones habilitantes, y la exigencia de un control posterior por el órgano jurisdiccional²⁰.

Tal como lo plantea DUART ALBIOL,²¹ no es el hecho de que la resolución judicial revista forma de auto el requisito que fundamenta la motivación, sino ese juicio de ponderación entre, los derechos en cuestión y los intereses protegidos constitucionalmente, muy determinados, atendiendo a tres tipos de circunstancias:

1. El consentimiento del sujeto afectado;
2. La escasa entidad de la intervención; y,
3. El carácter meramente instrumental de la medida respecto del desarrollo normal de sus funciones.

En virtud de estos criterios, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial podrían adoptar medidas tales como la toma de huellas dactilares o fotografías, cacheos o control de alcoholemia restringido al uso del etilómetro²². En cambio, para ETXEBERRIA GURIDI los motivos de urgencia encuentran únicamente sentido cuando se trate de cacheos superficiales que, según este autor, no pertenecen a la categoría de intervenciones corporales, y no cuando se trate de localizar objetos o efectos ocultos en cavidades corporales²³.

Las pruebas para la detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas consistentes en el reconocimiento médico de la persona obligada y en análisis clínicos, deberán practicarse por el médico forense u otro titular experimentado, o

²⁰ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, Bosch Editor, España, 2014, pp.346-348; en este sentido también IGLESIAS CANLE, Inés Celia, *Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica*, Colex, Madrid, 2003, pp.69-72.

²¹ DUART ALBIOL, Juan José, *Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el proceso penal*, *ob.cit.*, pp. 369 - 370.

²² HUERTAS MARTÍN, María Isabel *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 394. Esta autora restringe el control de alcoholemia al uso del etilómetro, a diferencia de ASENSIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 145, que admite lo mismo la insuflación como los análisis de sangre. No existe, pues, perfecta identidad de supuestos entre los autores al enumerar las diligencias excluidas.

²³ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 298-310.

personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladado el sujeto afectado, con lo cual estaríamos dando al sujeto que practica la intervención corporal el carácter de facultativo especializado.

Todas estas diligencias podrán repetirse a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, a efectos de contraste, y consistirán en análisis de sangre, orina o análogos²⁴. La exigencia de personal médico o sanitario tiene por finalidad preservar la salud de la persona afectada, pero también su dignidad e intimidad corporal atendida la zona afectada por la medida²⁵. Su intervención garantiza el respeto al pudor o vergüenza de la persona afectada.²⁶

5.1. El sujeto pasivo en las intervenciones corporales

Las intervenciones corporales, por su naturaleza, son aplicables en mayor medida sobre el imputado en el proceso penal²⁷. Se entiende por imputado en una acepción muy general, la parte pasiva del proceso penal²⁸ y, más concretamente, aquella persona a la que se le atribuye

²⁴ *Idem* p. 312.

²⁵ Para HUERTAS MARTÍN, María Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, *ob cit.*, p. 398, ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, La intervención médica en las diligencias procesales de investigación, Estudios de Derecho Judicial, vol. 26, Internamiento sin voluntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, Ministerio de Sanidad y Consumo y CGPJ, Madrid, 2000, p. 168-170, el mismo autor en Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, *ob cit.*, pp. 399-400.

²⁶ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, *ob cit.*, p. 399-400. Para DÍAZ CABIALE, José Antonio, Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.), *ob cit.* pp. 86-87.

²⁷ Así, ASENSIO MELLADO, José María, Prueba prohibida y prueba preconstituida, *ob cit.*, p. 137; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Proporcionalidad y derechos fundamentales... , *ob cit.*, p. 293; MÓNER MUÑOZ, Las intervenciones corporales, *ob cit.*, p. 167; GIL HERNÁNDEZ, Ángel, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, *ob cit.*, pp. 58-59 y, en idénticos términos, respecto al análisis de ADN en "La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal", *ob cit.*, p. 891; DÍAZ CABIALE, José Antonio, Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.), *ob cit.*, p. 76; ITURRALDE SESMA, Victoria, Intervenciones corporales y derechos fundamentales, *ob cit.*, p. 188; HUERTAS MARTÍN, María Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, *ob cit.*, p. 370.

²⁸ ASENSIO MELLADO, José María, El imputado en el proceso penal español, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXIX, La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, 1993, CGPJ, Madrid, p. 62.

en el marco de un proceso penal la realización de hechos que revisten los caracteres de delito y se instruye de cargo. El estatuto jurídico que origina la condición de imputado comprende, asimismo, su situación como objeto de prueba.

En estos supuestos, como afirma HUERTAS MARTÍN, debería informarse de modo claro a la persona sometida a tales investigaciones de las diligencias que contra ella se siguen, las consecuencias que de ellas se pueden derivar y los derechos que a ellas le asisten, máxime cuando su resultado puede utilizarse posteriormente en un proceso como prueba²⁹.

Respecto a los terceros, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, considera aceptable la injerencia en la intimidad de los terceros, con el fin de buscar huellas del delito sobre su cuerpo, o entre las ropas siempre que no exista trato humillante³⁰. En todo caso, la aplicación del principio de idoneidad exige que la individualización de las intervenciones corporales dirigidas contra los terceros se realice en virtud de la relación que exista entre su persona y el hecho que debe ser probado. Para ETXEBERRIA GURIDI este criterio, así como la expresión “implicados”, resultan demasiado amplios; por ello, a fin de evitar intromisiones injustificadas sobre cualquier persona, establece una serie de criterios, en los que los no imputados pueden ser sometidos a intervenciones corporales³¹:

1. Habría de tratarse testigos, entendido el término en sentido amplio, o portadores de huellas, vestigios o consecuencias del hecho punible;
2. Habrían de limitarse las diligencias practicables, excluyendo las intervenciones corporales graves;
3. La posibilidad de oponerse a tales medidas cuando su resultado pudiera perjudicar a cónyuge o pariente, debiendo ser informa-

Como parte pasiva necesaria del proceso penal lo define MORENO CATENA, Víctor con CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, Derecho Procesal Penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 109.

²⁹ HUERTAS MARTÍN, María Isabel, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, *ob cit.*, p. 214.

³⁰ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales, Colex, Madrid, 1990, p. 309. En términos idénticos, MÓNER MUÑOZ, Eduardo, Las intervenciones corporales, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XXIX: La restricción de los derechos humanos de la persona en el proceso penal, CGPJ, Madrid 1993, p.172.

³¹ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, *ob cit.*, pp. 214-216 y 332-337

do oportunamente de dicha posibilidad, de forma análoga a las dispensas a la obligación de declarar.

En ningún caso, procedería coacción física en su ejecución, a no ser por criterios de estricta necesidad y proporcionalidad.

Para LIBANO BERISTAIN, la cuestión de la realización de una intervención corporal a víctimas o testigos cuando no concurre su voluntad no puede desligarse, además, de la categoría de la perseguibilidad de las infracciones penales³².

Este criterio permite establecer una especie de graduación de situaciones en función del carácter público o semipúblico de los delitos y la existencia de denuncia, o no, de los hechos por parte de la víctima, lo que posibilita ponderar los distintos intereses concurrentes y evaluar la circunstancia de someter coactivamente al ofendido o, en menor medida, a un testigo a una intervención corporal. Lo trascendente hasta aquí es que la conservación de sus derechos depende de la autodeterminación informativa, la que se sustenta en el consentimiento, el que deberá estar acompañado de la información relevante respecto a las afectaciones que puedan tener, de modo que el acto de voluntad no esté viciado.

5.2. El consentimiento del sujeto pasivo en las intervenciones corporales

El consentimiento de la persona afectada por el acto de intervención corporal resulta esencial³³ porque viene a remediar no sólo la falta de previsión legal de la medida, sino también la ausencia de resolución judicial, siendo, además, indispensable, para su ejecución desde el momento en que aquélla no podrá ejecutarse sin el mismo, pues

³² LIBANO BERISTAIN, Arantza, "El análisis de ADN (sin necesidad de intervención corporal) en el ámbito del proceso penal", en Problemas actuales del proceso iberoamericano, volumen 2, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, Málaga, 2006, pp. 101-112.

³³ El "Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal", conocidas como "Reglas de Mallorca", establecía como principio básico la prohibición de toda intervención corporal salvo que se contase con el consentimiento del afectado. Ello no obstante, cabía su autorización judicial solo cuando no existiera otro modo para descubrir el presunto delito, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado (regla 23), disponible en www.cidh.oas.org/privadas/reglasdemallorca.html, consultado 22 de junio de 2017.

no cabe la utilización de la *vis física* en la ejecución de una medida de intervención corporal³⁴.

El consentimiento ha de ser libre, no coaccionado, y expreso, no tácito; para ello es necesario que el consentimiento esté previamente precedido de una acabada información sobre la necesidad de la medida adoptada, su finalidad, el modo de llevarse a la práctica, sus riesgos y consecuencias, positivas y negativas, incluidas las de no querer someterse a dicha injerencia³⁵. Se trata de respetar la autonomía del sujeto pasivo respecto a la disponibilidad sobre su cuerpo, y para que esa acción sea autónoma, se deben cumplir cuatro requisitos elementales: intencionalidad, capacidad de obrar por sí mismo; conocimiento preciso de la acción, la persona debe conocer las circunstancias que afectan su decisión; ausencia de manipulación externa, el sujeto no debe sufrir manipulaciones al respecto; y control interno, personalidad suficientemente capaz.

De ello se desprenden dos características esenciales: la voluntariedad y la información³⁶. La información ha de ser completa para que el consentimiento pueda ser tildado de eficaz. Información que debe contener la resolución que acuerde la medida y que ha de explicitarse de forma comprensible a la persona afectada en una comparecencia en la que ésta manifieste su conformidad en la ejecución³⁷.

³⁴ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando, La alternativa Juez de Instrucción – Juez de Garantías a la vista de los problemas relacionados con la investigación penal y las técnicas de ADN, Estudios de derecho judicial número 42, Madrid, 2002, p. 241. También DÍAZ REVORIO, Javier, La intimidad corporal en la jurisprudencia constitucional, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, número20/21,1997,p. 181, aunque terminaba reconociendo que,probablemente, habría que admitir la práctica forzosa de indagaciones o pesquisas leves sobre el cuerpo, como el cacheo o la toma de huellas dactilares.

³⁵ Como contenido específico del acto de comunicación de la medida, ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal, *ob cit.*, p. 378-379.

³⁶ SANZ RUBIALES, Álvaro, DEL VALLE RIVERO, Luisa María, Agravia y otros, Firma del consentimiento informado en oncología, en Cuadernos Bioética 2000; p.106; LUGONES BOTELL, Miguel, PICHES GARCÍA, Luis Alberto, GARCÍA HERNÁNDEZ, Marlen, “Consentimiento Informado”, en Revista Cubana de Medicina General Integral, La Habana, septiembre – diciembre 2005, pp. 4 y 5; GARCÍA – GARDUZA, Ismael, “¿Debe imponerse el consentimiento informado en el ámbito pericial médico – forense?”, en Revista Mexicana de Medicina Forense, 2019, p. 6, disponible en <https://www.medigraphic.com/pdfs/forense/mmf-2019/mmf191f.pdf>, consultada, 24 de enero de 2020.

³⁷ MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, Las intervenciones corporales tras la reforma de la LECrim por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, p. 16, en su

6. Los modelos de control de la investigación penal y las intervenciones corporales

Los modelos de control existentes en la actualidad, acogidos mayoritariamente en los cuerpos normativos que sirven de base para el estudio comparado son: el modelo de control de la Fiscalía o Ministerio Fiscal según sea el caso, y los modelos de control jurisdiccional y dentro de este con diferentes atribuciones, el del Juez de Instrucción, el del Juez de control y garantías.

El control, es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder, la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos del ser humano; es un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico. El control es necesario, por exigencia propia de la naturaleza del poder político para mantener su estabilidad y que el control existe porque de otra manera sería posible atentar en contra de derechos que deben ser protegidos y no se debe permitir a los gobernantes el ejercicio arbitrario del poder³⁸.

El modelo de investigación penal y control de la fase de investigación del proceso a cargo de la Fiscalía o Ministerio Fiscal introduce, no solo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión. Esta se concreta otorgándole las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del procesado tanto al órgano público de la acusación como a quien, con el carácter de actor popular o de acusador particular, pretenda intervenir en el procedimiento y asegurar las fuentes de prueba.

Es criterio mayoritario consagrado en los Códigos Procesales, la idea de que la ordenación y control sea llevada a cabo por un juez³⁹, el que se ha denominado de diferentes formas en la doctrina, juez de control, juez de garantías, juez de instrucción.

estudio del reformado artículo 363 LECrim, que en desarrollo del principio de necesidad, como requisito del principio de proporcionalidad, se podría haber hecho referencia a la posibilidad de una audiencia previa del afectado con la finalidad de determinar el modo menos gravoso de llevar a cabo la intervención.

³⁸ HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2da Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp.35-38.

³⁹ A los efectos de los países estudiados, asumen este modelo, España, Chile Colombia, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos Mexicanos, Honduras, Nicaragua, entre otros. *Vid* Anexo No. 2 y 3.

El control en manos de la fiscalía no es generalidad en los códigos procesales, su base está sustentada por documentos internacionales como son las Directrices sobre la función de los fiscales⁴⁰, las que en su contenido establecen que los fiscales en el proceso penal, de conformidad con la ley, deberán desempeñarse con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos. Criterios que contribuyen a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal. Con esta afirmación, el control de la investigación incluye la función de velar por la legalidad y el respeto de los derechos y garantías de los sujetos que en el intervienen. El fiscal tendrá la obligación, de dictar medidas que aseguren los derechos en la práctica de actos de investigación en el proceso penal, los que deberá controlar por mandato de sus propias funciones.

Como tendencia, se identifica que, a partir de este planteamiento los códigos procesales modernos, si bien en su mayoría asumen la postura del control jurisdiccional, dan al fiscal un conjunto de funciones que favorece que se realice de manera más efectiva⁴¹. Esto conduce a un modelo híbrido o mixto, donde el juez tiene un papel predominante en el control de las funciones del fiscal⁴².

⁴⁰ Directrices sobre la función de los fiscales emanadas del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990), disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>, consultado 23 de enero de 2019.

⁴¹ En este caso el Código Procesal del Estado Plurinacional de Bolivia que en su artículo 175 respecto a la requisita persona, da la facultad de ordenación al fiscal, y establece un conjunto de requisitos para su ejercicio, entre los que están el respeto al pudor, en el artículo 206 en que prevé, el examen médico igualmente platea que el fiscal ordenará la realización de estos a la víctima y el imputado cuando estos sean necesarios para la investigación, del hecho, así respecto a la ordenación de estas prácticas por la vía del fiscal, Costa Rica, en su artículo 88 igualmente faculta al fiscal la ordenación de estas prácticas durante el procedimiento preparatorio. En casos como el de Argentina artículo 169, el procedimiento de ordenación, prevé que en los casos en que se concede el consentimiento de estas prácticas, el Ministerio Público Fiscal puede ordenar estas prácticas sin más trámites, y ante la negativa, pues el mecanismo de ordenación se llevará a cabo por un juez.

⁴² Alemania por ejemplo, plantea que a la solicitud razonada y motivada será presentada por el fiscal, pero que este por determinadas condiciones podrá disponerla, y luego validarla frente al juez. En el caso de Argentina, la Ley plantea que en el caso de que medie consentimiento serán ordenadas por el Fiscal, dejando al juez solo los casos en que no media el consentimiento, en igual condición esta Chile. En el caso de Colombia, de resultar necesario el fiscal podrá ordenar la

Otro de los modelos empleados en el control de la práctica de estos actos de investigación es el que responsabiliza en su realización al juez de instrucción, o en otros casos al llamado juez de garantías, en correspondencia con el diseño de impartición de justicia de que se trate. La presencia de un juez de instrucción en el desarrollo de los procesos penales, permitió diseñar la intervención de un órgano imparcial para adoptar durante la investigación las medidas que suponen un menoscabo de los derechos del imputado, de tal modo que sirviera como garantía de que tales medidas se ordenaran solo en cuanto resultaran indispensables.

La atribución de los jueces sobre la función de garantizar los derechos, especialmente matizado en el desarrollo del proceso penal, le otorga la responsabilidad de intervenir de manera imparcial, en el enfrentamiento que se produce entre este derecho y el interés público. Es en estos supuestos, donde se pueden presentar situaciones que precisen la adopción de medidas que traigan consigo intromisiones en el ámbito de la libertad, la intimidad, la integridad corporal, psíquica y sexual, en donde la ponderación de intereses deberá estar sustentada por criterios de proporcionalidad.

La realidad es que el diseño de control jurisdiccional como paradigma y dentro de este el juez de garantías, propuesta seguida mayormente en los códigos procesales, es un modelo que, estando fundado en el principio acusatorio, está caracterizado por una ilimitada extensión de los medios de prueba, siempre y cuando estos respeten los derechos y garantías establecidos en las normas; se trata del denominado principio de libre configuración de la instrucción.

No podemos dejar de reconocer la trascendencia de esta función en manos del fiscal. Este, desde su posición de garante, protege derechos y garantías en la investigación penal y controla la ejecución de los actos que en ella se realizan. A este modelo se le ha atribuido como limitación esencial la dualidad de funciones que ha de asumir, en las que no siempre se logra una adecuada ponderación por la primacía que se le confiere al ejercicio de la acción penal como monopolio de esta institución, pero el adecuado cumplimiento de tales roles esta en correspondencia con la estructura propia del órgano de persecución penal.

Lo trascendente en este sentido, resulta que para las intervenciones corporales es necesaria la implementación de un mecanismo de control,

práctica de intervenciones corporales, previa audiencia de legalidad ante el juez. Costa Rica establece que las medidas podrán ser ordenadas por el juez o el fiscal, dando a ambos la potestad de decidir frente a estas prácticas. En el caso de Perú, cuando se trata de casos de inmediatez, el fiscal podrá ordenar estas prácticas.

que permita el adecuado diseño de estas en pos del respeto de los postulados del debido proceso y de la materialización de los principios de la política criminal. En función de esto, el modelo, ya sea jurisdiccional o fiscal, deberá garantizar que estas prácticas no deriven en actividad procesal defectuosa.

7. Las intervenciones corporales y la actividad procesal defectuosa

Las intervenciones corporales deben ser practicadas cumpliendo los postulados del debido proceso establecidos en el ordenamiento jurídico y por ende deberán cumplir con los presupuestos y requisitos instituidos como límites a la actuación del poder estatal, en su ordenación y ejecución. La infracción de unos y otros no tiene siempre los mismos efectos en relación con la incorporación al proceso de sus resultados y de las pruebas derivadas del mismo⁴³.

La vulneración de derechos humanos tendrá como consecuencia la nulidad absoluta de las pruebas obtenidas, así deberán respetarse las reglas de la buena fe, un axioma a tener presente enuncia que no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos y libertades⁴⁴.

La exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos debe derivar directamente de la Constitución, este fundamento constitucional, distingue la construcción originaria de la regla de exclusión de la prueba ilícita del modelo europeo. El modelo norteamericano, donde la *exclusionary rule*, es un remedio de creación judicial con el propósito de evitar (*deterrent effect*) conductas policiales ilícitas o contrarias a los derechos reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta, Decimocuarta de la *Bill of Rights*, aunque ciertamente la Corte tomara también en consideración tal efecto disuasorio como fundamento de la necesidad institucional de no confirmarlas, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos.

⁴³ Como advierte VIEIRA MORANTE, FRANCISCO JAVIER, Tratamiento de la prueba ilícita, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XV, Constitución y Garantías penales, CGPJ, 2003, p. 42.

⁴⁴ La propuesta de Código Procesal Penal de 2013 en España, por ejemplo, viene a matizar esta disposición cuando dispone que “no surtirán efectos en el proceso las informaciones o fuentes de prueba obtenidas, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales o las pruebas cuya práctica se lesionen los mismos”.

La valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos humanos u otras que sean consecuencia de dicha vulneración puede lesionar no sólo el debido proceso, sino también la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas. Ello permite sostener la vulneración del debido proceso si se han valorado pruebas ilícitas o derivadas⁴⁵ y, a la vez, la no infracción del principio de presunción de inocencia si la condena se ha basado en otras pruebas de cargo válidas e independientes.

Para GABRIEL TORRES⁴⁶, las **nulidades relativas** requieren dos requisitos: interés de las partes y demostración de un **perjuicio real y concreto**. La nulidad relativa se deriva de la falta de un requisito de forma. Actos secundarios del procedimiento que, en función del interés de las partes, establecen garantías, pero no hacen a la esencia del acto, por lo que su violación no ocasiona necesariamente la nulidad. Estos actos son subsanables o convalidables, de acuerdo con las circunstancias que establece en ley.

Con lo cual, podemos decir que se en el caso de las intervenciones corporales, cuando se trate de supuestos de nulidad, habrá **nulidad absoluta** en los casos de violación de los derechos vinculados a estos actos, así como en el caso de violación de los requisitos de forma, vinculados a los principios de legalidad, justificación teleológica y proporcionalidad. Será declarada nula de pleno derecho y no podrá su contenido llevarse a debate en el acto del juicio oral.

La prueba, derivada de una intervención corporal, y obtenida con vulneración de derechos además de ilícita en sí misma y por lo tanto absolutamente ineficaz como medio probatorio de cargo, extiende este efecto y contamina a las demás pruebas que deriven de ella provocando igualmente su nulidad absoluta. Por el contrario, si lo que se transgrede es la legalidad ordinaria, es decir, una norma procesal, solamente se produciría la ineficacia del acto viciado, pero no hay efecto contaminante al tratarse únicamente de una nulidad relativa o anulabilidad⁴⁷.

⁴⁵ La valoración de tales pruebas tiene siempre la relevancia constitucional con independencia del resultado del proceso. Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES, La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, *ob cit*, pp. 37-38.

⁴⁶ TORRES, Sergio Gabriel, Nulidades en el proceso penal, 2.aed., actualizada y ampliada, Ad Hoc, S. R. L., 1993, p. 35.

⁴⁷ ARMENTA DEU, Teresa, La prueba ilícita (Un estudio comparado), Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 87 y ss.

Por el contrario, la nulidad relativa o anulabilidad implica la ineficacia relacionada con una antijuridicidad de menor relevancia o no esencial, y su declaración produce efectos *ex nunc*. Sólo puede solicitarse a instancia de parte y está sometida a plazos preclusivos. En estos casos los actos procesales irregulares se realizan con infracción de algún requisito de escasa entidad, pudiendo dar lugar, en su caso, a responsabilidad disciplinaria o a la sanción correspondiente, pudiendo ser objeto de subsanación y manteniéndose la eficacia del acto.

8. Cuba y las intervenciones corporales

Como se ha reiterado la Constitución del 2019, es la primera en nuestro país que, de manera expresa, establece el debido proceso, conformándolo como una garantía de la seguridad jurídica de las personas.⁴⁸ Y no se limitó solo a enunciar la seguridad como un derecho, sino a dimensionarla en su aspecto jurídico estableciendo que su fundamento se encuentra en el respeto a la Constitución y a la existencia de leyes anteriores y taxativas, que sean aplicadas por la autoridad competente, cumpliendo los requisitos establecidos y respetando los postulados del debido proceso. De igual forma se establecen los parámetros que conforman un debido proceso, como son: la igualdad de oportunidades de las partes; asistencia jurídica; aportar los medios de pruebas, con exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido; acceso a un tribunal competente, independiente e imparcial; resolución fundada; interponer recursos; tener un proceso sin dilaciones indebidas y obtener reparación por los perjuicios que pueda recibir.

Para el proceso penal, se identifican además, en la doctrina nacional, otras garantías, necesarias para la protección de los ciudadanos, teniendo en cuenta su concepción de instrumento represivo, regulador de las conductas delictivas creadas por el legislador y que se erigen, en escudos protectores de éste frente al derecho de castigar del Estado⁴⁹. Es por ello que se ofrecen garantías referidas al respeto a la libertad, restringiendo su afectación a que ello se haga por la autoridad competente; la posibilidad de disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso; la consagración del principio de presunción de inocencia; la necesidad de gozar de un trato respetuoso a la dignidad e integridad física, psíquica y

⁴⁸ Artículo 94 de la Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de Abril de 2019. Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5. La Habana, 10 de abril de 2019.

⁴⁹ MEDINA CUENCA, Arnel, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad” en IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, número 19. México, 2007, p. 91.

moral; a no ser víctima de violencia y coacción de clase alguna para forzarle a declarar; el respeto a la no autoincriminación, no declarar contra determinados familiares; ser informado sobre la imputación; ser juzgado por un tribunal pre establecido legalmente y en virtud de leyes anteriores al delito y la comunicación con los familiares⁵⁰.

En el proceso penal como se conoce se produce una acumulación de material probatorio, que teniendo como origen las fuentes de prueba de donde se obtiene la información que es su objeto con fines probatorios, entre las que se incluye la práctica de intervenciones corporales, como fuente para la obtención de información. Resulta necesario evitar que se lesionen los derechos del sujeto que ha de soportar la intervención y pierda así su condición de sujeto procesal, para convertirse en objeto de esta, situación que en el proceso penal cubano es susceptible de presentarse con mayor o menor frecuencia.

La responsabilidad de los órganos de persecución penal en la etapa previa al acto del juicio oral, se erige entonces como garantía para la preservación de estos derechos y de otras garantías, los que sin olvidar el contenido del principio de oficialidad en virtud del cual deben perseguir todos los hechos delictivos, el debido proceso ha de operar como guía para la protección de los derechos humanos.

Por su parte la política criminal en Cuba se caracteriza por la prevención como estrategia de primer orden, y se ha encaminado en los últimos tiempos por la adopción de medidas en pos de reducir la cifra de la delincuencia. Las relaciones sociales son dinámicas y se desarrollan constantemente, de ahí que el análisis de los delitos y el proceso penal, se convierta necesariamente en fenómeno *práxico*. La política criminal se convierte, en buena medida, en el instrumento dinamizador.

La ley adjetiva cubana, norma jurídica encargada de regular la sucesión de actos procesales y jurídicos que han de guiar el proceso penal, enfrenta al reto de, en aras de cumplir con el mandato constitucional de la norma suprema vigente, de asumir en sus regulaciones jurídicas importantes derechos y garantías, que se encontraban ausentes en ella o poco desarrollados.

9. Los sujetos y requisitos para la ejecución y control de las intervenciones corporales en Cuba

Tradicionalmente la práctica jurídica cubana se ha caracterizado porque las decisiones en torno a la investigación penal, han sido tomadas

⁵⁰ Constitución de la República de Cuba, 2019, artículo 95.

por el órgano investigativo, y controladas por el fiscal. El fiscal ha llevado una dualidad de funciones en la preservación de la legalidad y la imputación hasta la Constitución derogada. En ese sentido la determinación de los actos de investigación, es por el instructor, el que decide las diligencias para investigar el hecho, las que luego controla el fiscal.

A partir de la Constitución vigente, se le asigna al fiscal por mandato directo, la función de controlar la investigación penal, para lo cual se determina como sujeto activo en la toma de decisiones frente a los actos de investigación, y su consecuente control durante la fase preparatoria. Este mandato se extiende hasta su responsabilidad de velar por el cumplimiento de los postulados del debido proceso y del principio de legalidad.

La práctica de intervenciones corporales además de la excepcionalidad que debe tener por las razones antes expuestas, requiere de mecanismos efectivos de ordenación y control por parte de los ordenamientos jurídicos procesales de los diferentes Estados.

Se ha reiterado en la investigación la necesidad de una correcta regulación de estas prácticas por los ordenamientos jurídicos y especialmente lo relacionado a la autorización y control. La problemática surge cuando la obtención se hace a través de la práctica de intervenciones corporales con la aplicación de técnicas muy novedosas, las que en no pocos casos suponen la injerencia en el contenido de determinados derechos; colisiona con la aspiración del logro de un debido proceso penal, problemática que sólo tendrá solución si quedan claramente delimitados los sujetos que deben autorizarlas, ejecutarlas y la forma en que han de hacerlo, bajo el estricto cumplimiento de sus requisitos.

La práctica de intervenciones corporales, sean estas leves o graves, requieren del consentimiento expreso del sujeto que las ha de soportar, unido a un buen ejercicio del derecho a la información en toda su extensión, pues en ello radica la efectiva protección de los derechos y garantías del sujeto sobre el que se han de realizar. Se presentan en esta materia situaciones diferentes con cada uno de los sujetos que pueden ser sometidos con fines investigativos a tales prácticas; así el acusado no está en la obligación de prestar su cuerpo para la intervención corporal y dejar a su vez de ser sujeto de derechos para convertirse en objeto de la investigación, salvo que medie en ello su consentimiento debidamente informado.

Someterse el sujeto pasivo a la práctica sobre su cuerpo de una intervención corporal, sea esta leve o grave, requiere además de su consentimiento y de la información que ello debe llevar implícita, previo a la toma de tal decisión por quien la ha de soportar, un ejercicio de autodeterminación, expresión de la presencia del elemento positivo del ejercicio

del derecho a la libertad, elemento que complementa las condiciones de legitimidad con que ha de practicarse el acto.

Diferente resulta la situación de la víctima, que siendo el titular del bien jurídico lesionado, puede ser revictimizada con estas prácticas, mucho más si esta no ofrece su consentimiento, para obtener de su cuerpo, en dependencia del delito de que se trate, información necesaria para el esclarecimiento del hecho que se ventila. Es este un sujeto que por la condición de ser víctima del hecho delictivo, generalmente tiene interés en su esclarecimiento y por tanto, es factible que acceda a ofrecer su consentimiento sin mayores dificultades, aunque tampoco le está negado el derecho a no acceder a ello.

Por último pueden estar presente en el proceso penal terceros que sean de interés para la investigación y que puedan adquirir la condición de sujeto pasivo para una determinada intervención corporal, de los que igualmente es necesaria la obtención de su consentimiento, que también tendría la condición de testigo para el proceso penal y que se atendería a las mismas reglas en este sentido que las referidas para la víctima.

Particular importancia reviste la práctica de estos actos de investigación en el caso de los delitos sexuales, en los que deberán tomarse medidas con respecto al consentimiento para la realización de la intervención, y como solución pasar la protección del menor a las manos del órgano de la Fiscalía quien fungirá como representante legal del menor en el caso que los padres o representantes legales no puedan prestar dicho consentimiento, para este actuar con fines investigativos⁵¹. Si bien el interés público aconseja en ocasiones la vulneración de alguno de sus derechos, estos no deberán ser obstruidos más allá de límites razonables, de manera que se garantice su menor afectación aun cuando se haga en función de la administración de justicia y dentro de esta para el proceso penal. Se trata de la justa ponderación entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla el sujeto pasivo que la soporta, situación aún pendiente de solución en el ordenamiento jurídico procesal cubano.

La realidad a la que asiste la sociedad cubana hoy, con los hechos en los que la droga se trae al territorio nacional, ingerida por el sujeto que la porta, y que para extraerla se somete a una intervención corporal, de la que con frecuencia son partícipes ciudadanos extranjeros, hace

⁵¹ Cuba en aras de minimizar los efectos de revictimización en el caso de las menores víctimas, ostenta como experiencia la casa de atención a las menores víctimas, donde un equipo multidisciplinario se encarga de la exploración, así como de la validación de sus testimonios. Se regula todo lo relacionado con las investigaciones en la mencionada *supra*, Instrucción 1 de 2013 del Fiscal General de la República.

que en estas prácticas el sujeto pasivo que identifica el derecho penal, se convierta para la ciencias médicas en paciente, lo que no sucede en el resto de las intervenciones que se practican. Más allá de la necesidad de esclarecimiento del hecho delictivo, se trata de un problema de salud que puede llegar a acarrear la muerte del sujeto portador. Se produce en estas situaciones una compleja mixtura, en la que la estricta necesidad y la proporcionalidad se muestran por sí solas y en la que no se prescinde del consentimiento informado dada la gravedad de los procedimientos médicos a emplear.

Consentir, aceptar una determinada práctica sobre el cuerpo de una persona, que el derecho penal identifica como sujeto pasivo de determinados actos de investigación, como son las intervenciones corporales, requiere de la manifestación de su voluntad. Este acto necesariamente ha de ser consciente y expreso, para que no sólo produzca los efectos de licitud que lo han de caracterizar, sino para que sea muestra fehaciente de respeto a los derechos. En ese sentido, el consentimiento también ha de ser la manifestación de respeto a ellos por el ordenamiento jurídico procesal cuando, pendiente de una solución que satisfaga esas exigencias.

La experiencia cubana en materia de control de actos de investigación y de derechos y garantías, ha estado históricamente en manos de la Fiscalía y hoy existen las condiciones objetivas y subjetivas que posibiliten que sea la Fiscalía la que asuma el rol de ordenar y controlar las intervenciones corporales y de legitimar aquellas que hayan sido consideradas como urgentes.

El modelo cubano diseñado en el artículo 156 de la Constitución vigente, es la Fiscalía General de la República quien tiene como misión fundamental la de ejercer el control de la investigación penal y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, así como velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes, y demás disposiciones legales por los órganos del Estado, las entidades y por los ciudadanos.

Para comprender y aceptar que sea la Fiscalía quien ordene y controle actos de investigación como las intervenciones corporales, resulta importante no ver sus roles de manera independiente. El control de la investigación penal, y el cumplimiento del principio de legalidad, hacen de los derechos y garantías de los sujetos que se involucran en el proceso penal un componente único que posibilita, que si bien no se hace mediante resolución judicial fundada la toma de estas decisiones, sí sea posible mediante auto motivado dictado por el fiscal, que a su vez puede ser impugnado cuando se produzcan vulneraciones a estos derechos y garantías.

Para los operadores del sistema de justicia penal no constituye este tema un gran cambio, pues se trata de dar, en estos momentos, continuidad a la tradición cubana en los roles y funciones de la Fiscalía. Asumir la ordenación y control de las intervenciones corporales en vía jurisdiccional durante la fase investigativa, puede ser una aspiración de futuro, pero ello supone transformaciones en la estructura del sistema de administración de justicia en Cuba, y teniendo en cuenta lo preceptuado en la Constitución, no ha sido el camino marcado a transitar, aun y cuando pueda ser una aspiración.

Si el mecanismo de control resultara en algún momento inadecuado se puede recurrir a lo preceptuado en su artículo 99, que dispone que cuando una persona se sienta que se le han vulnerados sus derechos y como consecuencia sufre daño o perjuicio, por órganos del Estado, funcionarios, directivos o empleados con motivo de la acción u omisión de sus funciones, tiene derecho a reclamar ante el tribunal la restitución de sus derechos⁵².

La recién aprobada Ley del proceso penal⁵³ en su Título IV bajo en *nomen iure* de comprobación del delito y la determinación de los intervinientes, en su capítulo I destinado a las disposiciones generales sobre la prueba, establece los presupuestos para la práctica de diligencia que puedan llevar intervenciones corporales específicamente en los artículos 189 y 190 al dejar establecido que: las pruebas que no admitan dilación o que, por su índole, no sean susceptibles de ulterior reproducción, se practican con la asistencia del fiscal y de un defensor, en cuyo caso, siempre que sea posible, se hará saber al imputado para que pueda nombrarlo y que concurra a ella. Cuando el imputado no designe defensor, (...) se designa un defensor de oficio para que asista a la práctica de las pruebas referidas.

Por otra parte, se especifica que en los casos que regula esta Ley, si el imputado o acusado, el tercero civilmente responsable, la víctima o el perjudicado, o el testigo no prestan su consentimiento para ejecutar acciones investigativas que afecten los derechos y garantías que recaigan sobre la integridad física del individuo, estas se realizan con la autorización previa del fiscal, mediante resolución motivada y con sujeción a los presupuestos siguientes: Que no existan otras acciones menos gravosas para los derechos fundamentales de quien sea objeto de la acción o diligencia; y que la afectación de los derechos no sea superior

⁵² Vid. Artículo 99 de la Constitución de la República de Cuba de 2019.

⁵³ Vid, Gaceta Oficial extraordinaria.

al beneficio que resulte de su adopción, para el interés público o de terceros.

Ante la posible negativa de la persona y una vez autorizada por el fiscal la obtención de la prueba, los agentes actuantes pueden obtenerla de forma que **garantice su autenticidad** y no implique engaño para la persona ni riesgo para su salud; en estos casos, es obligatoria la presencia de un defensor. Su entrada al proceso es a través de una prueba documental.

Todo ello, unido a los preceptos que permiten denunciar en las distintas etapas del proceso una posible actividad defectuosa en la obtención de las pruebas o en cualquier otro sentido, nos provee de presupuestos procesales encaminados a garantizar el respeto a los derechos de las personas sometidas a un proceso. Ahora se trata de que **todos** los operadores del sistema de justicia desarrollen esa vocación de verdaderos “veladores de los derechos y las garantías”, la Magistrada Maria Caridad Bertot Yero ha sido un paradigma en ese sentido.

La actuación de la víctima coadyuvante en el nuevo proceso penal cubano: ¿un calco de la postura acusatoria estatal?

DAYAN GABRIEL LÓPEZ ROJAS*

Sumario

Marilyn Bertot: una *rara avis*

1. Introducción
2. La tutela de la víctima como fin del proceso penal moderno: el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva (y la inexistencia de un derecho al castigo penal del responsable del delito)
3. Variantes legislativas sobre la participación de la víctima (junto al fiscal) en el ejercicio de la acción penal pública: el modelo cubano
4. La “víctima coadyuvante” en la LPP: su actuación frente al «objeto del proceso» y al «objeto del debate»
 - 4.1. Facultades respecto a la introducción de los hechos
 - 4.2. Facultades en cuanto a las calificaciones jurídicas y a la solicitud de pena
- 5.- Conclusiones (y una reflexión general)

Marilyn Bertot: una *rara avis*

A Marilyn la conocí siendo ya jueza de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Me recibió en su despacho, a finales del año 2008, para brindarme su apoyo cuando realizaba mi trabajo de diploma (tesis de

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Máster en Criminología por la Universidad de La Habana. Máster en Sistema de Justicia Penal por las universidades de Lleida, Rovira i Virgili, Castellón y Alicante. Máster en Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad por la Universidad de Salamanca. Investigador posdoctoral en la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: dglopezrojas@gmail.com. Registro ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1710-3837>.

licenciatura) sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Yo venía desde Matanzas a buscar sentencias útiles para mi investigación, y me encontré con que “la Bertot” mostró interés en escuchar las dudas y desvaríos propios de un estudiante con inquietudes académicas; pero concurría una “circunstancia” que yo no había evaluado: la jueza tenía muchas causas “por sacar” y la charla tenía que dar paso a algo más terrenal y urgente, así que me dio un par de obras antiguas y valiosas que atesoraba con celo y “me despachó” a estudiar a la biblioteca. Ese fue el inicio de un madrinazgo académico y sentimental que, con el paso del tiempo, no ha hecho más que fortalecerse.

Desde entonces, Mary me ha acompañado en todos los momentos significativos de mi vida personal y profesional, ocupando un lugar relevante dentro de mi familia afectiva; al tiempo que ha sido “mi” evangelio vivo, del que he aprendido muchísimo, y sigo aprendiendo. Por más de una década hemos consumido “Derecho penal a granel” prácticamente a diario, desafiando no solo a los propios (que han llegado a repudiar ese “mal vicio” capaz de interrumpir nuestras comunes actividades lúdicas), sino también al Atlántico que ahora nos separa físicamente.

En alguna ocasión, alguien consideró a Marilyn Bertot como una *rara avis*. El calificativo no le sentó demasiado bien –por el origen y el contexto en el que se pronunció–, pero si por tal entendemos a “aquella persona excepcional o difícil de encontrar”, definitivamente ella lo es. Y sospecho que en su ADN se oculta algún alelo del Ave Fénix.

1. Introducción

La mejora de la situación jurídica de las víctimas de delitos ha sido una de las líneas maestras de la reforma del sistema penal cubano. En el plano procesal, que es el que ahora interesa, la Ley 143/2021, Ley del Proceso Penal (LPP), ha apostado resueltamente por reconocer importantes derechos y facultades procesales a las víctimas en una clara línea de desagravio frente a ese “convidado de piedra”, que no pasaba de ser un simple instrumento de averiguación de la verdad¹.

¹ La evolución histórica de la situación jurídica de la víctima se sistematiza en 3 fases o momentos históricos: 1ª) la “edad de oro”, 2ª) la etapa de “neutralización”, y 3ª) la etapa del “redescubrimiento”. En la fase más primitiva de la historia, la víctima detentó el protagonismo absoluto en la determinación de la reacción penal ante la victimización sufrida, que evolucionó hacia la compensación. Ya en el siglo XIII, al consolidarse la inquisición, el conflicto entre víctima e imputado se recategorizó como un asunto entre Estado e imputado: aparecen las nociones de *ius puniendi* y bien jurídico (creación estatal que despersonaliza el conflicto y ob-

Partíamos de una situación ciertamente desfavorable. A la víctima de un hecho delictivo únicamente se le permitía ejercitar la acción penal, como acusador particular, en dos supuestos concretos: delitos de injuria y calumnia (de acción privada), a través del procedimiento especial de querrela²; y en los casos en los que el tribunal estimaba injustificada la solicitud de sobreseimiento libre formulada por fiscal³. En el resto de los casos –y sin perjuicio de que se le reconociera alguna otra facultad aislada⁴–, la víctima sólo ostentaba la condición de testigo (fuente de prueba), cuyos derechos y expectativas, incluidos los de naturaleza puramente civil, quedaban a cargo de la Fiscalía, con lo que los afectados por el delito no siempre se mostraban complacidos.

Pero el escenario ha cambiado radicalmente. La víctima se ha emancipado y goza, por fin, de un estatuto procesal solvente –cuyo núcleo duro se encuentra en el Título VI del Libro Segundo LPP–, que parte del reconocimiento a la tutela judicial efectiva (art. 138 LPP) y abarca un grupo amplio de derecho y facultades (arts. 141 y 142.2 LPP): algunos son derechos fundamentales de proyección procesal (como el derecho de la víctima a ser respetada en su dignidad e intimidad), y otros poseen una significación exclusivamente procesal (como el derecho a examinar las actuaciones).

Este nuevo panorama normativo, del que cabe esperar una incidencia práctica relevante, demanda reflexiones sosegadas, en aras de minimizar al máximo las situaciones de revictimización sin quebrar la coherencia

jetiva a la víctima en un tipo penal). Finalmente, desde mediados del siglo XX, de la mano de la Victimología, resurge un interés por la víctima que ocasiona el “re-descubrimiento” de quien había permanecido petrificada por más de siete siglos. La actual tendencia político-criminal internacional procura mejorar la situación de la víctima en todos los órdenes, incluida su posición procesal; y así se constata en varios instrumentos de alcance global y regional. En este sentido es obligatorio aludir a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, aprobada por la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985 (conocida como “Carta Magna de los derechos de las víctimas”); y, en el ámbito regional europeo, a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

² Cfr. art. 420 LPP derogada.

³ Cfr. art. 268 LPP derogada.

⁴ Así, por ejemplo, en la anterior ley procesal se le reconocía el derecho de la víctima o perjudicado a recurrir en queja la decisión de archivo de las actuaciones acordada por el instructor y ratificada por el fiscal (cfr. art. 106 *in fine* LPP derogada).

del sistema. En esa línea, habrá que profundizar en el contenido y alcance de los derechos y facultades procesales de las víctimas, y –lo que es muy importante– buscar fórmulas de equilibrio que armonicen su ejercicio con los derechos y garantías del imputado/acusado, cuya posición procesal no debería verse disminuida como consecuencia de la entrada de este nuevo sujeto procesal.

La presente contribución aborda un aspecto concreto del nuevo estatuto procesal de la víctima: su participación como *coadyuvante de la acusación*. Esta figura plantea varios aspectos de interés, que no es posible desgranar ahora, de modo que el análisis se centrará en las posibilidades y límites de este interviniente frente a la postura acusatoria del fiscal, que ha sido uno de los puntos más polémicos de la reforma en tanto que la fórmula empleada por el legislador en el art. 459.4 *in fine* LPP y demás preceptos concordantes no es, en lo absoluto, concluyente en cuanto a la postura que aquella puede asumir respecto a los distintos elementos que componen el objeto del proceso y el objeto del debate.

2. La tutela de la víctima como fin del proceso penal moderno: el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva (y la inexistencia de un derecho al castigo penal del responsable del delito)

Tradicionalmente se ha entendido que la finalidad del proceso penal es la servir de instrumento para establecer la culpabilidad o inocencia de un sujeto a quien se le atribuye la comisión de un delito, y aplicar el Derecho penal con arreglo a un sistema de garantías. Y eso es absolutamente cierto: ese es el «fin clásico» del proceso penal. Sin embargo, desde hace algún tiempo existe acuerdo en reconocer que el proceso penal tiene un «nuevo fin»: la tutela de los derechos de las víctimas⁵. Ello se debe a la influencia de la Victimología, que desde finales del siglo pasado viene reivindicado la necesidad de que la víctima sea hecha partícipe

⁵ Vid., entre otros, SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 63 y ss.; GÓMEZ COLOMER, Juan-L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 231-233; DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *El ejercicio de la acción penal por las víctimas: un estudio comparado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 45 y ss.; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “La víctima (Lección 5ª)”, en GÓMEZ COLOMER, Juan-L. y BARONA VILAR, Silvia (Coord.), *Proceso Penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 120.

del reproche social que formula la autoridad estatal como consecuencia del hecho victimizante. Desde ese punto de partida no solo se ha dado entrada a distintos mecanismos de justicia restaurativa, sino que también se ha defendido la participación de la víctima en el ejercicio de la acción penal pública, en el entendido de que su intervención en la actividad acusatoria puede tener un efecto sanador y catártico al propiciar que quien ha padecido un delito gane autoestima y reduzca su sentimiento de impotencia (ente otros argumentos)⁶.

Así, se ha llegado al entendimiento de que el proceso penal debe concebirse como un instrumento de garantía orientado a salvaguardar el régimen de valores, derechos y libertades reconocidos en la Constitución a *todos los ciudadanos*. No sólo está a disposición de los imputados o acusados (cuya condena legítima exige el respeto a las reglas penales y procesales limitativas de la actuación estatal), sino también a las víctimas (a la que hay que garantizar su efectiva reparación o resarcimiento, y su recuperación moral evitando la victimización secundaria). Y ambas finalidades, la clásica y la moderna, han de convivir pacíficamente⁷.

En la medida en que esta concepción se ha ido consolidando, tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia coinciden en reconocer el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva, ejercitable en este propio orden procedimental (al margen de sus derechos e intereses civiles, sobre los que no hay ninguna duda)⁸.

Tras la positivización del derecho a la tutela judicial efectiva en el texto constitucional cubano de 2019 (art. 92), MENDOZA DÍAZ y GOITE PIERRE acertaron al aclarar que este comprendía “el acceso a la justicia, el derecho a obtener una sentencia motivada que resuelva el fondo del conflicto y el derecho a lograr su ejecución”⁹. No obstante, el entendimiento de

⁶ Así, en la doctrina italiana, FLORIDIA, Pietro, *Diritti processuali o servizi a favore della vittima?* En BISI, Roberta y FACCIOLI, Patrizia, *Con gli occhi della vittima. Approccio interdisciplinare alla vittimologia*, Franco Angeli, Milano, 1996, pp. 27 y 29. También da cuenta de ello, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVII, 2011, p. 526.

⁷ Vid. SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación...cit.*, p. 63; Vid. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *La víctima...cit.*, p. 120.

⁸ Sobre el derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, ampliamente, SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación...cit.*, pp. 63-76; DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *El ejercicio...cit.*, pp. 75 y ss.

⁹ Vid. MENDOZA DÍAZ, Juan y GOITE PIERRE, Mayda, “El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano”, *Universidad de la Habana*, No. 289, 2020, p. 165.

este derecho en el ámbito del proceso penal, y más concretamente en su conexión con el *derecho de acción penal* (art. 138 LPP), adquiere unos matices particulares que derivan de la especialidad de la relación material subyacente. Y es que, a diferencia de lo que ocurre en otros órdenes jurídicos (en los que la acción presupone la titularidad de un derecho subjetivo material que se erige en título de legitimación para su ejercicio), en el proceso penal no existen derechos subjetivos de contenido penal¹⁰. Ni la Fiscalía, ni la víctima, son titulares de un derecho subjetivo a que se aplique la ley penal en los términos propuestos, ni a que se imponga una pena al culpable del hecho penalmente relevante. El ejercicio de la acción penal –que para la Fiscalía es un derecho-deber, y para la víctima un derecho¹¹– debe ser entendido como un *ius ut procedatur*, esto es, un derecho de acceso a la jurisdicción y a obtener de los tribunales un pronunciamiento conforme a las reglas del debido proceso, que debe ser suficientemente razonado, motivado y no arbitrario¹². Así, cuando el legislador faculta a la víctima para constituirse en acusador particular (arts. 436, 18.2 y 142-h LPP)¹³, o en coadyuvante del fiscal (arts. 142.2-f y 459.1 y 4 LPP), no le está reconociendo un derecho subjetivo material penal, sino un derecho subjetivo procesal a promover la aplicación del Derecho penal en el caso concreto¹⁴.

Lo anterior debe ser reafirmado en tiempos en que un sector de la Victimología procura reivindicar un “derecho de la víctima al castigo del autor del delito” y, con ello, de un *Derecho penal orientado a la vícti-*

¹⁰ Vid., por todos, MONTERO AROCA, Juan, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 27ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 33.

¹¹ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 615.

¹² Vid. DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *El ejercicio...cit.*, pp. 77. Conviene aclarar que el derecho a obtener una resolución fundada en derecho no presupone una decisión favorable, ni tampoco un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; pues, como explica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado...p. 615*, el derecho de acción también queda satisfecho cuando se acuerda no continuar con el proceso, siempre que la resolución que lo disponga esté correctamente fundada.

¹³ El legislador cubano anuda el ejercicio de la acusación particular a supuestos taxativamente contemplados en la norma, vinculados al no ejercicio o al abandono de la acción penal, asumiendo así la fórmula de la denominada *acción privada subsidiaria* que abre paso al *querellante subsidiario o sustitutivo* –de raigambre austriaca (*Privatbeteiligte*, art. 48 ÖstPO)–, que ya se reconocía, si bien de modo incompleto, en el art. 268 LPP derogada. Sobre este modelo, vid. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Participación popular en la justicia penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 10, No. Especial, 1999, p. 71.

¹⁴ Vid. MONTERO AROCA, Juan, *et. al.*, *Derecho Jurisdiccional...cit.*, p. 33.

ma¹⁵. Esta orientación político-criminal, potenciada por la influencia de las asociaciones de víctimas y por algunos pronunciamientos del Derecho internacional¹⁶, debe ser rechazada en la medida en que desconoce el fundamento y fines del Derecho penal, y evoca una justicia taliónica¹⁷. La afirmación del pretendido derecho a infligir un “dolor penal” al autor no es compatible con la concepción moderna del *ius puniendi* estatal, porque conduciría a la afirmación de un deber del Estado de imponer una sanción incluso en aquellos casos en los que no existan razones preventivas que justifiquen el castigo, lo que nos situaría en un escenario de ejercicio ilegítimo del poder penal¹⁸.

El rechazo de ese “derecho de la víctima al castigo del autor del delito” no implica negar su derecho a la satisfacción. Lo que ocurre es que este último –por razones de civilidad– ha pasado a formar parte de las prestaciones que cumple la pena estatal. En un sistema penal como el cubano, que reconoce que la sanción ha de cumplir finalidades retributivas, preventivas y resocializadoras (art. 29 del recién aprobado CP), el

¹⁵ Esta corriente de pensamiento coincide en atribuir a la pena la función de reestablecer la igualdad (quebrada por el delito) entre autor y víctima. Así, REEMTSMA ha defendido que la prosecución del daño inmaterial que el delito supone para la víctima solo se neutraliza mediante la imposición del “dolor penal” en la medida en que la pena es concebida como la vía para lograr la resocialización de quien sufre los efectos del injusto culpable. Y en términos parecidos se pronuncian GÜNTHER, quien concibe el daño inmaterial ocasionado por el delito como una dimensión emocional que se traduce en el sentimiento de humillación y dolor permanentes que sufre la víctima; y FLETCHER, cuando alude a la relación de dominación del autor del delito sobre la víctima como un efecto derivado de la consumación del delito. Citados por SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, No. 86-87, 2008, pp. 167-169. Un análisis del estado de la cuestión, en tono crítico, también puede verse en GIL GIL, Alicia, “Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena”, *InDret*, No. 4, 2016, *passim*.

¹⁶ Sobre ambas cuestiones, ampliamente, GIL GIL, Alicia, *Sobre la satisfacción...cit.*, pp. 4-15.

¹⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., “¿Nullum...cit.”, p. 167; GIL GIL, Alicia, *Sobre la satisfacción...cit.*, p. 30.

¹⁸ Como remarca SILVA SÁNCHEZ, Jesús-M., *¿Nullum...cit.*, p. 171, “la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones [las preventivas], y justificada por necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad”. En igual sentido, MOORE, Michael, “*Victims and Retribution: A Reply to Profesor Fletcher*”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 3, No. 1, 1999, pp. 65 y ss., quien entiende que un sistema en el que le corresponda a la víctima decidir si debe ser castigado el autor y cuánto (*victim's turn*) no es sino una institucionalización de la venganza.

“interés penal” de la víctima solo ha de ser atendido en la medida en que resulte coincidente con el interés público de prevenir y reprimir delitos en aras de mantener la convivencia y el orden social; y debería ser neutralizado en aquellos casos en los que trasluzca una finalidad retributiva individual (o talionica), que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Eso sí, para que el derecho de la víctima a la satisfacción no quede desvanecido, ella debe poder exigir al Estado que el hecho victimizante no quede impune.

3. Variantes legislativas sobre la participación de la víctima (junto al fiscal) en el ejercicio de la acción penal pública: el modelo cubano

Como parte del desarrollo del derecho constitucional de la víctima a la tutela judicial efectiva, y más concretamente del derecho de aquella a participar en el proceso, se han desarrollado dos modelos o variantes legales que habilitan su participación, junto al fiscal, en el ejercicio de la acción penal pública¹⁹. Así, mientras unos ordenamientos le permiten constituirse en «*querellante conjunto o autónomo*», otros la facultan para intervenir como «*querellante adhesivo o coadyuvante*».

Al *querellante conjunto* se le reconoce autonomía absoluta para ejercer la acusación en paralelo a (y con independencia de) la actuación del fiscal. Este modelo, que en el Derecho comparado es asumido por países como España (art. 100 LECrim)²⁰, ha sido criticado por un sector de la doctrina sobre la base de que su asunción supone mermas para el principio de igualdad²¹. La existencia de *dos acusaciones contra una sola defensa*

¹⁹ Vid. MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II (Parte general. Sujetos Procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 646 y ss.; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*, 5ª Ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, p. 226; SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación... cit.*, pp. 66-69.

²⁰ Sobre el alcance de esta figura resulta de interés el pronunciamiento contenido en Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala 2ª), No. 476/2007, de 3 de mayo: “(...) formalmente el acusador particular es parte principal, no siendo coadyuvante sino litisconsorte en relación con el Ministerio Fiscal, de forma que en relación con la actividad procesal, apertura del juicio, determinación de su objeto o presupuestos de la condena, la acusación particular se encuentra en situación de igualdad, estando regulada por los mismos requisitos que la oficial representada por el Ministerio Fiscal”.

²¹ Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal...cit.*, p. 664. De otra opinión, GÓMEZ COLOMER, Juan L., *Estatuto...cit.*, p. 269, quien tomando como referente la realidad procesal

ha sido una opción legislativa históricamente rechazada en los países que se inscriben dentro del modelo europeo continental, cuyos códigos procesales reconocen una acusación única y pública, monopolizada por el Ministerio Fiscal (paradigmáticos, Alemania e Italia)²².

Por otra parte, la figura del «*querellante adhesivo o coadyuvante*» se caracteriza por permitir que la víctima lleve a cabo una actuación dependiente y accesoria de la acusación pública: solo puede intervenir con esa condición si el fiscal ha ejercitado la acción penal pública, y su actuación procesal estará limitada, en sus aspectos esenciales, por el contenido y alcance de la imputación oficial. El querellante adhesivo *colabora* con la acusación pública, al tiempo que ejerce un *control* sobre la actuación de la Fiscalía²³ —esa es su misión principal—, sin perjuicio de que aproveche su participación en el proceso para procurar su resarcimiento y lograr una reparación efectiva.

En Europa siguen este modelo, con matices diversos, la Ordenanza Procesal Penal Alemana, —que reconoce la figura del «actor accesorio» o *nebenklage* (§§ 395-402 StPO)²⁴—, y el Código Procesal Penal portugués

española afirma que “la igualdad y el derecho a un proceso con todas las garantías (debido proceso) no resultan afectados por el número de personas que ocupan la acusación, ni el número de personas acusadas”.

²² Un análisis de Derecho comparado sobre la cuestión puede verse en GÓMEZ COLOMER, Juan L., *Estatuto...cit.*, pp. 131 y ss.; DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *El ejercicio...cit.*, pp. 86 y ss.

²³ *Vid.* MAIER, Julio, *Derecho procesal...cit.*, pp. 624 y 625; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 533; GÓMEZ COLOMER, Juan L., *Estatuto...cit.*, pp. 151-152; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, 2016, pp. 52-53. Asimismo, en la doctrina brasileña, FARIAS, Vilson, “Convivência do Ministério Público com a vítima (tendências internacionais, principalmente a luz do direito português e brasileiro)”, *Revista do Ministério Público do RS*, No. 76, 2015, pp. 177-178 y 180, quien señala que la labor acusatoria del fiscal está sometida a un control externo que es llevado a cabo tanto por el tribunal, cuando ordena completar o corregir la imputación; como por la víctima, cuando aprovecha las facultades que la ley le reconoce para intentar corregir acusaciones deficientes, imprecisas u omisivas. Sobre este último punto el citado autor remarca la clara tendencia a permitir que la víctima controle el derecho de acusación del Ministerio Público, si bien los remedios varían según las distintas opciones legislativas.

²⁴ En el Derecho procesal penal alemán, la «acción accesorio» le permite a la víctima intervenir activamente en el proceso penal y ejercer labores acusatorias frente a ciertos hechos delictivos especialmente graves, contemplados en régimen de *numerus clausus* en el § 395, ap. (1) StPO (asesinato, homicidio, lesiones, delitos sexuales, entre otros). *Vid.* ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima en

–que contempla la figura de la *vítima-asistente* (arts. 68-70 CPP)²⁵–; mientras que en Latinoamérica se advierte una tendencia a reconocer una fórmula legislativa de proyección mixta –derivada del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (art. 78)– que da cobertura a ambas formas de intervención y deja a elección de la víctima la opción de constituirse en *querellante conjunto*, o actuar como *querellante adhesivo o coadyuvante*. Así, entre otros, los ordenamientos procesales de Argentina (art. 87), Guatemala (art. 116), Costa Rica (art. 75 CPP) y Panamá (art. 85 CPP), permiten a la víctima, en los delitos de acción pública, «*provocar la persecución penal o adherirse a la ya iniciada por el fiscal*».

El modelo del *querellante adhesivo o coadyuvante*, que algún autor reconoce como la opción legislativa preferible²⁶, garantiza la participación de la víctima en el ejercicio de la acción penal pública al tiempo que neutraliza los riesgos de desigualdad atribuidos al modelo del *querellante conjunto*. Asimismo, proporciona ventajas prácticas en un doble sentido: por un lado, el control ejercido por la víctima coadyuvante contribuye a “desburocratizar la actuación de la fiscalía” (cuyas rutinas generales pueden no ajustarse a las especificidades de un caso en concreto)²⁷, al tiempo que ofrece mayores garantías de transparencia²⁸. Y, por otra parte, se considera que esa condición procesal de asistencia a la actividad acusadora ofrece mayores incentivos para que la víctima colabore con el esclarecimiento de los hechos, lo que incide positivamente en la eficacia de la persecución penal²⁹.

el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales”, en MAIER, Julio. B., (Ed.), *De los delitos y de las penas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 24-26; ROXIN, Claus, *Derecho procesal...cit.*, pp. 533-537.

²⁵ Este mismo modelo es el que sigue el CPP brasileño (arts. 268-273).

²⁶ Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal...cit.*, p. 664.

²⁷ Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal...cit.*, p. 661.

²⁸ La garantía de transparencia es una de las funciones que la doctrina alemana atribuye a la figura del actor accesorio (*nebenklage*). Vid. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, *Las víctimas...cit.*, pp. 52-53, y las referencias alemanas que cita.

²⁹ Este “uso utilitarista de la víctima por parte del sistema de justicia penal” ha sido puesto de relieve por un sector de la doctrina. Se parte de que “la víctima es la gran puerta de entrada de los hechos criminales en el sistema de control formal”, de modo que, si el objetivo es aumentar la eficacia en el control del delito, ésta ha de tener suficientes incentivos para acudir al sistema. Cuando el Estado reduce los inconvenientes de la participación de las víctimas en el proceso, y les garantiza un mayor grado de sus intereses (legítimos) desde el propio sistema penal, incentiva su cooperación en el esclarecimiento y persecución de la delincuencia. Vid. HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima (Compendio de Victimología)*,

Si se contrastan ambos modelos con el diseño normativo de la víctima coadyuvante en la LPP, parece claro que el legislador cubano ha optado por la segunda de las variantes comentadas: nuestro «*coadyuvante de la acusación*» comparte esencia con el *nebenklage* alemán, y es el equivalente nacional del *querellante adhesivo* latinoamericano.

4. La “víctima coadyuvante” en la LPP: su actuación frente al «objeto del proceso» y al «objeto del debate»

Las notas de accesoriedad y dependencia típicas del *querellante adhesivo* o *coadyuvante* no impiden que este goce de “cierta autonomía procesal” para expresar algún nivel de disidencia respecto a la conducta procesal del acusador estatal³⁰, pero la extensión de sus facultades, en ese ámbito, dependerá de la configuración legislativa y, en última instancia, de la interpretación que asuman los operadores del sistema penal.

Ni el art. 459.4 *in fine* LPP, ni los demás preceptos concordantes, explicitan el alcance de la actuación procesal de la víctima coadyuvante en cuanto a la introducción de elementos fácticos configuradores del *objeto del proceso*, ni respecto a los criterios jurídicos y solicitudes que hacen parte del denominado *objeto del debate* (calificaciones jurídicas y *petitum*)³¹. El legislador se ha limitado a decir que dicho interviniente deberá formular conclusiones provisionales acusatorias en las que habrá de “*reafirmar la postura asumida por la acusación*”; pero, aun manteniendo esa postura reformatoria ¿tiene el coadyuvante algún margen de movimiento para matizar la plataforma de hechos, la tesis jurídica o las solicitudes que llenan de contenido la *postura* del fiscal?

EDERSA, Madrid, 1996, p. 121; MONTESDEOCA, Daniel, *Justicia restaurativa y Sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 71.

³⁰ Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal...cit.*, p. 654, reconociendo que “el acusador adhesivo puede gozar de cierta autonomía procesal”. Asimismo, SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 67: las posibilidades de ejercicio autónomo de la pretensión de los querellantes adhesivos “son muy variadas en función de la regulación concreta que se haya establecido”.

³¹ La distinción entre las categorías «objeto del proceso» y «objeto del debate», y su rendimiento práctico de cara a las facultades y limitaciones de las partes y del órgano jurisdiccional, ha sido suficientemente aclarada en la doctrina cubana por MENDOZA DÍAZ, Juan, “Los Principios del Proceso Penal”, en Colectivo de Autores, *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Félix Varela, La Habana, 2002, p. 97. De interés, también, LÓPEZ ROJAS, Dayan G. y BERTOT YERO, María C., “Otra mirada en torno a la regla de congruencia en el proceso penal cubano”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 4, No. 1, 2013, pp. 87-119.

La clave parece estar en el sentido que se le atribuya al sintagma «*postura asumida por la acusación*», respecto al que caben dos posibles interpretaciones. Conforme a un primer criterio, de proyección restrictiva, podría entenderse que la víctima coadyuvante está obligada a reproducir absolutamente, como un calco al carbón, las conclusiones acusatorias del fiscal, sin posibilidad de introducir ninguna clase de disenso en cuanto a aspectos fácticos y jurídicos de la acusación. Por otro lado, una intelección más amplia, permite considerar que el art. 459.4 *in fine* LPP solo pone de relieve la obligación de la víctima de ratificar el *interés* del fiscal en el esclarecimiento del hecho y en el establecimiento de la responsabilidad e imposición de las consecuencias legales que correspondan (lo cual deriva de su posición de coadyuvancia)³².

Si el propósito del legislador ha sido el de rescatar y fortalecer el papel de la víctima, reconociéndole un auténtico derecho de participación procesal para minimizar la victimización secundaria y favorecer su reparación, parece que la segunda de las posiciones es la única asumible, puesto que “obligarle” a reafirmar *in integrum* una acusación omisa o sesgada implicaría su revictimización.

4.1. Facultades de la víctima coadyuvante respecto a la introducción de los hechos

La materialización del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de la víctima que se constituye en coadyuvante del fiscal implica que aquella pueda colaborar con este en el ejercicio de la acción penal pública y ejercer un control sobre su adecuación al interés general. Desde esa perspectiva, la víctima ha de poder subsanar eventuales “desviaciones” de la imputación fiscal introduciendo correcciones o matizaciones para contribuir a la correcta determinación del hecho que la perjudicó, a su significación jurídico-penal, o a las consecuencias jurídicas que de él se deriven.

Pero el hecho de que la víctima coadyuvante no deba actuar –en todos los casos y necesariamente– como *alter ego* de la Fiscalía, asumiendo de modo sumiso y resignado todos los extremos de su escrito de conclusiones acusatorias, no implica que goce de absoluta libertad en cuanto a la introducción de los hechos penalmente relevantes. Por el contrario, quien decida constituirse en acusador coadyuvante deberá respetar el

³² Como se reconoce en la doctrina del proceso civil, el *coadyuvante* o *interviniente adhesivo simple* es aquel sujeto que, sin ostentar la titularidad del derecho subjetivo material discutido, tiene un interés en favorecer el éxito de la parte a la que coadyuva. *Vid.*, por todos, GIMENO SENDRA, Vicente, *et. al.*, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 344 y 505.

objeto procesal penal delineado por el fiscal en la primera de sus conclusiones acusatorias³³. Como hemos venido diciendo, la víctima podrá matizar el hecho imputado, pero sin introducir aspectos que determinen su modificación esencial³⁴.

Esta limitación –que es análoga a la que debe observar el Tribunal por imperio del *principio de correlación entre la acusación y la sentencia*– es consecuencia de los términos en los que debe ser entendido el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima coadyuvante, a partir de la condición que ostenta en el diseño procesal. El legislador ha decidido que el citado derecho constitucional, en lo que respecta a la víctima coadyuvante, se concrete en una intervención accesoria y dependiente, cuya finalidad es la de colaborar con la parte acusadora y controlar su actuación. En la medida en que este interviniente no ejercita la acción penal (que sigue correspondiendo, en exclusiva, al fiscal), no le está permitido plantear su “propio” hecho delictivo³⁵.

Que la víctima coadyuvante pueda introducir matices al hecho imputado, determinantes de una propuesta de calificación jurídico-penal de mayor intensidad a la propuesta por el fiscal, no incide negativamente sobre el derecho de defensa del acusado, porque él estará impuesto de esta postura desde el primer momento y podrá resistirse a ella valiéndose de las mismas facultades defensivas (de alegación y prueba) que la ley le franquea para hacer frente a la acusación estatal³⁶. En peor posición

³³ Las observaciones realizadas en este apartado tienen por objeto los “hechos con relevancia penal”. Respecto a las cuestiones fácticas exclusivamente relacionadas con las consecuencias civiles derivadas del delito, la víctima sí goza de absoluta libertad: ellas guardan relación con el derecho privado de la víctima a la reparación (restitución, resarcimiento o indemnización) y son objeto del proceso civil acumulado (ya no de forma obligatoria) al proceso penal.

³⁴ Sobre cuándo entender que ha tenido lugar una alteración sustancial del hecho imputado, desde una perspectiva de conjunto que toma en cuenta las garantías derivadas del principio acusatorio y del derecho de defensa, *vid.* LÓPEZ ROJAS, Dayan G. y BERTOT YERO, María C., *Otra mirada...cit.*, pp. 100 y ss.

³⁵ Una consecuencia práctica de ello es que el abandono del ejercicio de la acción por el fiscal (retirada de la acusación) determina la extinción *ipso iure* de la posición jurídica de coadyuvancia ocupada por la víctima, de modo que si esta tiene interés en seguir adelante con la acusación deberá optar por constituirse en acusador particular (arts. 436 y 142-h LPP).

³⁶ Téngase en cuenta que las conclusiones provisionales de la víctima coadyuvante son notificadas al acusado de conjunto con las del fiscal, luego aquel podrá organizar su defensa tomando en consideración los criterios del acusador coadyuvante (arts. 459.1 y 461 LPP). De ahí la improcedencia del empleo de la fórmula prevista en el art. 546 LPP cuando el Tribunal decide acoger la tesis de la víctima coadyuvante. La finalidad de la alerta contemplada en el citado precepto es la de

queda el acusado cuando la iniciativa de incorporar matices agravatorios al hecho imputado parte del Tribunal –por vía de la fórmula prevista en el art. 546 LPP–, pues, ante esa situación, sólo podrá defenderse con meras alegaciones verbales, como se deduce del art. 548 LPP.

4.2. Facultades en cuanto a las calificaciones jurídicas y a la solicitud de pena

Para abordar esta cuestión conviene recordar que tanto la calificación jurídica como la pretensión penal (solicitud de pena y demás medidas) son aspectos cuya decisión compete, en exclusiva, al órgano jurisdiccional. Esto es así porque la aplicación de las normas que describen los hechos penalmente relevantes y sus consecuencias supone ejercer el *ius puniendi*, y ese poder es privativo de los jueces.

En la medida en que estos elementos no forman parte del objeto del proceso (sino del debate), la víctima podrá plantear su propio criterio de calificación y solicitar las consecuencias jurídicas –penales y no penales– que estime aplicables al hecho imputado, que podrá matizar y complementar, pero no alterar en términos sustanciales.

El acusador coadyuvante, en suma, tiene la facultad de anticipar en sus conclusiones los mismos aspectos que podría introducir el Tribunal, de modo tardío, con el empleo de la fórmula del art. 546 LPP. Así, la víctima podrá: ofrecer una calificación distinta del hecho y del grado de intervención que en él tenga el acusado, solicitar la apreciación de circunstancias agravantes o reglas de adecuación no pedidas por la acusación, así como interesar una respuesta jurídica más intensa que la pedida por el fiscal (sanción mayor, sanción más grave, sanciones accesorias no pedidas).

Será en el ámbito de la solicitud de penas y demás consecuencias jurídicas donde seguramente se van a percibir más intensamente las actitudes vindicativas de las víctimas; y los jueces deberán ser especialmente cuidadosos para evitar que aquella “sed de venganza” influya en el proceso de adecuación de la pena. Aunque existen criterios divergentes³⁷,

garantizar el principio de contradicción y el respeto al derecho de defensa frente a la introducción sorpresiva de aspectos fácticos y/o jurídicos ajenos al debate penal; y es obvio que en el supuesto comentado no se producen este tipo de situaciones.

³⁷ En Portugal, la legitimación de la *vítima-assistente* (arts. 68-70 CPP) para cuestionar en vía recursiva el tipo y alcance de la sanción impuesta al acusado ha suscitado un largo debate, que la jurisprudencia de ese país ha resuelto en el sentido de entender que ello será posible únicamente en aquellos supuestos en los que la víctima “tiene un interés concreto y propio (...) porque puede beneficiarse de la me-

la víctima coadyuvante parece estar legitimada para influir en el proceso de selección de la respuesta penal merecida al hecho victimizante, atendida las finalidades de esta intervención procesal –colaboración y control respecto del *ius accusandi*–; pero esa influencia sobre la determinación y adecuación de la pena solo es legítima cuando responde a las citadas finalidades, orientadas a garantizar el interés general. Así, por ejemplo, es legítima la postura de la víctima coadyuvante que procura evitar la imposición de una sanción ilegal (que no se ajusta al marco penal del delito calificado por el fiscal), o una sanción desproporcionada (inidónea para cumplir las finalidades previstas en el art. 29 CP (por defecto, aunque también por exceso); o que, en contra del parecer del fiscal, reclama la imposición de una medida de protección, como lo es la *prohibición de acercamiento a la víctima, perjudicado, familiares o personas allegadas afectivamente*, prevista como sanción accesoria de carácter facultativo en el art. 58 CP.

5. Conclusiones (y una reflexión general)

El alcance de la actuación procesal de la víctima que opta por constituirse en coadyuvante de la acusación (que el legislador no ha clarificado suficientemente), debe concretarse al hilo de un ejercicio interpretativo que tome en cuenta: I) la específica proyección del derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva, II) el sentido de una intervención procesal adhesiva respecto al interés público que subyace a la actuación del fiscal, y III) el significado e interacción de las categorías procesales “objeto del proceso” y “objeto del debate”.

El derecho constitucional de la víctima coadyuvante a la tutela judicial efectiva (art. 92 CR en relación con el art. 138 LPP) implica permitirle una *participación real* en el ejercicio de la acción penal ejercitada por el

dida de la pena”. Así, entre otras, la Sentencia No. 8/99 del Pleno de la Sala Penal del STJ, de 30 de octubre de 1999: “*el asistente no tiene legitimación para recurrir, sin acompañamiento del Ministerio Público, contra el tipo y el alcance de la pena impuesta, salvo que demuestre un interés concreto para actuar por derecho propio*”; y la Sentencia del Tribunal de Apelación de Oporto No. 715, de 4 de marzo de 2015: “*las cuestiones relacionadas con el tipo y la medida de la pena forman parte del núcleo punitivo del Estado, su ius puniendi, cuya defensa no corresponde a los particulares sino al Ministerio Fiscal*”. A favor de esta opinión, en la doctrina portuguesa, SIMAS SANTOS, Manuel y LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Recursos Penais*, 8ª ed., Rei dos Livros, Lisboa, 2011, p. 57. Sin embargo, este punto de vista debe ser rechazado en la medida en que no toma en cuenta el alcance del interés procesal de la víctima que actúa como asistente o coadyuvante del fiscal: funciones de auxilio a la acusación pública y control sobre el modo en que dicho funcionario sirve al interés general.

fiscal, de modo que pueda contribuir a ver realizado el interés público en el esclarecimiento, persecución y sanción de los hechos delictivos como vía para garantizar la convivencia pacífica (interés general). Esta *participación real* solo se materializa si se permite a la víctima llevar a cabo una colaboración proactiva con la labor acusatoria estatal, de modo que su posición procesal no puede ser entendida en clave de encadenamiento absoluto a la *postura asumida por la acusación*, porque una interpretación del art. 459.4 *in fine* LPP, en esos términos, resulta contraria al sentido de la Constitución.

Descartada la estricta relación de sumisión entre la víctima coadyuvante y el fiscal, es obligatorio poner de relieve que aquella no puede desbordar los límites derivados de la condición procesal que le impuso el legislador: la de interviniente adhesivo o coadyuvante. Que estemos ante una típica intervención adhesiva supone que la víctima no es una parte plena (ella no ejerce la acción penal, ni defiende un interés propio), sino una *parte limitada* cuyo ámbito de actuación está marcado por las notas de accesoriadad y dependencia respecto de la postura de la parte coadyuvada o *dominus litis* (el fiscal).

Puesto que la víctima coadyuvante no ejerce la acción penal, ella no puede plantear su “propio hecho”, así que el objeto del proceso sigue su *iter* de configuración habitual: lo define el fiscal en la primera de sus conclusiones acusatorias, y resulta inmodificable en sus aspectos esenciales. Pero ello no quiere decir que la víctima esté obligada a asumir la hipótesis de la acusación como un calco al carbón, porque el interés general al que coadyuva le legitima para introducir matizaciones y subsanar posibles omisiones o imprecisiones en el hecho imputado por el fiscal (sin llegar a introducir aspectos que determinen su modificación sustancial), y también para sugerir un criterio de calificación distinto, o solicitar una respuesta penal de mayor intensidad.

Hay que insistir en que las citadas posibilidades procesales de la víctima no encuentran justificación en un (inexistente) derecho material al castigo penal del culpable, sino en el interés del sistema penal en habilitar un mecanismo a través del cual pueda colaborar con el ejercicio de la acusación pública y controlar su adecuación al interés general, como vía legítima para lograr su satisfacción. Desde ese punto de partida, los tribunales deberían valorar con suma cautela las posturas y peticiones de este nuevo interviniente en aras de no tutelar intereses puramente vindicativos. La proscripción de situaciones revictimizantes, la garantía de que no exista impunidad, y una aplicación contenida y ponderada del *ius puniendi*, deben seguir siendo los pilares a través de los cuales el ordenamiento jurídico canalice las pretensiones satisfactivas de la víctima.

Por último, se impone una reflexión general sobre el impacto que el “renacimiento de la víctima” está ocasionando en la situación procesal

de los imputados y acusados. La opción político-criminal de incluir en el “diálogo punitivo” a quien ha sufrido los efectos de un delito, concediéndole una participación relevante en el proceso, ha de ser celebrada; pero no hay dudas de que esto conduce a un escenario riesgoso para los derechos y garantías de los imputados/acusados, que obligará a plantear cambios importantes en las estrategias de defensa³⁸. Ya no es solo la tradicional cuestión de lograr equilibrar las garantías del “perseguido” con el interés estatal en controlar la delincuencia de modo eficaz (derechos del acusado frente al interés estatal); sino que ahora la ecuación tiene una nueva variable: los derechos de la víctima, que también deben ser tutelados sin menoscabar las garantías de aquel (derechos del acusado frente a los derechos de la víctima).

Aunque el reconocimiento de los derechos de las víctimas no busca replantear el estatuto jurídico del imputado/acusado (que ha sido una de las mayores conquistas del moderno Estado de Derecho)³⁹; lo cierto es que, en no pocas ocasiones, la operatividad de aquellos conducirá necesariamente a una modulación –cuando no a una vulneración– de algún derecho o garantía del imputado/acusado, justificable a partir de la existencia de un valor jurídico (el de la víctima) que demanda una protección superior⁴⁰.

El profesor GÓMEZ COLOMER ha resumido, en una reflexión muy concreta, el actual estado de cosas:

“¿Es justo, es injusto? ¿Tantos años de lucha democrática por los derechos del acusado en el proceso penal y ahora viene una víctima y acaba con ellos? El Derecho Procesal Penal está cambiando, y estamos en ese punto todavía en fase evolutiva. Si el final es el nacimiento de un Derecho Procesal Penal de la Víctima a costa de esos derechos del acusado, vamos muy mal. Pero si no hacemos nada por las víctimas, quizás vayamos peor”⁴¹.

El panorama se torna incierto. Los retos para el Estado de Derecho son cada vez mayores. Y habrá que estar a la altura, por el bien de todos.

³⁸ Vid. Gómez Colomer, Juan L., *Estatuto...cit.*, p. 270.

³⁹ Vid. SANZ HERMIDA, Ágata, *La situación...cit.*, p. 64.

⁴⁰ Baste citar, a modo de guisa, las duras críticas al valor reforzado que va adquiriendo la declaración de la víctima por el mero hecho de tener tal condición. Sin abandonar (formalmente) el sistema de la libre valoración de la prueba, se está pasando de un escenario en el que “de mi palabra (acusado) frente a la tuya (víctima)” cabía esperar “un resultado previsible de absolución”, a otro en el que el resultado es de “previsible condena por tener ésta más valor”. Vid. Gómez Colomer, Juan L., *Estatuto...cit.*, pp. 269-270.

⁴¹ Gómez Colomer, Juan L., *Estatuto...cit.*, pp. 270-271.

Trata de personas. La Comunidad internacional, el consentimiento de la víctima y su regulación en Cuba

Las infracciones de los derechos humanos son a la vez causa y consecuencia de la trata de personas. Por lo tanto, es indispensable que la protección de todos los derechos humanos ocupe un lugar central en las medidas que se adopten para prevenir esa trata y ponerle término.

Las medidas para combatir la trata de personas no deben redundar en desmedro de sus derechos humanos y su dignidad y, en particular, de los derechos de quienes han sido víctimas de ella, los migrantes, las personas desplazadas internamente, los refugiados y quienes soliciten asilo. (Principios Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Oficina del Alto Comisionado de las UN sobre Derechos Humanos).

ARNEL MEDINA CUENCA*

Sumario

1. Introducción
2. El rol de la Comunidad internacional en el enfrentamiento a la trata de personas
3. El problema no resuelto sobre consentimiento de las víctimas de la trata
4. Análisis de la legislación penal cubana sobre trata de personas
5. A modo de conclusiones y recomendaciones

1. Introducción

Escribir en un muy merecido Libro Homenaje a la Magistrada María Caridad Bertot Yero, constituye para mí un honor y un reto. El tema seleccionado, sobre la trata de personas, me consta que lo ha trabajado y analizado con carácter crítico, a partir de su introducción en el Código Penal cubano en el año 1999, con más desaciertos que virtudes, como

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana, Máster en Derecho público por la Universidad de Valencia, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. Correo electrónico: arnelmedinacuenca@yahoo.es, Registro ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0554-9727>

se analizará *supra*. En varias ocasiones y especialmente en la etapa de elaboración del nuevo Código Penal cubano intercambiamos criterios al respecto y aunque no todas nuestras propuestas aparecen reflejadas en el texto recién aprobado, como generalmente ocurre, cuando de elaborar nuevas leyes se trata, nos queda la satisfacción de que hoy contamos con una norma muy superior y ajustada a los convenios internacionales de los que Cuba es Estado parte. Agradezco la invitación del Dr. C. Dayán López Rojas, a formar parte del colectivo de autores, que presenta esta obra a la consideración de la comunidad jurídica nacional e internacional.

Si existe alguna forma de atropello total a la dignidad humana, en que se representan todas las formas de violencia, es la de convertir a un individuo en un objeto, en una mercancía, sometiéndole a la voluntad y arbitrio de su “dueño”. Por ello es tan acertado que se hable con insistencia de que el delito de trata de personas es en verdad la fórmula moderna de esclavitud de seres humanos¹.

En la Edad Media, debido a que las poblaciones marginales no podían defenderse, sus habitantes eran vendidos como esclavos a los traficantes que los conducían a regiones donde se encontraban los compradores. Esta perspectiva comercial de una sociedad esclavista propia de la época no resulta muy diferente de las prácticas actuales, aunque los métodos sean distintos, de ahí la denominación de esclavitud moderna.

La trata de personas es un fenómeno muy antiguo que sólo desde las últimas dos décadas ha venido saliendo a la luz pública. Durante la época colonial mujeres y niñas, en su mayoría pobres o indígenas, eran separadas de sus hogares y vendidas como mano de obra, como esclavas o como objetos sexuales. Esta situación se agudizó después de cada guerra mundial, siendo también víctimas las mujeres europeas, que huyendo del hambre y de los horrores de la guerra, fueron presa fácil de los traficantes, de ahí que la trata como problema social comenzó a reconocerse a fines del siglo XIX e inicios del XX a través de lo que se denominó trata de blancas, concepto que se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de “mujeres blancas”, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos, mediante secuestros, engaños y coacciones con el objeto de explotarlas sexualmente².

¹ Chiriboga Zambrano, Galo, “Trata de personas. Forma moderna de esclavitud. Entre los hechos y los conceptos”, Perfil Criminológico, N.º 16, julio de 2015, p. 1. Disponible en: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/7513/2/BFLACSO-PC16.pdf>, consultado el 22/5/2022.

² Requena Espada, Laura, Andrea, Giménez-Salinas, Framis y Manuel, De Juan Espinosa, “Estudiar la Trata de Personas, Problemas metodológicos y propuestas

GAMARRA CHOPO, afirma con razón, que la práctica de la trata de personas o trata de seres humanos (expresión que se utiliza en el territorio de la Unión Europea), constituye una de las violaciones más graves de los derechos humanos que pueden producirse, suponiendo la mercantilización del ser humano. Supone tratar con seres humanos y utilizarlos para un comercio que produce ingentes beneficios, de la misma manera que se trata con ganado o se comercializa con mercancías de cualquier tipo. La persona se cosifica y pasa a formar parte del mercado internacional en mayor medida, pero también cada vez más, del interior de cada Estado. Cada año, miles de hombres, mujeres, niñas, niños y adolescentes caen en manos de delincuentes, para su explotación. Casi todos los países del mundo se ven afectados por ella, ya sea como país de origen, tránsito o destino de las víctimas. Es un delito contra la persona y también contra el Estado, calificado como crimen de lesa humanidad cuando se produce de forma generalizada en contra de un colectivo³.

La preocupación por la esclavitud moderna, el incremento de los niveles de pobreza y de las migraciones genera, junto a otros factores como la violencia, la inseguridad ciudadana y la actuación de las bandas criminales, que penetran todos los sectores de la sociedad, un incremento de la trata de personas; como bien reconoce las Naciones Unidas, la pobreza, el desempleo, la falta de oportunidades socioeconómicas, la violencia basada en el género, la discriminación y la marginación son algunos de los factores que contribuyen a hacer a las personas vulnerables a la trata⁴.

En el siglo XXI, como se ha señalado con acierto desde la doctrina, la esclavitud no puede considerarse una monstruosidad del pasado de la cual nos hayamos definitivamente liberado, se trata de un negocio que en el mundo está más en auge que nunca. La globalización, la pobreza, las guerras, los desequilibrios demográficos de los países de origen, la violencia social, la inestabilidad política de los Estados, los conflictos

para su resolución”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 14-13, 2012, pp. 20-25. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-13.pdf>, consultada el 21/5/2022.

³ Lucea Sáenz, Ascensión, El estado actual de la trata de personas: Una aproximación desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2015, p. 35. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/60601/files/TESIS-2017-019.pdf>, consultada el 3/5/2022.

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas”, Resolución 64/293, aprobada el 12 de agosto de 2010, p. 1. Disponible en: https://www.ion.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/64/a-res-64-293_S.pdf, consultada el 8/5/2022.

étnicos o religiosos y la modernización de la agricultura, constituyen factores de gran impacto, que determinan la permanencia de la esclavitud, favorecida por la inmigración económica y la vulnerabilidad de los inmigrantes⁵.

El surgimiento de diversas modalidades de este delito y de redes del crimen organizado que utilizan al máximo los recursos tecnológicos, económicos y humanos con que cuentan, han provocado que cada día sea un reto para las autoridades poder detectarlas, combatir las y darles una atención integral a las víctimas.

Si hace 50 años, cuando la utilización del poder punitivo por los Estados seguía una orientación más humanitaria, tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y las Naciones Unidas se esforzaban por lograr el reconocimiento efectivo de los derechos humanos, consagrados en numerosos Instrumentos jurídicos internacionales, a nuestros abuelos les hubieran comentado que en el siglo XXI alrededor de cuarenta millones de personas, cada día se mantendrían bajo diversas formas de esclavitud, seguramente se hubieran mostrado muy incrédulos, a tono con el optimismo de la época y los avances que se apreciaban en defensa de los derechos de los hombres y mujeres que habitamos el planeta Tierra⁶.

Actualmente, no existen estimaciones mundiales o regionales sobre la prevalencia de la trata de personas. En una proyección mundial de la prevalencia de los delitos de trata de personas con fines de trabajo forzoso y matrimonio forzoso, elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la *Walk Free Foundation* (WFF), en colaboración con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), se calcula en el informe correspondiente al 2017, que 40 millones de personas fueron víctimas de formas contemporáneas de esclavitud a lo largo de 2016. De estas, aproximadamente 25 millones se encontraban realizando trabajos

⁵ Pérez Cepeda, Ana Isabel, "Algunas Consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas", REDUR N° 0 /junio 2002, p. 110. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero0/perez.pdf>, consultada el 12/5/2022.

⁶ A modo de ejemplo, ver: ELBAGIR, Nima, "EXCLUSIVO: subasta de esclavos en el siglo XXI", CNN en Español, 14 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/cnnee-pkg-nima-elbagir-subasta-de-esclavos-hombres-vendidos-como-mercancia/>, consultado el 6/5/2022. Durante años, los migrantes que cruzaron el Mediterráneo han vivido historias de horror: palizas, secuestros y hasta esclavización. Muchos de ellos hacen viajes traumatizantes desde los países del África Occidental. En 2017, un equipo de CNN pudo viajar a Libia para ser testigo de primera mano de este trato inhumano. Lograron acceso a una subasta de esclavos, donde los hombres fueron vendidos como mercancías, a un precio equivalente de 400 dólares americanos.

forzosos y unos 15 millones habían contraído matrimonio forzoso. Para realizar estas estimaciones, se utilizaron datos procedentes de la base de datos de la OIM sobre la trata de personas con fines de explotación sexual y explotación infantil⁷. En otras palabras, en un día cualquiera de 2016, es probable que hubiera 40 millones de hombres, mujeres y niños obligados a trabajar contra su voluntad bajo amenazas, o viviendo en un matrimonio forzoso, al que no habían prestado su consentimiento⁸.

Las mujeres y niñas están desproporcionadamente afectadas por la esclavitud moderna; alcanzan una cifra de 28,7 millones, lo que equivale al 71 por ciento del total general de las víctimas. Más precisamente, las mujeres y las niñas representan el 99% de las víctimas del trabajo forzoso en la industria sexual comercial, el 58 en otros sectores, el 40 por ciento de las víctimas en trabajos forzosos impuestos por el Estado y el 84% de víctimas de matrimonio forzoso⁹.

2. El rol de la Comunidad internacional en el enfrentamiento a la trata de personas

En épocas remotas el hombre se trasladaba de un lugar a otro en busca de alimentos, con la evolución de la sociedad, la posibilidad de encontrar mejores condiciones de vida determinó los flujos migratorios entre regiones y países y en los últimos siglos con el desarrollo del transporte, las comunicaciones, los efectos de la globalización y fundamentalmente como consecuencia del incremento significativo de las desigualdades entre países del norte desarrollado y del sur, empobrecido, el tema migratorio se ha convertido en un problema que preocupa a la Comunidad internacional y a los Estados nacionales¹⁰.

⁷ PORTAL DE DATOS SOBRE MIGRACIÓN, UNA PERSPECTIVA GLOBAL, “Estadísticas de la inmigración y emigración”, 6 de mayo de 2021, p. 4. Disponible en: <https://www.migrationdataportal.org/es/themes/trata-de-personas>, consultado el 15/5/2022.

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y WALK FREE FOUNDATION, “Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. TRABAJO FORZOSO Y MATRIMONIO FORZOSO”, Ginebra 2017, pp. 9-10. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_651915.pdf, consultado el 2/5/2022.

⁹ *Ídem*, p. 10.

¹⁰ GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, *MUNDI MIGRATIOS*, “El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico y trata de personas y otras figuras afines. Una visión desde Cuba en el Siglo XXI”, *Vol.: 2, No.1*, Anuario Digital CEMI, Centro de Estudios de Migraciones Internacionales, Universidad de La Habana, 2014, p. 1. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/ceci-uh/20150911015632/5-49-92-1-SM.pdf>, consultada el 20/5/2022.

En nuestros días, precisa AJA DÍAZ, los flujos migratorios son producto de diversos factores que le otorgan un gran dinamismo. Las tendencias demográficas, los conflictos armados, los desastres naturales, las insuficiencias estructurales del desarrollo, las desigualdades de las economías nacionales, las condiciones de pobreza de amplios sectores, la falta de oportunidades laborales y en general, el abismo cada vez mayor entre pobreza y riqueza, estimulan la movilidad de los seres humanos. En consecuencia, la disfuncionalidad migratoria es producto de las contradicciones básicas del mundo en que vivimos¹¹.

En la medida en que los países más ricos restringen la entrada de inmigrantes a sus territorios, se produce un incremento significativo de las migraciones irregulares, con una participación creciente de las bandas criminales que han encontrado una vía de obtener fáciles ganancias, no solo traficando seres humanos, sino también con fines de explotación sexual, laboral, para la extracción de órganos corporales y para otros fines ilícitos.

Las razones de las migraciones que han ocurrido a lo largo de la historia de la humanidad, siempre han sido las mismas: buscar otro país que les brindara oportunidades de disfrutar de mayor felicidad, prosperidad y bienestar. Fue a partir de la penúltima década del siglo XIX en el año 1881, cuando las migraciones adquieren la característica de transferencia de mano de obra, dentro de un sistema económico internacional. Como expresara MÁRQUEZ COVARRUBIAS el fenómeno está directamente sujeto al ciclo económico del capitalismo. La dinámica del capitalismo neoliberal representa una vorágine destructora de capital, población, naturaleza, infraestructura, cultura y conocimiento. Su objetivo primordial es maximizar las ganancias de los grandes capitales transnacionales, para lo cual promueve la estrategia del mercado total, la explotación de fuerza de trabajo barata, la depredación ambiental, la financiarización de la economía y la militarización de las relaciones internacionales. La insustentabilidad de la mayoría de la población se expresa en desempleo y subempleo, migración forzada, pobreza, hambre y muerte¹².

El capitalismo en general y su configuración neoliberal en particular representan un modelo de civilización a todas luces insostenible. El

¹¹ AJA DÍAZ, Antonio, "Temas en torno a un debate sobre las migraciones internacionales", CEMI, Centro de Estudios de Migraciones Internacionales, La Habana, Cuba, Julio de 2004, p. 1. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cemi-uh/20120822094918/temas.pdf>, consultada el 20/5/2022.

¹² MÁRQUEZ COVARRUBIAS, HUMBERTO, "Crisis del sistema capitalista mundial: paradojas y respuestas", *POLIS, Revista Latinoamericana*, No. 27, 2010, párr. 41. Disponible en: <https://journals.openedition.org/polis/978>, consultada el 22/5/2022.

inexorable proceso de concentración de capital, poder y riqueza en pocas manos, el modelo de acumulación centralizado y la innovación tecnológica basada en los países centrales han consolidado un sistema de civilización que profundiza el desarrollo desigual, por lo que no reviste validez universal ni es garante de la existencia humana¹³.

En relación con la trata de personas, durante el siglo XX, se adoptaron varios Instrumentos jurídicos internacionales aprobados, en las Naciones Unidas y en otros foros internacionales y regionales, que contienen regulaciones sobre la trata de personas y los derechos de sus víctimas. Estos documentos tratan el fenómeno como un delito que es necesario prevenir y erradicar. La Convención sobre la Esclavitud, de 1926, promovida por la Sociedad de las Naciones, declara ilegal la esclavitud y crea un mecanismo internacional para perseguirla. Los Estados signatarios se comprometían a prevenir y reprimir la trata de esclavos y a procurar la supresión de la esclavitud en todas sus formas¹⁴.

Desde el Sistema de Naciones Unidas, creado en 1945, cuando aún estaban frescos en la memoria de la humanidad los horrores de la Segunda Guerra Mundial, muy pronto llegaron señales de que en la Comunidad internacional existía una firme voluntad de promover la protección de los derechos humanos, que se expresó en la aprobación de numerosos instrumentos jurídicos internacionales, entre los que se destacan, a los efectos de la investigación, la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948¹⁵, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1984¹⁶, entre otros importantes documentos.

¹³ *Ídem*, párr. 42.

¹⁴ . NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Convención sobre la Esclavitud”, firmada en Ginebra, el 25 de septiembre de 1926, promovida por la Sociedad de las Naciones, que entró en vigor el 9 de marzo de 1927, de conformidad con el artículo 12. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/slavery-convention>, consultada el 21/5/2022.

¹⁵ NACIONES UNIDAS, “Declaración Universal de Derechos Humanos”, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, consultada el 21/5/2022.

¹⁶ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, Ginebra. Disponible

La Organización de las Naciones Unidas, como sucesora de la Sociedad de Naciones, asume los compromisos de esta, firmándose en Nueva York el 7 de diciembre de 1953, de conformidad con el artículo III, un Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud, por el cual se transferían a la ONU las funciones asignadas en la Convención a varios organismos de la Sociedad de las Naciones¹⁷.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, proclama que toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene los derechos y libertades recogidos en la misma, sin distinciones de ninguna índole. En cuanto al tema que nos ocupa, prohíbe la esclavitud y la servidumbre involuntaria en sus artículos 4 y 5 respectivamente, cuando plantea: «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas»; «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Además, establece varias protecciones que se aplican a los esfuerzos mundiales por resolver este fenómeno, como las garantías de libertad de movimiento (artículo 13), libertad de no verse forzado a contraer matrimonio (artículo 16) y la elección libre de empleo (artículo 23), entre otras, que protegen a las víctimas y a las personas que pueden ser vulnerables a la trata. El 2 de diciembre de 1949, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (26), que entró en vigor el 25 de julio de 1951. Dicho documento consolida otros instrumentos internacionales referidos a la represión de la trata de mujeres y niños, que se encontraban en vigor y databan de 1904 a 1933¹⁸.

En abril de 1956 una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó, mediante

en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>, consultada el 21/5/2022.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud”, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953, en vigor desde el 7 diciembre de 1953, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1953, de conformidad con el artículo III, *New York*, 1953. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/protocol-amending-slavery-convention-signed-geneva-25-september>, consultada el 3/5/2022.

¹⁸ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24, *New York*, 1951. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>, consultada el 21/5/2022.

la Resolución 608, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud¹⁹, en la que se establece que cada uno de los Estados Parte en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba; toda práctica en virtud de la cual una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas, que la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven, entre otras acciones y conductas dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo uno del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926, referido *supra*. Pero además en esta se definen conceptos como el de esclavitud, persona de condición servil y trata de esclavos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo (2000), y sus protocolos contra la trata de personas y contra el tráfico ilegal de migrantes, comprometió a los Estados parte a adoptar medidas efectivas para el enfrentamiento a varios delitos transnacionales, entre ellos la trata de personas. En esta convención se establecen conceptos claves como son los de grupo delictivo organizado, delito grave, grupo estructurado, bienes, producto del delito, entre otros. Se establece en otros de sus artículos la participación en un grupo delictivo de carácter organizado. Se establece que debe existir un sistema de protección a los testigos, con procedimientos y normas, así como para las víctimas²⁰.

¹⁹ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608, entrada en vigor: 30 de abril de 1957, de conformidad con el artículo 13, Ginebra, 1956. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>, consultada el 21/5/2022.

²⁰ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de Palermo (2000)”, Ginebra, 2000. Disponible en: <https://www.unodc.org/docu->

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²¹, en el apartado a, del artículo tres, define la trata de personas, a los fines de dicho protocolo, como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. El Protocolo especifica, además que:

El consentimiento de la persona víctima de la trata no será válido cuando se haya obtenido por medios inadecuados: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado” (Art. 3, párr. b).

Cuando se trate de niños menores de 18 años, se señala que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios denunciados en el apartado a) del artículo tres del Protocolo, lo que evidencia una especial protección de los menores de edad. Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años. (Art. 3, párr. d).

En el ámbito europeo, en la DIRECTIVA 2011/36/, se precisa que la trata de personas es la “...La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el

[ments/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf](#), consultada el 19/5/2022.

²¹ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por las Naciones Unidas en Palermo, *New York*, 2000, Art. 3. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf, consultado el 19/5/2022.

abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra, con el fin de explotarla...” y se incluye en el concepto de vulnerabilidad, la circunstancia de que la persona no tenga otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso²².

En relación con las medidas de prevención e la trata de personas, el artículo 9 apartado 4, del Protocolo complementario de la convención de Palermo, establece que: “Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata²³. Estamos ante uno de los compromisos más incumplidos sobre todo por los países más desarrollados, que prefieren invertir en guardacostas, muros, incremento de las exigencias para el otorgamiento de visados y otras medidas encaminadas a la represión, en lugar de las necesarias medidas de inclusión, de los excluidos de siempre y de los que se les van incorporando, como resultado de las frecuentes crisis económicas.

Las incumplidas promesas de colaboración económica con los países del denominado Triángulo norte de Centroamérica, integrado por El Salvador, Guatemala y Honduras, para crear mejores condiciones de vida y posibilidades de empleo que eviten las caravanas de migrantes, por parte de las dos últimas administraciones del Gobierno de los Estados Unidos, constituyen un ejemplo evidente de que lo acordado por la Comunidad internacional para prevenir la trata y el tráfico de personas ha quedado en el olvido.

LÓPEZ OBRADOR, presidente de México, ha criticado recientemente, en varias oportunidades, al Gobierno de los Estados Unidos de América,

²² DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, “DIRECTIVA 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 abril de 2011”, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, Estrasburgo, 2011, Art. 2, apartados 1 y 2, p. 101/6. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>, consultado el 24/5/2022. En el apartado tres se señala que la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

²³ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, “Protocolo para prevenir... cit; Art. 9, apartado 4.

por retrasar ayuda para Centroamérica y priorizar a Ucrania, en referencia al Congreso de ese país, que no autoriza el paquete de ayuda por 4 mil millones de dólares para financiar proyectos de desarrollo en Centroamérica y con ello frenar los flujos migratorios que buscan llegar a su territorio a través de México. Mientras la ayuda prometida no acaba de llegar, ya se aprobaron más de 30 mil millones de dólares para apoyar en la guerra a Ucrania²⁴.

3. El problema no resuelto sobre consentimiento de las víctimas de la trata

En relación con el consentimiento de la víctima de la trata de personas, ocurre que, en ocasiones, la misma es engañada y termina estando en una situación de explotación sin conocer, en el momento de su captación o traslado, cuál será su cometido final. Cada día, multitud de personas que pensaban que trabajarían en una peluquería, en el campo o en una fábrica de conservas, inician un trayecto de miles de kilómetros para finalmente ser explotadas en prostíbulos, plantaciones agrícolas o incluso ser obligadas a transportar drogas entre países²⁵.

Existen otras víctimas en las que, a priori, no existe ese engaño porque son totalmente conocedoras de cuál será su cometido cuando lleguen al lugar de destino. En este aspecto, todavía queda mucho camino por recorrer, porque algunos países continúan regulando en sus legislaciones que la víctima mayor de edad y que consiente en la actividad de trata sin que medie engaño, coerción, amenaza o fuerza no es considerada víctima y, por lo tanto, no se considera delito²⁶.

La trata se basa en abuso de poder. Este fenómeno se manifiesta en las diferentes formas de violencia que utiliza el tratante para reclutar y controlar a las víctimas hasta el momento en que son entregadas a los explotadores. La mayor parte de las víctimas tienen una historia anterior de abuso u otras formas de violencia y/o son literalmente engaña-

²⁴ CARRILLO, Emmanuel, "AMLO critica a EU por retrasar ayuda para Centroamérica y priorizar a Ucrania" Forbes, mayo 5 de 2022, p. 1. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/amlo-critica-a-eu-por-retrasar-ayuda-para-centroamerica-y-priorizar-a-ucrania/>, consultado el 19/5/2022.

²⁵ ACCEM, consentimiento en la trata de personas: un elemento jurídicamente irrelevante", Agencia de colocación estatal autorizada por el Servicio Público de Empleo Estatal, Madrid, 2020, p. 1. Disponible en: <https://www.accem.es/el-consentimiento-en-la-trata-de-personas/>, consultada el 6/5/2022.

²⁶ Ídem.

das utilizando situaciones de vulnerabilidad como la pobreza, bajo nivel educativo y estados de incapacidad. Para la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el consentimiento de la víctima no se toma en cuenta en ninguna de las fases de la trata de personas, ya sea reclutamiento, traslado o explotación. En todas ellas persisten los factores de intimidación, manipulación o fuerza. En la práctica jurídica, algunos países han considerado en sus legislaciones sobre trata de personas que la víctima mayor de edad que consiente en la actividad de trata sin que medie engaño, coerción, amenaza o fuerza no es víctima y por lo tanto no hay delito. Esta es una tendencia que está desapareciendo rápidamente ante la consideración de que la víctima no consiente libremente en ser explotada²⁷.

El principal problema radica en la existencia de los prostíbulos en numerosos países, lo que motivo que, durante las negociaciones de la Convención en Palermo, no se lograra el consenso necesario para su erradicación, por lo que en la redacción del artículo tres sobre la definición de trata de personas, comentado *supra*, no se logró ir más allá de la precisión de que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) de dicho artículo, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado²⁸.

Se coincide con COLOMBO y MÁNGANO, en su apreciación sobre la Ley 26.364, de la prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, aprobada por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 9 de abril de 2008, de que una moderna definición de esclavitud debe contener las acciones de concertar y explotar la prostitución ajena, al menos del modo en que estas se presentan en los prohibidos prostíbulos encubiertos, en tanto éstas llevan implícito el control

²⁷ OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, "MANUAL SOBRE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS", San José de Costa Rica, 2010, p. 10. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf, consultada el 10/5/2022. Estamos ante una práctica que tiende a desaparecer ante la consideración de que la víctima no consiente libremente en ser explotada, sino que hay circunstancias personales, sociales, económicas, entre muchas otras, que influyen profundamente en que la víctima acepte realizar determinadas conductas. En el caso de España, tal y como se recoge en el Código Penal, estaríamos ante un consentimiento viciado y, por tanto, invalidado e irrelevante ante un tribunal, por lo que el consentimiento de la víctima carece de efectos jurídicos, independientemente de su edad o de la forma en la que se haya constituido la explotación.

²⁸ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, "Protocolo para prevenir... *cit*"; Art. 3.

de la sexualidad de quien pone su cuerpo al servicio de terceros que lucran con ello y una afirmación de exclusividad por parte del proxeneta respecto de la meretriz; por lo que también desde esta perspectiva, el consentimiento de quien es captado, transportado o acogido para ser sometido a nuevas formas de esclavitud, no debería tener ninguna eficacia²⁹. Como acertadamente señala RIGHI, “según la opinión dominante no es posible consentir acciones lesivas de la dignidad humana”³⁰.

Para ESNAL, resulta inaceptable que, en los albores del siglo XXI, transcurridas dos guerras mundiales que nos mostraron -en especial la última- los niveles de crueldad que puede alcanzar un ser humano con sus iguales, que todavía pueda ponerse en duda la ignominiosa realidad por la que atraviesan las víctimas de los delitos de explotación personal. No puede, ni debe, admitirse el consentimiento de la víctima de la trata de personas como causal de erradicación de la tipicidad legal. El respeto de la dignidad humana de todas las personas así lo exige³¹. El mito de la prostituta feliz y el presunto derecho de las personas a disponer libremente de su propio cuerpo, no deben ser admitidos en la sociedad del siglo XXI.

Para el Código Penal cubano vigente y también para el nuevo código, resulta intrascendente el consentimiento de la víctima para tipificar el delito de trata de personas. Estamos ante un delito que atenta contra la dignidad humana, en el que el consentimiento de quien es sometido a nuevas formas de esclavitud, no exonera de responsabilidad penal a los que se benefician de la explotación de los seres humanos.

²⁹ COLOMBO, Marcelo L. y María Alejandra, Mángano, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, *Revista del Ministerio Público, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, Año 7, No. 11*, noviembre de 2010, p. 24. Disponible en: <https://www.mpba.gov.ar/revista/RevistaNro11-web.pdf>, consultada el 14/5/2022.

³⁰ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte General*, Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, 2007, p. 189.

³¹ ESNAL, Agustín Alejandro, “El consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas y el mito de la prostituta feliz”, SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina, Buenos Aires, 2014, p. 5. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/agustin-alejandrosenal-consentimiento-victima-delito-trata-personas-mito-prostituta-feliz-dacf140489-2014-07-25/123456789-0abc-defg9840-41fcanirtcod?&o=17&f=Total%7CTipo+de+Documento%7CFecha%7CTema%2FDerecho+penal%2Fdelitos+contra>, consultado el 26/5/2022.

4. Análisis de la legislación penal cubana sobre trata de personas

La trata de personas fue incorporada al Código Penal cubano, Ley 62/87, en el Libro II: Parte Especial, Título XI, Capítulo I: “Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales”, Sección Cuarta, en el artículo 302, conformando el delito de Proxenetismo y Trata de personas. La última modificación del Código Penal cubano data del año 1999, mediante la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 y el delito de trata de personas fue incluido dos años antes mediante el Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997. Ambas modificaciones se realizaron con antelación a la Convención de Palermo del año 2000³².

En Cuba, si bien es cierto que existen varios delitos que tipifican conductas que internacionalmente son consideradas trata de personas, como se señala en reiterados informes del Ministerio de Relaciones Exteriores³³, nuestra legislación penal en materia de trata de personas nació atrasada e incompleta y nos demoramos más de veinte años para disponer de una norma que se correspondiera con los Instrumentos jurídicos internacionales de los que nuestro país es Estado parte, fundamentalmente con la Convención de Palermo y su Protocolo sobre trata de personas y también con la incidencia real de la trata de personas en el país, en todas sus modalidades.

En nuestra legislación penal, hasta la aprobación del nuevo Código Penal, solo teníamos regulada la trata de personas con fines de explotación sexual, relacionada con la entrada o salida del país para ejercer la prostitución y no se tipifica como delito la trata interna, cuya existencia en la Cuba del siglo XXI, resulta indiscutible.

³² MEDINA CUENCA, Arnel, “Comentarios al Código Penal. Concordado y actualizado. Ley No. 62 de 1987”, en Comentarios a las leyes penales cubanas, Serie Ciencias Penales y Criminológicas, No, 3, diciembre de 2014, UNIJURIS, La Habana, 2014.

³³ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Informe de Cuba sobre la prevención y enfrentamiento a la trata de personas y la protección a las víctimas (2019)”, MINREX, La Habana, 2020, párr., 126. Disponible en: <http://www.minrex.gob.cu/es/informe-de-cuba-sobre-la-prevencion-y-enfrentamiento-la-trata-de-personas-y-la-proteccion-las>, consultado el 2/5/2022.

Párrafo 126: “Del total de 213 causas radicadas por los delitos de proxenetismo y trata de personas, 377 por el de corrupción de menores, se observaron rasgos típicos de trata de personas en 6 casos de proxenetismo y, en 8 de las causas de corrupción de menores. Se detectó un caso de privación de libertad con rasgos de este fenómeno, para un total de 15 casos de trata de personas”.

Al quedar regulados solo los casos en que la entrada³⁴ o salida del país de las personas se realiza con fines de explotación sexual, fueron excluidos, como elementos de tipicidad otras aristas del propio delito, como son: los fines de explotación laboral, en todas sus modalidades, la esclavitud o prácticas similares, los matrimonios forzados, la extracción de órganos, la explotación para realizar actividades delictivas - como carterismo, hurto, tráfico de estupefacientes, la simulación de la mendicidad y otras similares, entre otras, ciñéndose solamente a la explotación sexual, que en este caso se denomina comercio carnal.

Al no regularse la trata con fines de explotación laboral, que evidentemente no constituye un problema social en nuestro país, hasta la vigencia del nuevo Código Penal, estábamos corriendo el riesgo de dejar desprotegidas a algunas personas, sobre todo en el caso de los trabajadores del sector no estatal de la economía, que superan el medio millón y también a nuestros ciudadanos que son víctimas de la trata en el extranjero. La presencia en nuestro Código Penal del delito de trata de personas con fines de explotación laboral garantizará también la posibilidad de perseguir a los ciudadanos cubanos o de otros países que cometan el delito en el exterior, habiendo realizado actos preparatorios o de ejecución en el territorio nacional, conforme a lo regulado en el artículo 4, inciso 4 del Código Penal vigente³⁵.

En la Declaración del final de la visita a Cuba de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, María GRAZIA GIAMMARINARO (10-14 de abril de 2017) se afirma, entre otros señalamientos, que desafortunadamente, la trata de personas, especialmente mujeres y niños, no se aborda exhaustivamente en el marco jurídico. Los delitos de proxenetismo y trata están confundidos en el Código Penal; la trata en todas sus formas no está definida ni reconocida; la protección de los niños contra los delitos de motivación sexual sólo se proporciona hasta la edad de 16 años. Los casos identificados de trata de personas se limitan a la trata con fines de explotación sexual, principalmente en relación con la prostitución infantil, el trabajo y el abuso sexuales de menores, que en algunos casos pueden ser equivalentes a la trata pero que la legislación penal vigente confunde y en consecuencia no recono-

³⁴ NA: Precisamente la inclusión entre los elementos de tipicidad del delito, de la entrada en el territorio nacional con fines de explotación sexual, ha sido una de las críticas que se ha realizado desde la doctrina al aún vigente artículo 302 del Código Penal, porque las posibilidades de que ello ocurra son muy remotas. Lamentablemente se mantiene en el nuevo Código, aunque como una circunstancia de agravación.

³⁵ MEDINA CUENCA, Arnel, "Comentarios al Código... *op. cit.*; p. 25.

ce como tal. Sin embargo, la posibilidad de explotación laboral existe y sólo puede identificarse si existe una búsqueda activa de estos casos. Actualmente esto se ve obstaculizado por la falta de una definición legal de la trata con fines de explotación laboral, así como de otras formas de explotación³⁶.

Es necesario destacar que por nuestra situación geográfica y las características de la sociedad cubana actual, la incidencia de las dificultades económicas provocada por el ilegal bloqueo, la COVID-19 y otras causas, el fenómeno de la trata de personas tiende a incrementarse, mezclado con el tráfico de personas³⁷, cuando los traficados arriban al país de tránsito o de destino y no pueden pagar los costos del viaje o simplemente cuando son reclutados en nuestro país, mediante engaño o por otras vías fraudulentas, para su explotación posterior en el extranjero, lo que ha quedado resuelto con la regulación del delito en el nuevo código, que entre otras importantes modificaciones ha definido la trata de personas en el Título XIII, de los delitos contra la dignidad humana, como:

Promover, organizar, incitar o ejecutar la captación, transportación, traslado, acogida o recepción de personas, utilizando amenaza, coacción, violencia, engaño, o soborno, aprovechándose de una situación de vulnerabilidad de la víctima o de su condición de género, o a través del pago a quien tiene autoridad sobre ella para lograr su consentimiento, con la finalidad de que estas ejerzan la explotación laboral o sexual, trabajos forzosos u obligatorios, matrimonio forzado, adopción ilegal, mendicidad, prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, extracción de órganos o la realización de otras actividades contrarias a la dignidad humana³⁸.

³⁶ NACIONES UNIDAS, “Declaración del final de la visita a Cuba de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria GRAZIA GIAMMARINARO (10-14 de abril de 2017)”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2017/04/end-visit-statement-maria-grazia-giammarinaro-special-rapporteur-trafficking>, consultado el 23/5/2022.

³⁷ ACTUALIDAD, “En cinco meses llegaron a Estados Unidos más cubanos que durante la crisis de los balseros”. Disponible en: <https://www.dw.com/es/en-cinco-meses-llegaron-a-estados-unidos-m%C3%A1s-cubanos-que-durante-la-crisis-de-los-balseros/a-61371588>, consultado el 25/5/2022.

Más de 46.000 cubanos llegaron por tierra a Estados Unidos desde octubre de 2021 hasta finales de febrero de 2022, una cifra superior a los 35.000 de la “crisis de los balseros” de 1994.

³⁸ TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Proyecto de Código Penal”, 20 de enero de 2022, Art. 263, apartado 1, pp. 160. Disponible en: <https://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/ACP.%2028.02.2022.pdf>, consultado el 29/5/2022.

Hubiera resultado preferible, que en lugar de incluir a otras actividades contrarias a la dignidad humana, entre los elemento de tipicidad, establecer una fórmula similar a la que rige para la Unión Europea, que, refiere solo la explotación para realizar actividades delictivas³⁹, sin otras especificaciones, porque la explotación de un ser humano para realizar cualquier actividad delictiva, debe ser objeto de atención del Derecho penal, no solo las que atenten contra la dignidad humana.

Un acierto indiscutible del nuevo Código Penal, lo constituye la regulación del apartado 3 del artículo 363, en relación con la responsabilidad penal de la víctima, al precisar que solo responderá penalmente por los delitos que cometa en ocasión o como consecuencia de esta, cuando:

- a) Haya mostrado un papel activo o provocador en su ejecución; o
- b) con el propósito de emigrar inste, procure, exhorte o de cualquier otra forma activa, consciente y voluntaria, ejecute tales acciones antijurídicas⁴⁰.

5.A modo de conclusiones y recomendaciones

Como resultado de la investigación realizada, nos permitimos recomendar medidas generales, en el orden de las políticas sociales y también las relacionadas con la necesidad de dotar a nuestros países de instrumentos jurídicos eficaces para evitar que el tráfico de personas continúe enriqueciendo a las organizaciones criminales y afectando los derechos humanos de las personas, que anualmente se lanzan a la aventura en busca de ese mundo mejor, tantas veces prometido, pero que no les acaba de llegar y se convierten en víctimas de las bandas criminales, que cada día invierten más en esta actividad por los enormes dividendos que le producen.

Las reflexiones, críticas y análisis emprendidos nos muestran distintas aristas de un fenómeno multidisciplinario, encerrado en un profundo contenido social, humano y jurídico, que saca a luz la delgada línea que en ocasiones presentan determinados comportamientos humanos, donde los sujetos pasivos son en reiteradas ocasiones víctimas de la desigualdad del mundo en el que les ha tocado vivir, en el que la Comunidad internacional no obstante sus esfuerzos, no lo consigue mantener en límites “razonables” y en los Estados nacionales, no siempre se logra la

³⁹ DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, “DIRECTIVA 2011/36/UE... *cit*; Art. 2, apartados 3, p. 101/6.

⁴⁰ TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Proyecto de Código Penal... *cit*; p. 160.

necesaria coincidencia, que debe existir, entre las realidades que trata de regular y la forma en que se redactan en los tipos penales.

La trata de personas constituye cada vez más un flagelo en expansión, que se complejiza con la creciente participación de organizaciones criminales motivadas por los altos beneficios económicos que les genera.

La política criminal debe marcar el rumbo de las concepciones dogmáticas que permitan un diseño normativo adecuado con la configuración de figuras delictivas que propicien un enfrentamiento efectivo al fenómeno de la trata de personas y otras figuras afines, sólo así se ofrecerá una respuesta coherente al fenómeno en sede penal.

El tema del consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas, continúa requerido de un tratamiento más radical, desde la Comunidad internacional y los Estados Nacionales, reforzando el criterio de que no debe ser tenido en cuenta en ninguna sus fases, como una expresión concreta de la exigencia del respeto a la dignidad humana de todas las personas.

El consentimiento de la víctima de la trata de personas como causa que exima de responsabilidad penal a los tratantes de personas, no puede, ni debe, admitirse. Es necesario respetar la dignidad humana de todas las personas, reconocida como el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución cubana de 2019.

Es necesario prever fórmulas alternativas que eximan o atenúen la responsabilidad de las víctimas de trata de personas por las infracciones penales que hayan cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que hayan sido sometidas y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. Resulta recomendable que cuando la comisión del delito sea el resultado directo de haber sido objeto de trata, el Tribunal pueda eximirla de responsabilidad penal.

Finalmente queremos destacar que no basta con tener el delito regulado en el nuevo Código Penal, resulta necesario continuar avanzando en las medidas de prevención, de información oportuna sobre las características de la trata de personas y de sus nefastas consecuencias para la salud y la vida de los seres humanos.

La excepción de cosa juzgada en el delito continuado

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ*

Sumario

- I. Introducción
- II. La Cosa Juzgada
- III. Características generales del delito continuado y su presencia en el Código Penal Cubano
- IV. La excepción de cosa juzgada
- V. La excepción de cosa juzgada en el delito continuado
- VI. A modo de conclusión

I. Introducción

Homenajear con un artículo científico a una amiga y destacada profesional, como lo es María Caridad Bertot Yero, es un reto por varias razones; uno de ellos y el que estimo más relevante, es el compromiso que representa abordar una temática del contexto jurídico penal cubano para agasajar a quien ha dedicado su vida profesional al estudio y la práctica del derecho penal, con una calidad incuestionable y una clarividencia en su actuación como magistrada que la dignifica. En mi criterio una de las juezas más brillantes de la nación.

No obstante, asumo este difícil encargo con mucho placer, reconociendo como dijera José Martí que... “Esta mujer cubana, tan bella, tan heroica, tan abnegada, flor para amar, estrella para mirar, coraza para resistir».

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Director de investigación jurídica & social internacional del Instituto Peruano Veritas Iure Vox Dei. Docente e investigador en la Universidad Anáhuac de Puebla - México, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua, Universidad San Carlos de Guatemala y del Instituto de Estudios Penales Alimena del Centro de Investigación Interdepartamental de la Universidad de la Calabria en Italia.

A finales del siglo pasado llegó a mis manos una resolución dictada por “Marilyn” – así le decimos la mayoría de los amigos y colegas - presidiendo la Sala de lo Penal del Tribunal Popular Provincial de La Habana, sobreseyendo libremente una causa penal, al concurrir el supuesto de cosa juzgada en un delito continuado. Durante la etapa que ejercí la profesión, no había conocido de una decisión similar y con mucho celo guardé aquella hoja vetusta y transparente que contenía los fundamentos de la resolución acordada.¹

Así las cosas, como decimos en la praxis jurídica cubana, y sin que hubiera pasado mucho tiempo, coincidí con “la Bertot” – como también le dicen otros colegas y amigos - le hice saber del trofeo que guardaba y me lo pidió. Se lo entregué con el honor de quien coloca una medalla de oro a una atleta olímpica.

¹ El auto dictado refiere: En la Causa No. 263 de 1993, de la radicación de la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, se estableció artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada porque el promovente había sido juzgado y sancionado en la Causa No. 3024 de 1990 a diez años de privación de libertad por el delito de robo con fuerza en las cosas de carácter continuado, pues en el periodo comprendido entre los años 1988 y 1989, sustrajo, en unión de otro acusado, varios automóviles, los que luego vendieron en piezas y en el nuevo proceso se imputaban otras sustracciones de vehículos que acontecieron en ese período, ejecutadas por los mismos sujetos. En la tramitación de la cuestión perentoria, el fiscal se opuso a la pretensión y el tribunal dictó el auto 29 de 31 de agosto de 1993 en el que se pronunció así: CONSIDERANDO: Que el delito continuado no es una ficción jurídica, sino una unidad real, por lo que constituye un delito y no varios delitos sucesivos porque las diversas y continuas consumaciones no son más que los diversos momentos durante los que se desarrolla una sola y única resolución criminal, y no es por tanto, un conjunto de delitos con pena atenuada, sino un delito único, más grave precisamente por la persistencia del dolo, que dura desde el momento de la resolución hasta el momento en que se ejecuta la última acción y se interrumpe por toda acción dirigida contra el culpable de aquel delito, por tanto, cuando después de una sentencia condenatoria se descubren hechos anteriores a ello, y unidos por la continuación de los hechos por los cuales se había pronunciado aquella, se aplica la norma del delito continuado, es decir, los actos parciales no enumerados en la sentencia, anteriores a esta, descubiertos o no, son absorbidos por esta resolución como comprendidos en la conexión, por tanto, la persecución posterior de nuevos actos parciales independientemente de los anteriores infringiría el principio de la *res judicata* y las reglas de *ne bis in idem*. ACORDAMOS: HABER LUGAR al artículo de previo y especial pronunciamiento sobre cosa juzgada, promovido en la causa 263 de 1993, y en consecuencia, se dispone el sobreseimiento libre de las actuaciones en cuanto a los acusados FYAP, ERA y JLMG. LÓPEZ Rojas. D. G. y BERTOT Yero M.C, “El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple” Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 3, pp. 725 - 751 [2012]

Luego supe que ella había profundizado mucho más sobre el tema de la cosa juzgada en el delito continuado, lo que debemos agradecer los juristas cubanos porque ciertamente no es de los asuntos de mayor aplicación en la práctica jurisprudencial. Tiempo después pude leer la investigación que realizara la homenajeadada en coautoría con el profesor López Rojas bajo el título “El delito continuado y la prohibición de persecución penal múltiple”, publicado en el año 2012 por la Revista Chilena de Derecho², una de las tantas obras que forman parte de sus interesantes y recomendables trabajos jurídicos.

Dejo así por sentado que este artículo también quiere resaltar la importancia que tienen sus argumentos tras diez años de haberse publicado la obra en comentario y muy especialmente, advertir al gremio de penalistas el valor que todavía tiene su contenido en estos tiempos en que aparece una nueva ley penal en Cuba.

II. La Cosa Juzgada

La cosa juzgada es una institución procesal³ que se entiende como la inmutabilidad de lo resuelto en una sentencia firme⁴, sin que pueda admitirse su modificación por circunstancias posteriores, pues su autoridad encuentra sustento en los principios de certeza, seguridad jurídica y acceso a la justicia, siendo así que el respeto a sus consecuencias constituye un pilar del Estado de Derecho como fin último de la impartición de justicia.

En el orden procesal penal se dan jerarquías en los órganos que administran justicia, lo que hace que una causa o proceso sea conocida por dichos órganos para su solución, pero este proceso no puede eternizarse y menos se puede admitir un sinnúmero de impugnaciones, ya ello podría originar la inaplicación de una sentencia y además originaria incertidumbre en las personas que invocan justicia⁵; ante ello surge la figura de la cosa juzgada, la que evita toda prolongación de una sentencia dictada en última instancia, es decir, el efecto fundamental de una decisión jurisprudencial que es la final y además es firme, origina la presencia de la cosa juzgada.

² Ídem.

³ GÓMEZ de Liaño, F. El proceso penal. Oviedo: Fórum, 1996, p. 241.

⁴ DEVIS Echandía, H, Teoría General del Proceso, Ed. Universidad, Tomo II, Buenos Aires, 1985, p. 134

⁵ VÁSQUEZ Rossi, Jorge E., Derecho Procesal Penal, El Proceso Penal, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 354.

Asimismo, en la interdicción de la persecución penal múltiple, rige también el principio de que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. La excepción a esta norma es la revisión de la sentencia condenatoria del máximo órgano de justicia penal expedida en algunos de los casos en que la acción está indicado taxativamente como procedente en la ley.

En el sistema jurídico cubano, la institución de la cosa juzgada se ubica en la resolución obtenida de un auténtico proceso judicial, entendido éste como el que fue seguido con las formalidades esenciales del procedimiento. Es decir, como resultado de una decisión jurisprudencial o un juicio regular que ha concluido en todas sus instancias y ha llegado al punto en que lo decidido ya no sea susceptible de discutirse para dar certeza jurídica a las partes.

Los efectos de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la coercibilidad. La primera implica que lo decidido no puede modificarse ni replantearse, y la segunda, que esa decisión tiene fuerza ejecutiva por el poder estatal y su alcance es *erga omnes*, es decir, no solo con relación a las partes, sino frente a todos.

Debido a que esta institución encuentra su fundamento en los derechos fundamentales a la seguridad jurídica es que algunos autores consideran la inmutabilidad de la cosa juzgada como absoluta, sin que pueda, en ningún caso, ceder frente a otros derechos. Otros en contrario entienden que no es correcto afirmar que la inmutabilidad de la cosa juzgada sea absoluta en tanto implicaría excluir de un examen de equilibrio y proporcionalidad, un valor de orden también constitucional como es la justicia.⁶

Cuando a una sentencia se le ha conferido el valor de cosa juzgada, ya no será posible revisar lo decidido, ni pronunciarse sobre su contenido, así sea en el mismo sentido, en un proceso posterior. En presencia de tal sentencia, el juez del proceso ulterior deberá, salvo casos de excepción, abstenerse de fallar sobre el fondo, si existe identidad entre lo ya resuelto, entre las mismas partes y la nueva pretensión verse sobre idéntico objeto y además se funde en la misma causa.⁷

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación Decima Época, Seminario Judicial de la Federación. Tesis Aislada (Civil) I.12º. C.66 C (10º) México. A{o 2017 Disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2017821> Consultado el 20 de mayo de 2022 a las 14:10.

⁷ LANDONI Sosa, A., "La cosa juzgada: valor absoluto o relativo". Derecho PUCP, 2003 297-360. Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.007> Consultado el 25 de mayo de 2022 a las 23:15

En una posición distinta y explicando la cosa juzgada vista desde el plano axiológico, Savigny hace unos años señaló que ella no es una consecuencia natural o necesaria deducible del concepto del oficio del juez. Al contrario, cuando se pone en duda la justicia de la sentencia, parece natural emprender un nuevo examen del asunto, propiciado por el establecimiento de un régimen jerárquico de instancias sucesivas en busca de la justicia de la decisión; y que cómo se ha comprobado en muchos casos, la decisión del último juez no es siempre la más justa, ni la más conforme con el derecho.⁸

Otro asunto que no puede soslayarse cuando se hace referencia a la cosa juzgada es lo relativo a sus clases. La mayoría de los autores coinciden con Couture en dividir a efectos metodológicos la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material⁹.

La primera cuando en el proceso se emitió una resolución o sentencia consentida y en ese mismo proceso ya no cabe medio impugnatorio alguno, precluyendo cualquier posibilidad que ésta pueda ser modificada, y la segunda cuando la sentencia ya consentida es irrevisable e inmutable no solo en el mismo proceso sino también en una posterior. Es decir, la cosa juzgada material es un efecto que se produce fuera de un determinado proceso penal y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos.

En lo que respecta a la cosa juzgada material, esta sitúa límites esenciales de carácter subjetivo y objetivo. El subjetivo se circunscribe a la persona del imputado de modo que quien ha sido juzgado no puede volver a serlo; y el objetivo se ciñe a los hechos penales quedando al margen de ese supuesto la calificación jurídica del hecho y sus consecuencias penales, siendo el caso que, en el límite objetivo, es necesario establecer la identidad del acto en su propia realidad objetiva y concreta, es decir con su real dimensión fáctica.

III. Características generales del delito continuado y su presencia en el Código Penal Cubano

La justificación del carácter continuado, independientemente de las corrientes teóricas que en la actualidad la sustentan, mayoritariamente se apoya en la benignidad. La justificación bajo la perspectiva de la uti-

⁸ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del derecho romano actual: Analecta editorial*, Pamplona, 2004, p.65

⁹ COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Roque, Depalma Editor, 1958, pp. 492

lidad práctica se basa en que la mayor parte de las veces los delitos continuados están constituidos por un gran número de acciones distintas, y cada una podría perfeccionar en sí un delito.

También en el orden procesal ha tenido su apoyo el delito continuado al no ser posible en no pocas ocasiones, establecer con exactitud las características esenciales y los elementos de los actos penales cometidas por el o los infractores.

El tercer criterio o tendencia en justificación del delito continuado se expresa en la disminución de la culpabilidad, por la que se sostiene que la continuación está íntimamente ligada con la gravedad penal, porque la actividad del agente se encuentra facilitada por el aprovechamiento de ciertas condiciones que hacen comprender que la voluntad criminal es menos grave e intensa que en el concurso real.

Bertot y López Rojas le aportan a los vetustos criterios, objetando definitivamente una posición basada únicamente en los beneficios, refiriendo que la justificación dogmática del delito continuado se centra en el análisis psicológico y motivacional del sujeto a quien se le formulará el juicio de reproche, partiendo de que en los casos de continuación la actividad del agente se encuentra facilitada por ciertas condiciones que hacen comprender que, a pesar de evidenciarse un aumento del contenido de injusto (mayor antijuricidad debido a una superior intensidad en el ataque al bien jurídico), la voluntad criminal es menos grave e intensa que en el concurso real de delitos; pues una vez cometido el primer acto criminal existe en la mente del agente una disposición psíquica que hace más fácil la realización de los sucesivos, lo cual representa una resolución criminal menos intensa y, por ello, una disminución de la culpabilidad.¹⁰

El criterio de la disminución de la culpabilidad ha servido para dotar al delito continuado de una razón aceptable en contraposición a las posturas minoritarias de apreciar el delito continuado como circunstancia agravante, dada la peligrosidad que resulta de la marcada intención del sujeto de repetir la conducta.¹¹

El delito continuado restringe el campo aplicativo del concurso real, e incluso algunos autores, como Cobo del Rosal y Vives Antón, centran en ello su concepto al decir que se habla de ella "...cuando una pluralidad

¹⁰ LÓPEZ Rojas. D.G y BERTOT Yero M.C. Ob. Cit.

¹¹ La sentencia No. 307 de 6 de octubre de 1942, dictada por el Tribunal Supremo afirmaba: "La institución del delito continuado no se inspira exclusivamente en el criterio de la benignidad que le dio origen, sino en los fines de la defensa social". Ídem.

de infracciones cometidas por un mismo sujeto, en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae a las reglas del concurso y es contemplada, jurídicamente, como una unidad¹².

Un recuento de los antecedentes del delito continuado en Cuba se puede ver en la obra de Bertot Yero y López Rojas¹³, estableciéndose en el Código de Defensa Social y cuya evolución partiendo de la teoría objetivo-subjetiva se ve transformada en los Códigos penales de 1979 y 1987 por el criterio objetivo puro – llamado así por los autores - en tanto el legislador no hizo expresa referencia a ningún elemento subjetivo¹⁴

Más recientemente el Código Penal aprobado en el mes de mayo de 2022 describe sin cambios sustanciales el delito continuado de la manera siguiente:

Artículo 10.1. Se consideran un solo delito de carácter continuado las diversas conductas delictivas cometidas por una misma persona que ataquen el mismo bien jurídico, guarden similitud en la ejecución y tengan una adecuada proximidad en el tiempo; en este caso, se aumenta el límite mínimo de la sanción imponible en una cuarta parte y el máximo en la mitad, tomando en cuenta lo previsto en el apartado 5 del Artículo 34 referido a la imposición de la sanción privativa de libertad.

2. Cuando diferentes conductas delictivas afectan derechos inherentes a la persona misma, también tienen el carácter de continuadas y constituyen un solo delito, siempre que atenten contra la misma víctima.

Como se observa, el legislador, mantiene la estructura básica del delito continuado siendo omiso en la parte subjetiva de la conducta, cuyo elemento ausente puede limitar su correcta interpretación, partiendo como insisten López y Bertot de que en los casos de continuación la actividad del agente se encuentra facilitada por ciertas condiciones que hacen comprender que, a pesar de evidenciarse un aumento del contenido de injusto (mayor antijuricidad debido a una superior intensidad en el ataque al bien jurídico), la voluntad criminal es un requisito a valorar por el juzgador y consecuentemente fundamentar su juicio de reproche.

IV. La excepción de cosa juzgada

La excepción de cosa juzgada es aplicable cuando existe identidad de hechos u objeto del proceso, identidad del encausado y resolución firme o definitiva. Para que proceda la excepción de la cosa juzgada funcione y

¹² Citados por LOPEZ Rojas y BERTOT Yero, Ob. Cit.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

produzca su efecto impeditivo característico, la imputación tiene que ser idéntica, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Se trata de la identidad fáctica, con prescindencia de la calificación legal atribuida.¹⁵

En el primer extremo – o límite subjetivo de la cosa juzgada- no existe duda alguna que el sujeto pasivo de la sanción y del segundo proceso penal debe ser el mismo.¹⁶

En el segundo extremo – o límite objetivo de la cosa juzgada -, los hechos objeto del proceso penal anterior deben ser los mismos que son base del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que han merecido en ambas causas.

Para la identificación del hecho, en consecuencia, ha de tomarse en cuenta los criterios jurídicos de “objeto normativo”, “identidad o diversidad del bien jurídico lesionado”, etc. La identidad del hecho se mantendrá aun cuando, bien sea por los mismos elementos valorados en el primer juicio o por la sobrevenir nuevos elementos o de nuevas pruebas deba considerárselo en forma diferente por razón del título, del grado o de las circunstancias. El título se refiere a la definición jurídica del hecho, al *momen iuris* del delito. La mutación del título sin una correspondiente mutación del hecho no vale para consentir una nueva acción penal.¹⁷

En ese sentido, Binder sostiene: “[...] que cuando nos referimos a “los hechos”, estamos aludiendo, en realidad, a una hipótesis. El proceso penal siempre se funda en hipótesis fácticas con algún tipo de significado jurídico. La exigencia de *eadem res* significa que debe existir correspondencia entre las hipótesis que fundan los procesos en cuestión. Se trata, en todos los casos, de una identidad fáctica, y no de una identidad de calificación jurídica. No es cierto que pueda admitirse un nuevo proceso sobre la base de los mismos hechos y una calificación jurídica distinta”.¹⁸

De cara a lo expuesto, habría que advertir asimismo que existen casos claros como el concurso de leyes, subsidiariedad o consunción, donde en última instancia existe sólo una distinción de calificación jurídica y ningún tipo de discusión sobre los hechos.

¹⁵ VIVAS Ussher, G. Manual de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Córdoba: Alveroni, 1999, p. 150.

¹⁶ SAN MARTÍN Castro, C. Derecho procesal penal. Tomo I. Lima: Grijley, 2003, p. 389.

¹⁷ LEONE, G. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1963. p. 343.

¹⁸ BINDER, A. Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002., p. 170.

En consecuencia, se puede concluir que para establecer la identidad fáctica a efectos de aplicar la excepción de cosa juzgada no interesa que los mismos hechos hayan sido calificados o subsumidos a distintos tipos penales, ni importa tampoco el grado de participación imputada al sujeto.

Ahora bien, por otro lado, la doctrina reconoce un tercer requisito de procedibilidad, que guarda relación estrecha con la naturaleza de la cosa juzgada, el que ésta referido a que el primer proceso haya fenecido totalmente y que no sea susceptible de medio impugnatorio alguno, para que justamente se pueda reclamar los efectos de inalterabilidad que acompaña a las decisiones jurisdiccionales que pasan a la autoridad de cosa juzgada.

V. La excepción de cosa juzgada en el delito continuado

En el delito continuado nos encontramos ante una multitud de hechos a los que por mandato de la ley le corresponde una unidad de acción y por ende el tratamiento de un único delito. Para ese tratamiento unitario la ley exige la concurrencia de dos elementos indispensables: la existencia de una misma resolución criminal conglobante de todas las conductas y la uniformidad en el ataque de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza.¹⁹

En consecuencia, qué sucedería si el mismo sujeto es procesado primero por una multitud de hechos que configuran un delito continuado, y luego en el otro proceso se le pretende juzgar por uno o algunos de esa multitud de hechos que configuraban ese delito continuado: ¿estaríamos ante un doble juzgamiento?²⁰

Para resolver esta pregunta de una parte, debe atenderse a la estructura típica de la norma penal que corresponda, de otra profundizar las posturas existentes y de esa forma llegar a una conclusión, tal y como lo hicimos al entender como lo hace Caramuti "... una vez que la pluralidad de acciones homogéneas se presenten, las acciones posteriores

¹⁹ ROSAS Castañeda J. A. "*La excepción de cosa juzgada en el delito continuado*". Derecho Penal Online (DPO) Revista electrónica del Área Penal del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca, República Argentina Publicado el 4 de marzo de 2007. Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php> Consultado el 15 de mayo de 2022 a las 13: 25.

²⁰ Es esta una de las problemáticas jurídicas que con fundamentos teóricos y con ejemplos de la práctica jurídica cubana, estudiaron e investigaron con profundidad LOPEZ y BERTOT. (N.A)

- sustancialmente homogéneas, a pesar de las particularidades que las pueden caracterizar individualmente - se aprecian como su continuación, presentando así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a una única desvaloración normativa, que las reduce a una unidad delictiva".²¹

Se desprende por tanto de la descripción legislativa, el delito continuado y los requisitos exigidos para que una pluralidad de hechos pueda constituir un delito continuado como unidad de acción. Esta unidad en la calificación es el factor de carácter legal que vincula a las acciones que constituyen el delito continuado".²²

Las violaciones penales, por tanto, pueden ejecutarse en el momento de la acción o en momentos diversos, lo importante es apreciar una unidad típica de acción cuando la obtención del resultado suponga varios parciales basados en la misma intención y resolución criminal.²³

Ahora bien, precisada la estructura normativa del delito continuado cabe analizar si todos los actos que configuran la unidad del hecho pueden volver a ser examinados en un nuevo proceso penal. Binder, precisa que, "... para la determinación de identidad de hecho, es imprescindible remitirse a su significado jurídico. Siempre que, se trate de una misma entidad fáctica, con similar significado jurídico debe operar el principio *ne bis in ídem*". Por lo que, sólo cuando claramente se trata de hechos diferentes será admisible una nueva persecución penal."²⁴

Para ello, el juez debe comprobar si los hechos llegados a su conocimiento se refieren al mismo designio criminoso del cual emanó el hecho o los hechos que fueron resueltos como delito continuado en el fallo anterior y de esta forma la sentencia firme dictada causará estado y toda nueva acción tiene necesariamente que precluir.²⁵ De ahí que pretender enjuiciar nuevamente al mismo sujeto por hechos que formaron parte del accionar delictivo en un delito continuado tomado como único, implicaría, no sólo con relación al delito continuado, sino integral y radical-

²¹ CARAMUTI, C. Concurso de Delitos. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 274.

²² HURTADO Pozo, J. Manual de Derecho Penal. Parte General I. Lima: Grijley, 2005, p. 949.

²³ BARBOSA Sánchez, P. "Unidad y Pluralidad de delitos". Revista Derecho y cambio Social, Número 06-Año II, La Molina, Lima- Perú. 2005, pp. 34-56.

²⁴ BINDER Ob. Cit. p. 168.

²⁵ DELITALA, G. "Delito Continuado y Cosa Juzgada en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Código Penal", Cuadernos de Política Criminal, N° 81, 2003, p. 532.

mente en todas sus manifestaciones, razones para entender inadmisibile el posible ejercicio de una nueva acción penal.²⁶

La identidad fáctica que requiere la excepción de cosa juzgada se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado como acontecimiento histórico. Basta entonces, que ese acontecimiento sea el mismo históricamente en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sea más o distinta de las conocidas en el primero.²⁷

En el delito continuado, respondiendo a la pregunta *up supra*, los problemas que se presenten al descubrirse una nueva acción delictiva en el periodo que abarcó la imputación como unidad delictiva, se deben solucionar de igual manera que aquellos casos en los que se conocen posteriormente circunstancias distintas a la hipótesis que configura el objeto procesal, a pesar de los cuales se conserva la idea básica la unidad de la imputación. Así, la persecución penal en el delito continuado agota todas las acciones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el procedimiento.

En el orden procesal los nuevos hechos que aparecen tras el juzgamiento y la sentencia definitiva, en la primera persecución no fueron observados, ya sea por carencia de conocimiento, insuficiencias en la investigación o por una equivocación, creándose una situación jurídica anómala, cuyas consecuencias no solo trascienden para la imputación y tipificación del delito, sino también para la posible reparación de los perjuicios ocasionados, irreparable como hemos expresado, para el derecho penal y quizás soluble por las vías del resarcimiento o reparación en sede civil.

Por lo tanto, cuando identificamos en un proceso penal, con sentencia firme y ejecutoriada, que una serie de conductas – una o algunas de ellas – tomadas en conjunto configuraron un delito continuado, ninguna de esas conductas envueltas en el mismo designio criminal puede volver a ser juzgadas por separado, aun cuando reciban otra calificación jurídica o la nueva imputación se refiera a otro grado de participación criminal, pues ello implicaría la violación del *ne bis in ídem*.²⁸

²⁶ Ídem p. 533.

²⁷ VIVAS. Ob. cit., pp. 154-155.

²⁸ Sobre la base de que todos los casos de unidad delictiva componen un mismo objeto procesal, hay que admitir que para el delito continuado –entendido como *unidad natural de acción*– existe una única posibilidad de persecución penal con apoyo en el *principio de prohibición de la persecución penal múltiple*, comúnmente conocido como *non bis in ídem* o *ne bis in ídem*, que en esencia impide la persecución y

No obstante, existen determinadas situaciones en las que la unidad de la acción no se configura adecuadamente rompiéndose el tratamiento colectivo de los actos como delito continuado, así ciertas conductas pasan a ser consideradas independientemente por el ordenamiento jurídico y por ello sobre ellas no cabe reclamar los efectos de la cosa juzgada.

Asimismo, se considera en la teoría que si después de notificada la sentencia se prosiguen las acciones se produce la ruptura del nexo de continuidad, fundamentalmente por la imposibilidad de apreciar en tal caso el presupuesto subjetivo del delito continuado.

La condena implica una ruptura del nexo unitario de la conducta, porque cuando el autor del delito continuado prosigue con su accionar delictivo lo hace con un nuevo dolo, una nueva determinación delictiva distinta al dolo global determinado en la sentencia condenatoria por delito continuado, eliminándose de esta forma uno de los elementos indispensables para la configuración del delito continuado.

VI. A modo de conclusión

La cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme que, por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso - cosa juzgada formal - o en otro proceso - cosa juzgada material. En este último aspecto, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos.

Trascendiendo su dimensión procesal, la prohibición del doble juzgamiento por los mismos hechos hace que el conjunto de las garantías básicas que rodean a la persona a lo largo del proceso penal se complementa con el principio *ne bis in ídem* que impide someter a un imputado dos veces por el mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva.

El remedio procesal ante la una pretensión punitiva que busque revivir hechos que ya fueron juzgados es la excepción de cosa juzgada y para que la regla funcione y produzca su efecto impeditivo característico, la imputación tiene que ser idéntica, sin interesar que los mismos hechos hayan sido calificados o subsumidos a distintos tipos penales.

En el delito continuado se consideran los casos de pluralidad de acciones homogéneas que, a pesar de encuadrar cada una de ellas en el

sanción múltiples por el mismo injusto típico. LÓPEZ Rojas. D. G y BERTOT Yero M.C. Ob. Cit.

mismo tipo penal o en tipos penales con igual núcleo típico, una vez realizada la primera, las posteriores se aprecian como su continuación, presentando así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a una única desvaloración normativa, que las reduce a una unidad delictiva.

La persecución penal en el delito continuado agota todas las acciones que lo integran, aun cuando no hayan sido conocidas ni debatidas durante el procedimiento.

Nuevos perfiles del Derecho de defensa: cambió la ley; ahora, cambiemos la mentalidad

ABEL A. SOLÁ LÓPEZ*

Sumario

1. Remembranzas
2. Antecedentes
3. Asistencia letrada desde el inicio del proceso
4. Actos que atentan contra el debido proceso
5. De la nulidad de los actos realizados con anterioridad a la instructiva de cargos
6. Ideas conclusivas

1. Remembranzas

Minutos antes de la primera vez que tuve un juicio con la Dra. Marilyn Bertot Yero, recién graduado, un colega me dijo: “Cuidado como preguntas, que “la Bertot” no le *deja “pasar una”* a nadie.” Confieso que pasé el juicio *“asustao”*. No recuerdo el fallo de aquel juicio, pero debió ser justo, porque justa -y valiente, muy valiente- siempre fue y es. Paradigma de jueza, a partir de ese momento, cada juicio y la correspondiente sentencia, significaron lecciones de Derecho, sapiencia, sensibilidad humana y justicia.

Tiempo después, en ocasión de realizar mi tesis para optar por el grado de especialista en Derecho Penal, el comité académico me la asignó como tutora y pude entonces, en escenarios menos formales a los de una sala de juicio, aprender de sus amplios conocimientos transmitidos con admirable humildad. Recuerdo con agrado nuestras conversaciones sobre el tema de la tesis de la que ella era una reconocida autoridad y cómo, a pesar de ello, siempre respetó mis criterios, en ocasiones diferentes a los suyos. Su apoyo y aportes para la concreción del trabajo fueron de un inmenso valor.

* Abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

Agradezco la invitación del Dr. Dayán López a participar en este libro-homenaje a la Dra. Marlyn Bertot Yero, en ocasión de su nombramiento como Magistrada Emérita del Tribunal Supremo Popular en merecido reconocimiento a su amplia y límpida trayectoria como jueza y magistrada de los tribunales de justicia de nuestro país.

Muchas felicidades, doctora, y gracias por su ejemplo.

2. Antecedentes

Desde que la Constitución de la República de Cuba promulgada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de abril de 2019, estableciera como una de sus más importantes garantías para las personas en el proceso penal, disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso, se avizoraba un cambio sustancial y más que ello, una revolución en nuestras normas penales adjetivas¹.

La Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal y la No. 6 del propio mes y año, Ley Procesal Penal Militar, estaban urgidas de cambios. Con algunas modificaciones introducidas en diferentes momentos históricos, rigieron en su esencia durante más de cuarenta años, de modo que, prácticamente todos los operadores del proceso penal cubano que ejercen en la actualidad, lo han hecho bajo la égida de dichas leyes.

La irrenunciable voluntad estatal de mantener la seguridad ciudadana como uno de los valores supremos de nuestra sociedad, no podía seguir ajena a los aires cada vez más garantistas presentes en las legislaciones procesales de Europa y América Latina, que hicieron suyos principios, garantías y valores de universal reconocimiento.

Existía consenso en nuestro país de la necesidad -ya imperiosa- de comulgar los derechos y garantías del debido proceso de los justiciables con el valor seguridad y protección de la ciudadanía, la sociedad y el Estado. Tal propósito, no obstante, como acertadamente señala el Dr. Juan Mendoza Díaz, siguiendo a Ferrajoli, *"...no escapa del dilema (...) de que la historia del proceso penal se presenta como un nudo gordiano, en que están en conflicto dos finalidades contrapuestas, pero relacionadas, que son el castigo a los culpables y al mismo tiempo la tutela a los inocentes"*².

¹ Artículo 95 inciso b) Constitución de la República de Cuba.

² Mendoza Díaz, Juan: *La reforma procesal cubana derivada de la Constitución de 2019*. Revista Cubana de Derecho. V Época. Vol. 2 No. 1, Enero-junio 2022, Editorial UNIJURIS, pág.19.

Una de las aspiraciones más importantes por su trascendencia indudable al Derecho a la defensa, lo era la entrada más temprana del defensor al proceso. No pocas solicitudes al respecto, vieron la luz durante el proceso de consultas previo al referéndum constitucional y no precisamente provenientes, en todos los casos, de juristas. Por supuesto, legítimo anhelo de los abogados cubanos, era el acompañamiento al cliente desde el inicio del proceso, con una activa participación en las diligencias y acciones de instrucción que incorporen elementos de pruebas. De ir a la zaga del proceso a ir a la par de este. Así de simple.

La fórmula de las leyes anteriores se venía abajo con la nueva Constitución de la República. La Ley de Procedimiento Penal condicionaba la entrada del defensor al proceso a la imposición de la medida cautelar, de manera que podían transcurrir hasta siete días, en caso de que se asegurara al acusado con la medida cautelar de prisión provisional, sin que este recibiera la visita de un abogado, por lo que literalmente quedaba a merced del instructor y/o del fiscal. Y en caso de no imponérsele medida cautelar alguna, transcurría toda la fase preparatoria sin defensa técnica³. El panorama previsto en la Ley Procesal Penal Militar era aún más desolador; el acusado no veía un defensor hasta que no culminara la instrucción del expediente⁴.

3. Asistencia letrada desde el inicio del proceso

Al plasmarse en el artículo 95 inciso b) de la Carta Magna la referida garantía, quedaba entonces al legislador en las leyes procesales, definir qué se entendía como inicio del proceso o, en otras palabras, a partir de qué momento tenía derecho la persona involucrada en un proceso penal, a ser asistido de un defensor de confianza o de su elección y en su defecto, uno de oficio.

Estaba claro que la intervención del defensor dejaba de coincidir con el tardío momento en que se aseguraba al acusado al proceso con una medida cautelar, pero de la definición legal del inicio del proceso dependía el momento a partir del cual nacía el derecho a la defensa.

Una postura deseada, alineada plenamente con las garantías del debido proceso indicaba, que debía fijarse el inicio del proceso desde el momento en que la persona tuviese conocimiento por cualquier vía, de la existencia de una investigación en su contra, sin necesidad de una imputación formal y, a partir de ese momento, poder contar con la asis-

³ Artículos 245 al 249 de la Ley No. 5 de 1977 Ley de Procedimiento Penal.

⁴ Artículo 251 de la Ley No. 6 de 1977 Ley Procesal Penal Militar.

tencia de un defensor de confianza que pudiera acompañarla y/o interactuar con los órganos a cargo de la indagatoria. De esta manera, el defensor acompañaría a la persona a cualquier citación que se le formulara por alguna autoridad con funciones de investigación penal y lo asistiría aún antes de la instructiva de cargos⁵.

⁵ Esta es la postura de varias leyes procesales de la región. El Código Procesal Penal guatemalteco en el artículo 71 reconoce al acusado el derecho a contar con asistencia letrada desde el primer acto del procedimiento que se dirija en su contra hasta su finalización (cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o de participar en él). El artículo 13 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece: Defensa técnica: Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él. A su vez, el Código de Procedimiento Penal de Ecuador en su artículo 71 establece: Necesidad del defensor- Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación, sin la presencia de un abogado defensor de su confianza. Si el interrogado no designa un abogado defensor privado, se contará con un defensor público o de oficio. El defensor está obligado a instruir al declarante de su derecho a guardar silencio, así como de las consecuencias favorables o desfavorables de tal decisión. No tendrán valor probatorio alguno los actos preprocesales o procesales que incumplan esta disposición. Es interesante la fórmula empleada por el Código de Procedimiento Penal colombiano, En su artículo 119, regula: La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con este desde la primera audiencia a la que fuere citado. El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía. Y en su Artículo 267 estipula: Quien sea informado o advierta que se adelanta investigación en su contra, podrá asesorarse de abogado. Aquel o este, podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares a su costa, o solicitar a la policía judicial que lo haga. Tales elementos, el informe sobre ellos y las entrevistas que hayan realizado con el fin de descubrir información útil, podrá utilizarlos en su defensa ante las autoridades judiciales. Asimismo, el Código Procesal Penal de la República de Panamá en su artículo 10 establece: Derecho a la defensa inviolable e irrenunciable, salvo que el imputado sea un abogado y decida asumir su defensa, desde el primer acto de investigación hasta la culminación del proceso, con quien puede mantener inmediata comunicación de manera libre y privada. Si no lo hace, el Estado le asignará un defensor público. (Tomado de: Solá Miranda, Gabriela Rosa: *La defensa técnica. Análisis de su diseño en el nuevo escenario procesal penal cubano*. Trabajo de Diploma en opción al Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2021)

Sin embargo, el legislador se decantó por una fórmula que, si bien es muy superior a la de las leyes procesales derogadas y no es inédita de nuestro país⁶, deja resquicios por los cuales pueden introducirse -y se introducen- modelos de actuación en sede de instrucción contrarios al espíritu constitucional garantista que la inspiró.

Tanto la Ley No. 143 de 2021 “Del Proceso Penal” y la No. 147 de 2021 “Del Proceso Pernal Militar”, definen el inicio del proceso a partir del momento en que la persona es instruida de cargos, acto procesal con el que entonces nace el derecho a la defensa⁷.

Al respecto son claras dichas normas procesales en el entendido de que la condición de imputado y con ella la de parte, se adquiere a partir del momento en que las autoridades con facultades de persecución penal le atribuyen a la persona natural o jurídica, mediante la instructiva de cargos, la presunta intervención en un hecho delictivo, acto que supone el inicio del proceso en su contra y con ello el derecho a nombrar defensor⁸.

⁶ La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en su artículo 520. 2 establece: Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente los siguientes: a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el Juez. b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias procesales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio. A su vez, en el Código Nacional de Procedimientos Penales Federal de México se prevé en su artículo 307 una audiencia inicial ante el juez en la que se le informarán sus derechos constitucionales y legales, si no se le habían informado con anterioridad, se realizará el control de la legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación y se dará la oportunidad de declarar al imputado. A esta audiencia deberá concurrir el Ministerio público, el imputado y su defensor. Respecto al derecho a la defensa, se regula: Artículo 17. Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata. La defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su Defensor o a través de éste, desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento. Nótese que en ambas legislaciones se prevé la presencia del defensor desde la detención y antes de la imputación formal.

⁷ Artículo 12.1 de la Ley No. 143/21 del Proceso Penal y Ley No. 147/21 del Proceso Penal Militar.

⁸ Artículo 129.1 de la Ley No. 143/21 del Proceso Penal y 121.1 de la Ley No. 147/21 del Proceso Penal Militar.

El contenido de este acto procesal revela importantes formalidades cuyo estricto cumplimiento constituye una salvaguarda del derecho a la defensa. Consiste en la información clara y comprensible a la persona de los hechos que se le imputan, por quién, los cargos que se le formulan, los elementos de prueba que permiten sostener hasta ese momento su presunta intervención y los derechos que le asisten conforme a la ley⁹.

Este acto único y concentrado, es independiente de la declaración del imputado¹⁰; en aquel aún no interviene el defensor, en este sí, bien porque es designado, bien porque no designa ninguno, pero reclama la presencia de uno de oficio para su declaración inicial si está detenido, en prisión provisional o preso por otra causa, aunque puede prescindir de abogado para esta declaración y las sucesivas que preste, así como las demás diligencias de la fase preparatoria, excepto aquellas en las que es obligatoria la presencia del defensor¹¹.

De conformidad con lo regulado en ambas leyes, la instructiva de cargos ha de realizarse cuando la persona se encuentre detenida, dentro de las veinticuatro horas posteriores a la detención y si estuviera en libertad, dentro de los cinco días posteriores a la denuncia¹².

Sin embargo, no prevén ambas leyes plazo alguno para instruir de cargos a una persona, cuando nace contra ella la *notitia criminis* y se ini-

⁹ Artículos 129.2 y 130 de la Ley No. 143/21 del Proceso Penal y 121.2 y 122 de la Ley No. 147/21 del Proceso Penal Militar. Al respecto es importante aclarar que ambas leyes prevén el derecho a la defensa técnica de confianza o de oficio (presencia obligatoria, art.12.3) desde la detención en los casos en que el imputado sea menor de dieciocho años de edad. (artículos 130.2 a) LPP y 122.2 a) LPPM)

¹⁰ Artículos 246 al 251 de la Ley No. 143/21 del Proceso Penal y 243 al 249 de la Ley No. 147/21 del Proceso Penal Militar.

¹¹ Aunque no es objeto de este artículo, hago un paréntesis para alertar sobre un fenómeno que he observado en estos primeros compases de las nuevas leyes procesales cubanas y que tiene indudable incidencia en el derecho a la defensa. Resulta sintomático la cantidad de procesos, en los que, imputados detenidos, manifiestan que desean prestar su declaración inicial sin abogado, la cual es tomada en las primeras horas de la detención. Por supuesto, se trata de un derecho, pero es cuanto menos extraño que, teniendo la posibilidad de designar un defensor dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido instruido de cargos o de no hacerlo, solicitar ser asistido por un abogado de oficio, conector del derecho y libre de costo, renuncie a él para someterse a solas a un interrogatorio, que derive en una declaración sobre hechos presuntamente delictivos que previamente se le ha comunicado mediante la instructiva de cargos. ¿Se les estará informando correctamente sus derechos como imputado?

¹² Artículo 129.3 de la Ley No. 143/21 del Proceso Penal y 121.3 de la Ley No. 147/21 del Proceso Penal Militar.

cia un proceso investigativo, sin detenerse ni formular la correspondiente denuncia.

De modo que, para el legislador cubano, antes de la instrucción de cargos no existe imputación formal contra la persona y, por tanto, no se ha iniciado el proceso y así tampoco, el derecho a la defensa técnica.

De lo anterior se infieren varias interrogantes: ¿Puede ser llamada una persona por los órganos encargados de la persecución del delito a una entrevista, sobre hechos constitutivos de delito y su presunta intervención en ellos, sin instruírsele de cargos? ¿Puede una vez detenida la persona ser interrogada sobre los hechos, aun cuando no se le tome una declaración, antes de ser instruida de cargos? ¿Tiene sustento legal tomarle declaración de testigo a una persona, en la que revele hechos que pueden incriminarle penalmente y en fecha posterior, instruirlo de cargos sobre esos mismos hechos?

4. Actos que atentan contra el debido proceso

Las interrogantes antes formuladas, responden a una nociva práctica en algunos órganos de instrucción que no es nueva y que, dado el momento en que se ha definido el inicio del proceso penal en las leyes procesales del 2021, no se avizoran cambios; por el contrario, ante el arribo más temprano del defensor al proceso, se advierte la “urgencia” en algunos casos de llegar al imputado antes de aquel.

Citar a una persona al órgano de instrucción o incluso a otro sitio, -hasta con un ambiente agradable-, antes de formularse denuncia o, formulada esta, antes de detenerse e instruírsele de cargos y por tanto, sin posibilidad legal de designar un defensor que lo asista, para una “entrevista” sobre hechos que conforman un expediente investigativo al que no tiene acceso, que puedan ser constitutivos de delito y en los que presuntamente pueda tener participación, es ilegal e incluso inconstitucional a la luz de la nueva ley de leyes y, los resultados de esa entrevista, a menudo manuscritos por el entrevistado a solicitud del entrevistador, no pueden bajo ningún concepto incorporarse al proceso.

Interrogar a una persona una vez detenida, en torno a los hechos y sus circunstancias, antes de ser instruido de cargos dentro de las veinticuatro horas posteriores a su detención y, por tanto, sin la presencia de un abogado si así lo interesa, no encuentra cauce procesal en ninguna de nuestras leyes penales adjetivas¹³.

¹³ He escuchado opiniones en el sentido de que nada obsta a que el actuante -dígase policía, instructor, oficial operativo o el fiscal- dentro de las veinticuatro horas

Tomarle declaración de testigo a una persona, de la que existe evidencia que pudiera tener intervención en un hecho delictivo a fin de, bajo la obligación de declarar y decir verdad, sin ocultar lo que sepa y advertido de la responsabilidad penal en que incurriría de faltar a dichos deberes¹⁴, obtener información de “utilidad” para la investigación, que le perjudique y con posterioridad, derivada de dicha declaración autoincriminatoria, instruirla de cargos, igualmente atenta contra el derecho a la defensa y por tanto, es insostenible desde el ángulo de visión del debido proceso penal¹⁵.

Si el inicio del proceso penal se define a partir de la instrucción de cargos y con ella, el momento a partir del cual la persona puede nombrar defensor, debe existir coincidencia que tales prácticas “preprocesales” no pueden ingresar al proceso ni contaminarlo.

Si el texto constitucional consagra como suprema garantía del debido proceso, el derecho a la asistencia letrada desde el inicio del proceso y las leyes procesales definen que dicho inicio lo marca el momento de la instructiva de cargos, cualquier acción anterior a este acto procesal, vulnera el derecho a la defensa y por tanto resulta inconstitucional.

Si dentro del contenido de la instructiva de cargos está la información a la persona de modo claro y comprensible de los derechos que le asisten

posteriores a la detención y antes de que se le instruya de cargos, converse con el detenido (aún no es imputado) sobre los hechos y hasta le formulen preguntas, pues la ley no lo impide. Tal interpretación nace de la fisura que a mi juicio contienen nuestras leyes procesales al fijar un espacio temporal entre la detención y la instructiva de cargos y condicionar a esta la intervención del defensor que pueda asistir al imputado. Sin embargo, considero que dicha práctica sí es violatoria del debido proceso y de las propias leyes procesales, pues a la persona aún no se le ha informado de sus derechos mediante la instructiva de cargos, entre los que se encuentra el derecho a guardar silencio, de ahí que es improcedente hacerle cualquier pregunta respecto a los hechos. (artículo 130.1 e) LPP y 122.1 e) de la LPPM)

¹⁴ Artículo 264 de la Ley No. 143/21 del Proceso Penal y 262 de la Ley No. 147/21 del Proceso Penal Militar.

¹⁵ Esta práctica infringe además lo previsto en los artículos 257 y 255 respectivamente de la LPP y LPPM en cuanto establecen que el testigo no está obligado a declarar acerca de una pregunta cuya respuesta perjudique a su persona o a alguno de sus parientes protegidos por esta ley; en este caso puede excusarse de la obligación de declarar. En tal caso, al no comparecer asistido de un defensor y si no es conocedor de la norma, tendría que ser el actuante quien, con profesionalidad y transparencia, le haga la advertencia correspondiente y se abstenga de realizar tales preguntas. Lamentablemente no siempre ocurre así.

en correspondencia con lo establecido en la ley¹⁶, toda interacción con ella antes de dicho acto procesal y de informársele de sus derechos, es violatoria de estos, de la ley procesal penal y de la Constitución de la República.

5. De la nulidad de los actos realizados con anterioridad a la instructiva de cargos

Cualquier acto anterior a la instrucción de cargos que no esté sujeto a la posibilidad del efectivo ejercicio del derecho a la defensa, carece de valor procesal y no puede tener otro destino que la declaración de su nulidad absoluta, por vulnerar derechos y garantías relativas al debido proceso consagradas en la Constitución de la República¹⁷.

Una declaración obtenida antes de la instructiva de cargos es nula, pues este acto procesal, precede a la toma de la primera declaración al imputado. Si al instruir de cargos a la persona se le deben informar sus derechos y entre ellos, el derecho a declarar o abstenerse de hacerlo, cualquier declaración anterior a aquel acto procesal, aun cuando se trate de un manuscrito, carece de valor, debe ser anulada y extraída del expediente¹⁸.

¹⁶ Téngase en cuenta que entre los derechos previstos en los artículos 130.1 de la LPP y 122.1 de la LPPM se hallan, el derecho a ser representado por uno o más defensores de su elección o por uno de oficio en los casos que prevé la norma, comunicarse privadamente con su defensor en cualquier etapa del proceso cuantas veces lo solicite, no declarar contra sí mismo, su cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y abstenerse de declarar o hacerlo cuantas veces considere que sea conveniente a sus intereses.

¹⁷ Los artículos 58.1 y 56.1 respectivamente de la LPP y la LPPM establecen que pueden ser anulados los actos procesales ejecutados vulnerando las garantías consagradas en la Constitución, en esta Ley y en los tratados internacionales en vigor por la República de Cuba y aquellos que se ejecuten con inobservancia de las formalidades previstas en esta Ley que ocasionen perjuicios a los intervinientes. A su vez los artículos 59 de la LPP y 59.1 de la LPPM estipulan que son causas de nulidad absoluta las actuaciones ejecutadas con vulneración de los derechos y garantías relativas al debido proceso, siendo el derecho a la defensa y en particular a la asistencia letrada desde el inicio del proceso una garantía fundamental del debido proceso.

¹⁸ En ocasiones después de la "entrevista" se le pide a la persona -aún no es imputado pues no se le ha instruido de cargos- que escriba de su puño y letra las respuestas que ha ofrecido. Este manuscrito carece de valor legal y tampoco puede incorporarse a las actuaciones, máxime cuando las leyes procesales admiten

Tampoco son válidas las informaciones que hayan sido obtenidas por el actuante mediante interrogatorios realizados antes de la imputación formal. En este entendido, no pudieran ser incorporadas al proceso de ningún modo, ni mediante un informe, ni a través de un testigo que haya presenciado lo ocurrido y mucho menos, mediante el testimonio escrito de lo supuestamente referido por la persona, con el pie de firma de dos testigos y la rúbrica de estos. Y por supuesto, tampoco sería lícita una declaración del actuante en el acto del juicio oral en la que incorpore tales elementos. Cualquiera de estas variantes, es susceptible de nulidad absoluta.

6. Ideas conclusivas

Nos hemos dotado de sendas leyes procesales, incuestionablemente superiores a las que rigieron durante más de cuarenta años, aunque con imperfecciones que en un futuro mediato deben ser revisadas, por el bien de nuestro proceso penal. Como señala la Dra. Mayda Goite Pierre, *“La reforma procesal penal cubana es una medular transformación del sistema de justicia penal, que coloca a nuestro país en la avanzada de ese movimiento”*¹⁹. Sin embargo, acota, *“la vida es más rica”* y los desafíos crecen cada día lo que supone que en un tiempo no muy lejano tendremos que modificar nuestro diseño procesal *“si queremos que nuestra política criminal sea realmente efectiva”*²⁰.

El mundo ha cambiado y Cuba también. No podíamos seguir varados en un sistema procesal diseñado para una realidad bien distinta. Frente a nuevas y más complejas manifestaciones de la criminalidad y el riesgo que su incremento implica para la seguridad ciudadana y la estabilidad de los Estados, se erige la necesidad de su combate apelando a métodos y formas más efectivos.

Sin embargo, el enfrentamiento al delito, aún en sus más graves manifestaciones, encuentra límites en el respeto a los derechos y garantías individuales que, bajo ningún concepto, pueden ser conculcados con la justificación de preservar la seguridad ciudadana y el orden social.

la redacción de la declaración por el propio imputado. (Arts. 250.2 LPP y 248.2 LPPM)

¹⁹ Goite Pierre, Mayda: *El desafío de la reforma procesal cubana: entre el garantismo y la política criminal*. Revista Cubana de Derecho. V Época. Vol. 2 No. 1, Enero-junio 2022, Editorial UNIJURIS, pág.672.

²⁰ Goite Pierre, Mayda: Op. Cit. Página. 672.

El Constituyente cubano del 2019, garantizó que las personas en el proceso penal dispongan de asistencia letrada desde el inicio del proceso. El legislador fijó el inicio del proceso con la instructiva de cargos y, por tanto, a partir de ese momento la persona adquiere la condición de parte y nace el derecho a la defensa. Cualquier acto que se realice con una persona, de la que se tiene noticias de que pueda ser partícipe de un hecho delictivo, antes de la imputación formal y por tanto, privándola del derecho a la defensa técnica, es de dudosa eticidad e indudable inconstitucionalidad, por lo que tales prácticas deben ser desterradas de nuestro entorno procesal.

Tenemos un nuevo procedimiento penal más garantista, que debemos cuidar y perfeccionar. Todos los operadores del proceso penal estamos comprometidos con el debido proceso. La robustez de nuestro Estado de Derecho depende de todos. Cambió la ley. Ahora, cambiemos la mentalidad.

La garantía constitucional del debido proceso y las reglas de valoración de la prueba

YAN VERA TOSTE*

Sumario

1. Introducción
2. Apuntes doctrinales necesarios
 - 2.1. El papel rector de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico
 - 2.2. El nuevo contexto interpretativo a partir de la promulgación de la constitución cubana de 2019 y las garantías procesales penales. El programa penal constitucional
 - 2.3. La implementación de las nuevas garantías procesales penales y su incidencia en la interpretación en el proceso penal
 - 2.4. El debido proceso como garantía consagrada en la constitución
 - 2.5. El debido proceso y la actividad probatoria
3. Los pronunciamientos de la Sentencia No. 258 de 22 de febrero de 2021
4. Conclusiones

1. Introducción

“La justicia no espera ningún premio. Se le acepta por ella misma. Y así son todas las virtudes”. Cuando recuerdo esta frase de Cicerón, no hago otra cosa que pensar en la Magistrada María Caridad Bertot Yero. La conocí cuando realizaba mi tesis de Diploma para graduarme como universitario (2000) y desde ese momento avizoré todos los “ingredientes” desde mi inmadura concepción de lo que resultaba estar ante una jurista preparada y amante de la justicia. Los años, la maduración de ideas y el ejercicio profesional no menguaron esa concepción inicial todo lo contrario, la reforzaron.

* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana.

Es un honor y un privilegio conocer a tan gran jurista, y para suerte de todos los cubanos, que haya integrado la judicatura y se entregara a la justicia por tantos años. Esos son los paradigmas que hay que seguir, los que debemos alcanzar para considerarnos hombres y mujeres de bien.

Un viejo refrán chino dice que, tirándole piedras a la luna, quizás nunca llegaremos a ella, pero seremos grades tiradores de piedras. Intentando seguir su ejemplo quizás nunca llegaremos a ser como Bertot Yero, pero indudablemente seremos buenos juristas. Mi eterna gratitud y respeto.

Las sentencias donde actúa como ponente la Magistrada María Caridad Bertot Yero son referentes para la práctica jurídica cubana. Resulta un grato placer y un gran honor tener la posibilidad de comentar la que nos ocupa: la Sentencia No. 258 de 22 de febrero de 2021, dictada por la Sala Penal del Tribunal Supremo Popular¹, por considerarla paradigmática y necesaria. Los conceptos y argumentos que se emplean en sus CONSIDERANDOS constituyen guías de verdadero respeto por la legalidad, el Derecho penal imbricados en una realidad singular y cambiante.

Con la promulgación de la nueva constitución el 24 de febrero de 2019, se enriquecen y adquieren carácter constitucional un grupo de garantías que antaño, formaban parte del vocabulario de los académicos y aspiraciones de todos los que amamos una justicia cada vez más transparente y democrática.

En su argumentación se imbrican un conglomerado de principios que conforman la hoy garantía jurisdiccional del debido proceso, “echando mano” a artículos de la ley de trámites, necesitada de una renovación y de un grupo de disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, que han intentado atemperar nuestra realidad, a las prácticas más democráticas en la administración de justicia y a las nuevas realidades que nos presenta e impone la Constitución de la República.

Por la trascendencia de los argumentos, se hace necesario *prima facie*, exponer el contexto doctrinal donde nacen algunas de las categorías y principios que se defienden en la sentencia que comentaremos.

¹ La sala de casación estuvo integrada por los siguientes magistrados: Iliana Julia GÓMEZ GUERRA, María Caridad BERTOT YERO (ponente), Tomás BETANCOURT PEÑA, María Elena LÓPEZ DÍAS y Diosdado VALDESPINO ZAMORA.

2. Apuntes doctrinales necesarios

2.1. El papel rector de la Constitución en nuestro sistema jurídico

El artículo 7 de la constitución cubana establece que “*La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla ...*”. Es por ello que por el propio mandato constitucional la guía interpretativa debe partir de los valores y presupuestos que en ella se consignan, así como la legitimidad y legalidad del resto de las disposiciones jurídicas.

El papel de supremacía de la constitución en su aspecto formal y material es abordado por Hans Kelsen en un trabajo titulado *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, publicado en 1928. Kelsen distingue que en el fondo, las leyes no sólo deberán ser elaboradas según el procedimiento que la Constitución proscriba, sino además, que no podrán vulnerar las garantías y libertades que en ella se consagren. “... una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad del procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución ...”.²

Esta idea sobre el papel regulador y garantista que debe cumplir la Constitución y de su vinculación con el Derecho penal, como afirma Arranz Castillero,³ es fruto indiscutible del pensamiento ilustrado como forma de la clase ascendente (burguesía) de limitar el poder absoluto de las monarquías y la potestad punitiva del antiguo régimen. Este movimiento sembró los pilares que posibilitaron la imbricación futura entre el Derecho constitucional y el penal y la positivización en los textos constitucionales de aquellas garantías y derechos esenciales en el orden penal.

Ya Locke en *Carta sobre la tolerancia* exponía: “Pero como ningún hombre soporta voluntariamente ser castigado con la privación de alguna parte de sus bienes y, mucho menos, de su libertad o de su vida, el magistrado se encuentra, por lo tanto, armado de fuerza y el apoyo de todos sus súbditos a fin de castigar a aquellos que violan los derechos de

² Kelsen, Hans, “La Garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia Constitucional), tr. Rolando Tamayo y Solmorán, *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, ISSN 1138-4824, no. 15, Madrid, 2011, p. 260.

³ Arranz Castillero, Vicente Julio, “Minimalismo y maximalismo penal en la evolución del constitucionalismo moderno. Una proyección para el análisis de los contenidos penales de la Constitución cubana en ocasión de su XX aniversario” en *Revista cubana de derecho*, no. 28, julio-diciembre, UNJC, La Habana, 2006, pp. 4 ss.

los demás. Ahora bien, toda la jurisdicción del magistrado se extiende únicamente a estos intereses civiles, y todo el poder, derecho y dominio civil está limitado y restringido al solo ciudadano de promover estas cosas y no puede ni debe, en manera alguna, extenderse hasta la salvación del alma".⁴

El origen, a su vez, de muchos de los principios y garantías de naturaleza penal que hoy se consagran en los textos constitucionales también encuentra sus bases en la ilustración y concretamente en la obra de BECCARÍA *De los delitos y de las penas*: "... Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico. (...) La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador ..." (Principio de legalidad de los delitos y las penas).⁵

Dentro de las primeras constituciones que ejemplifican lo antes expuesto encontramos la de Estados Unidos de América de 1787 y la de Francia de 1791. Ya la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la Declaración del hombre y del ciudadano que precedieron a ambos textos legales, contenían postulados que trascienden a las esencias del Derecho penal moderno.

Con el desarrollo de la sociedad y el pensamiento, los cambios y eventos históricos, el papel preponderante de la constitución se ha ido afianzando en los estados modernos. De ahí que hoy en día se considere a éstas desde diversas perspectivas: sociológica, política y jurídica.⁶ En su concepción jurídica, la Constitución es concebida esencialmente como ley fundamental de la organización del estado y la vida jurídica de un país. Desde esta concepción y en sentido "formal", ésta se entiende como el complejo normativo establecido de una sola vez, en el cual, de manera total, exhaustiva y sistémica, se establecen las funciones fundamentales del Estado, se regulan los órganos, el ámbito de competencias y las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos.

⁴ LOKE, John, *Carta sobre la tolerancia*, ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 8-9.

⁵ BECCARÍA, Cesar, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Castilla, Madrid, 1968, p. 28.

⁶ Vid. ALFONSO DA SILVA, José, "Aplicabilidad de las normas constitucionales", tr. Nuria González Martín, *Instituto de investigaciones jurídicas, Seria doctrina jurídica*, no. 149, México, 2003, pp. 7 ss.

El Derecho penal al igual que el constitucional, como elementos de la superestructura de una sociedad, han estado inmersos en las transformaciones que han sucedido en la base económica de éstas en los diversos momentos históricos de su desarrollo. Ello ha traído consigo un grupo importante de posturas dogmáticas que han abordado y abordan, su interrelación y alcance.⁷ Uno de los criterios más difundidos radica en los llamados herederos de la Escuela de Frankfurt. Estamos hablando del profesor Winfried HASSEMER y de sus discípulos, especialmente Félix HERZOG.

Sus postulados radican en el reconocimiento de la necesidad histórica por parte de los Estados de establecer reglas sociales y sanciones para los que infrinjan esas reglas (control social). Lo que ha caracterizado a ese control social es la lesión a bienes jurídicos, intereses y derechos de los ciudadanos. Es por ello que debe promoverse una formalización de ese control, de modo que se minimicen sus consecuencias negativas. Esta formalización dice HASSEMER, requiere de “transparencia y claridad” y, al mismo tiempo, observar determinados principios valorativos tanto para el legislador como para el juez.⁸

Es sobre esa base que un importante sector doctrinal sostiene la idea de que para alcanzar esa meta resulta inobjetable poner por delante los valores y postulados constitucionales, la fuerza política y jurídica que poseen. Esto descansa, en algo que ya hemos acotado, el valor del texto constitucional en las sociedades modernas y su supremacía como texto legal.

En España ARROYO ZAPATERO ha desarrollado sobre estas premisas, un sistema interpretativo para el Derecho penal que parte de la propia constitución. Este autor defiende la necesidad de acudir a la Constitución como referente metodológico que posibilita definir el objeto de la ciencia penal. En ella se encuentran los valores fundamentales que el consenso social erige como las más generales y elevadas reglas de convivencia en una determinada sociedad. En ese sentido “... la Constitución nos ofrece presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalistas y los métodos, o mejor, los valores en el método, de los que nos hemos de servir para el conocimiento de aquel”.⁹

⁷ ARRANZ CASTILLERO, op. cit., p. 20-21.

⁸ HASSEMER, Winffierd, “Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana”, tr. Francisco Muñoz Conde, *Cuadernos Doxa*, no. 8, 1990, pp. 172 ss.

⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, *Fundamentos y función del sistema penal: el programa penal de la constitución*, Universidad de Castilla de la Mancha, 1986, p. 153.

Acudir a la Constitución para legitimar el poder punitivo significa desbordar el estrecho marco de las referencias que en su texto aparecen a las cuestiones jurídico-penales. Implica el análisis global de sus preceptos. Este autor enarbola dos categorías que a la sazón resultan de una gran utilidad práctica: **“Programa penal de la constitución”** y **“Derecho penal constitucional”**. El primero se refiere al conjunto de postulados político-criminales del que podemos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en la que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le correspondan aplicar; el segundo es caracterizado por los principios generales de la Constitución y los preceptos concretos que en su texto se consagran.

Como afirma el autor español, debemos acudir a la constitución como elemento de referencia en el orden metodológico que nos posibilite determinar el objeto de la ciencia penal. En la “ley de leyes” deben encontrarse los “valores-marco” que una determinada sociedad en un momento histórico concreto erige como las mas elevadas reglas de la convivencia social. Toda metodología esta conformada por ideología y juicios de valores, es por ello que la constitución nos debe guiar en esa determinación. En ese sentido “... la constitución nos ofrece presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalistas y los métodos, o mejor, los valores en el método, de lo que nos hemos de servir para el conocimiento de aquel”.¹⁰

Para lograra la eficacia de las normativas constitucionales uno de los medios fundamentales radica en la aplicabilidad directa de sus preceptos y su empleo como norma jurídico-política de contraste o patrón respecto a otras disposiciones generales y particulares.¹¹ Atendiendo al objeto del presente trabajo, nos enfocaremos esencialmente en el programa penal que establece la nueva Constitución cubana y como éste trasciende a los efectos interpretativos de los operadores jurídicos en el marco del proceso penal.

2.2. El nuevo contexto interpretativo a partir de la promulgación de la constitución cubana de 2019 y las garantías procesales penales. El programa penal constitucional

Con la promulgación de la nueva constitución cubana de 2019 por vez primera se recogen lo que de antaño, constituían “aspiraciones” de

¹⁰ *Idém*, p. 99.

¹¹ Vid. PRIETO VALDÉS, op. cit., p. 193.

la doctrina constitucional y procesal patria: la *tutela judicial efectiva* y el *debido proceso* (vid. artículo 92, 94 y 95). Su positivización impone al legislador el reto de materializar, no solamente formal sino esencialmente material, su contenido para que encuentren plena validez en nuestra realidad jurídico-social.

Coincidimos con MENDOZA DÍAZ y GOITE PIERRE cuando exponen que resultó un gran acierto del legislador constitucional cubano separar las categorías de *tutela judicial efectiva* (artículo 92) y *debido proceso* (artículo 94 y 95). “Estas categorías que se enmarcan bajo el título GARANTÍAS DE LOS DERECHOS, contiene otro grupo de instituciones que se inscriben en el concepto genérico de «garantías» y que van desde la posibilidad de solucionar los conflictos por vías alternativas, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la responsabilidad patrimonial de la administración, hasta los mecanismos de protección privilegiada de los derechos constitucionales (artículo 99) que debe dar cabida a una modalidad de amparo que a la fecha de la elaboración de este trabajo aún el legislador ordinario no lo ha bautizado con el tipo procesal que utilizará para instrumentarlo”.¹²

Su consagración constitucional en Cuba permite y debe posibilitar un reforzamiento de los derechos y garantías en el proceso penal que se diseñe en el futuro inmediato, posibilitando “espacios democráticos” en su tramitación, la amplitud de los derechos y garantías, el respeto por los derechos fundamentales y la posibilidad mayor de procurar justicia en el caso concreto.

Como refiere FERRAJOLI,¹³ “Garantías” es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Si bien ese término surgió primeramente en el campo del Derecho civil, su significado se fue poco a poco ampliando hasta la trascendencia que se le concede hoy día.

Esta ampliación ha llevado de la mano a la introducción del neologismo “garantismo”. Este se refiere a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales. Hoy en día, el constitucionalismo más reciente amplía la gama de instrumentos jurídicos que conforman su sistema de garantías que van desde la acción procesal que posibilita al titular del derecho acudir a los tribunales en busca de su protección o restablecimiento en caso de vulneración, hasta los más disímiles medios de protección que

¹² GOITE PIERRE, Mayda y Juan MENDOZA DÍAZ, “El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano”, *UH on Line*, no. 289, ISSN 0253-9276, La Habana, 2020, p. 170.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, *Parolechiave*, no. 19, tr. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarella, 1999, p. 39.

se establecen atendiendo al desarrollo social, económico y jurídico de un país determinado.¹⁴

2.3. La implementación de las nuevas garantías procesales penales y su incidencia en la interpretación en el proceso penal

Las penales y procesales son garantías negativas, ya que su finalidad es limitar el poder punitivo en defensa de las libertades individuales y el desarrollo social armonioso.¹⁵ Esta idea se ha identificado con el proyecto de un “derecho penal mínimo” que trata en su esencia de establecer un sistema penal capaz de regular la intervención punitiva en la previsión legal de los delitos y en su constatación judicial, a rigurosos límites que posibiliten la defensa de las libertades y derechos de los ciudadanos de un determinado Estado.

Las procesales penales se convierten en garantías secundarias de las penales y en primarias de la inmunidad de los imputados frente a la arbitrariedad policial o judicial. Deben en esencia garantizar en grado máximo la búsqueda de la verdad jurídica, su verificabilidad y refutabilidad en abstracto de la hipótesis acusatoria. A su vez deben contemplar la carga de la prueba, la contradicción, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el resto de los principios que la doctrina ha enarbolado como garantías esenciales de los procesados.

FERRAJOLI,¹⁶ es del criterio que en un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no deben añadir legitimidad a la jurisdicción. Ni la voluntad, ni el consenso o interés general, ni ningún otro principio de autoridad pueden convertir en verdadero lo que es falso o viceversa. Existe un nexo entre derecho penal mínimo y garantismo pero también entre derecho penal mínimo, efectividad y legitimación del sistema penal. “Sólo un derecho penal concebido únicamente en función de la tutela de los bienes primarios y de los derechos fundamentales, puede asegurar junto a la certeza y al resto de las garantías penales, también la eficacia de la jurisdicción frente a las formas cada vez más poderosas y amenazadoras de la criminalidad organizada”.

¹⁴ CUTIÉ MUSTELIER, Daniela y Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, “Derechos y Garantías judiciales en Cuba. Notas para una propuesta procesal”, en MATILLA CORREA, Andry y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores *et al*), *Escritos sobre Derecho procesal constitucional*, UNIJURIS, La Habana, 2012, p. 4.

¹⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 42.

¹⁶ *Ídem*, pp. 42-43.

Estas garantías reconocidas por la constitución cumplirán su función en la medida en que se logren incorporar a las respectivas legislaciones como verdaderas técnicas normativas. Su diseño y formulación dependerán de diversos factores como contexto social y axiológico, cultura política y jurídica pero, sobre todo, a las finalidades e intereses de la clase económicamente dominante en ese momento histórico concreto. También se requiere de una estructura y organización del sistema jurídico e institucional, particularmente en el orden judicial, que permita o propicie su cumplimiento.

Es por ello que un análisis dialéctico debe partir siempre del “deber ser” y no de la ley propiamente dicha. Este análisis es el que posibilitará *a posteriori*, formular un juicio crítico de la realidad jurídica que nos circunda en materia de garantías y específicamente de las procesales penales que es el objeto del presente trabajo.

Como ha referido Alberto BINDER,¹⁷ el Derecho debe ser un instrumento al servicio de las personas y de sus problemas. La dignidad humana es algo extremadamente valioso, la libertad, la igualdad y la fraternidad siguen constituyendo hoy día un ideal hermoso. Sobre estas premisas axiológicas deben diseñarse las garantías procesales penales. Por supuesto que en la práctica social resulta complejo ya que éstas garantías son entendidas muchas veces como límites a la efectividad del enfrentamiento por parte del Estado a la criminalidad. En ese dilema radica la problemática fundamental del Derecho procesal penal moderno, en balancear las garantías con la eficacia y efectividad del proceso penal en función del cumplimiento de sus fines.

Se afirma que este paradigma garantista de la democracia constitucional es embrionario,¹⁸ y que debe extenderse en tres dimensiones: a) para garantizar todos los derechos, no solo los de libertad sino también los sociales, b) frente a todos los poderes, no solo públicos, sino también privados y c) en todos los planos, tanto estatales como del derecho internacional.

2.4. El debido proceso como garantía consagrada en la constitución

Con frecuencia suelen identificarse la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Realmente entre ellos, como afirmen PÉREZ GUTIÉRREZ y

¹⁷ BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho procesal penal*, ed. AD-HOC, 1a ed., Buenos Aires, 1993, p. 21.

¹⁸ FERRAJOLI, op. cit, p. 43.

HIERRO SÁNCHEZ,¹⁹ existe una relación de género-especie. La tutela será el género y el debido proceso la especie. El debido proceso constituye un componente esencial para que estemos ante una tutela judicial efectiva, éste existe sólo durante la tramitación del proceso mientras que la tutela es una garantía que es previa a éste y le sobrevive.

El debido proceso llegó a los predios americanos acompañado de la tutela judicial efectiva de la mano del artículo 24 de la Constitución española de 1978, que en un mismo artículo une ambas categorías. Esta fusión provocó en aquel país primero, y luego en los restantes que siguieron el modelo español, una profusa jurisprudencia que fue mezclando ambas categorías.²⁰

Su origen incipiente se enmarca en la Carta magna inglesa de Juan sin tierra de 1215. El plexo de garantías que esta ley recogía trascendió a la conformación del modelo procesal inglés. Éste a su vez, incidió en la configuración del sistema penal de los EEUU a partir del contenido de las 10 enmiendas a la constitución norteamericana realizadas en 1787 y aprobadas el 3 de noviembre de 1791, conocidas como la "Declaración de Derechos o *Bill of Right*". "A partir de ese momento el concepto de *'right to due proces of law'* se tornó en un derecho genérico del sistema legal de los EEUU y se extendió al resto del mundo y sirvió para identificar un catálogo de diversas garantías asociadas al juzgamiento penal".²¹

En esencia, más que un concepto, el debido proceso se emplea como categoría genérica que engloba un grupo importante de garantías que son fruto de las luchas históricas por humanizar y dignificar la persecución penal y concretamente el procesamiento de los delitos por parte del Estado. Responde a las exigencias de legalidad, respeto a la dignidad humanidad, seguridad jurídica, entre otros valores esenciales en una sociedad democrática y que potencie al ser humano como su actor principal. Muchos de los principios y garantías que lo conforman, hoy son parte de diversos instrumentos internacionales.

El legislador en el artículo 94 y 95 de la Constitución cubana estableció dieciséis (16) garantías que deben conformar el debido proceso en nuestro país. Ello no impide que la nueva legislación que se promulgue no deba o pueda contemplar otras, lo que sí indica, cuáles son las que no pueden faltar.

¹⁹ *Ídem*, p. 50.

²⁰ GOITE PIERRE y MENDOZA DÍAZ, op. cit., p. 164.

²¹ *Íbidem*.

En el artículo 94 se consignan las garantías generales del debido proceso que son un total de ocho (8) y son comunes para todos los tipos de procesos y en el 95 las específicas del procedimiento penal que también están conformadas por ocho (9), para un total de dieciséis (17).

Dentro de las ocho **garantías generales** encontramos: 1. Principio de igualdad; 2. Derecho a la asistencia letrada; 3. Derecho a la prueba; 4. Derecho al acceso a la justicia y a un proceso con garantías de imparcialidad; 5. Derecho a obtener una resolución fundada que resuelva el conflicto; 6. Derecho a recurrir las decisiones judiciales; 7. Derecho a un proceso rápido y sin dilaciones y 8. Derecho a la indemnización por error judicial.

Las **garantías específicas** son: 1. Legalidad en la privación de libertad; 2. Defensa técnica desde el inicio del proceso; 3. Presunción de inocencia; 4. Trato digno y prohibición de la coacción o violencia en la tramitación de los procesos penales; 5. Derecho a la no autoincriminación; 6. Derecho a la información sobre la imputación; 7. Principio del juez natural y legalidad penal y 8. Derecho de comunicación.

2.5. El debido proceso y la actividad probatoria

Algunos principios que conforman garantías a la actividad probatoria dentro del proceso penal (directas o indirectas) están contemplados en los artículos 94 y 95 de nuestra constitución como parte del Debido proceso.

Dentro de las generales encontramos los incisos a), b) y c) del artículo 94 y en las específicas los apartados b), c), d), e) y f) del 95.

I) La Igualdad: Este principio se encuentra recogido en los documentos internacionales ya consignados y reviste una trascendental importancia de cara a las garantías de los derechos fundamentales de los imputados en un proceso penal en unión de otros. Implica que las partes gozan de los mismos derechos y oportunidades. De plano es un principio que no debe esperar a la fase del juicio oral para que se manifieste, tiene que acompañarlas a lo largo de toda su tramitación.

Lo anterior entraña un rediseño de nuestro modelo procesal donde la Fiscalía tiene el poderío de la fase de instrucción y es quien decide sobre la medida cautelar, sobre las pruebas que se van a incorporar en el sumario, y sobre todo lo relativo al cumplimiento de la legalidad. De hecho, con sólo decir eso ya se está dando por sentado el desequilibrio que impera en nuestro proceso penal y la vulneración constitucional que ello representa del debido proceso. De *lege ferenda* se hace necesaria la reformulación hacia un proceso más acusatorio, donde el control de la legali-

dad, la admisión de pruebas y la imposición o revocación de la medida cautelar de prisión provisional, recaigan sobre el órgano jurisdiccional

La estructura del proceso que se escoja, debe garantizar que la actividad que en él se genere entre las partes en conflicto, tenga plena igualdad y esencialmente en la actividad probatoria, para que estemos entonces ante un debido proceso.

II) Derecho a la asistencia letrada. Esta garantía se relaciona de manera directa con otra específica que desarrollaremos *infra* y guarda una estrecha relación con la anterior. Para lograr igualdad, las partes que confluyan en un determinado conflicto, deberán contar con el conocimiento jurídico adecuado para encausar sus pretensiones. De no poseer dicho conocimiento tendrán el derecho de que se les procure y el Estado la obligación de su materialización.

III) Derecho a la prueba. Solo las partes proponen la prueba que se admitirá por el tribunal y que de ser sometida al contradictorio, fundamentará razonadamente la sentencia. Esta garantía es parte vital en el ejercicio del derecho a la defensa. Por tanto, la ley que se promulgue deberá conferirle facultades a las partes para que procuren por sí mismas las pruebas con fuerza vinculante para las instituciones y organismos y las propongan, no como lo viene reglando nuestro modelo procesal. El acusado y su defensor no tienen fuerza jurídica para procurar algunas pruebas, lo que lacera esta garantía, así como la de igualdad antes mencionada.

Diversas fórmulas se podrán emplear, pero cualquiera que se decida, debe ir encaminada a tal propósito. Por supuesto que esa nueva ley, también deberá contener los límites racionales y objetivos a ese derecho de probar.

Esta garantía a su vez permite excluir o anular la prueba ilícita. Este tópico se relaciona con la producción de prueba en proceso penal y concretamente en el acto del juicio oral. La doctrina, a partir de la propia experiencia histórica ha establecido limitaciones o prohibiciones al proceso de obtención y producción de la prueba.

Se distinguen dos grupos importantes: a) las relativas a su práctica o producción y b) las relativas a su aprovechamiento.²²

Un proceso garantista no puede legitimar la obtención o búsqueda de la verdad a cualquier costo. La formalización obligada que impone el

²² Vid. ARRANZ CASTILLERO, "La prueba en el proceso penal: generalidades" en Colectivo de autores, Temas para el estudio de Derecho procesal, 2ª Parte, ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 95 ss.

proceso penal en virtud del principio de legalidad obliga a establecer requisitos que potencien garantías y libertades, incluso, en la persecución penal en un estado democrático y de derecho.

Tanto para la obtención, como para su aprovechamiento por el juez, la prueba debe cumplir con los requisitos y formalidades que la ley establece para su práctica, partiendo de la propia Constitución y siguiendo por la ley ritual y las disposiciones que en esa materia ha establecido nuestro Tribunal Supremo Popular.

El problema no se genera ante la *prueba directamente ilícita*, en ella existe conceso doctrinal en que no podrá ser objeto de valoración. El problema se relativiza con la llamada *prueba indirectamente viciada*, es decir una declaración de acusado violándose el derecho de información o acciones de instrucción que obtienen resultados objetivos pero su origen de su intervención es ilegal.

Tres criterios se han manejado:²³ a) en pos del interés social y la finalidad de obtener la verdad objetiva en admitir, valorar y depurar la prueba directamente ilícita y exigir responsabilidad a los que cometieron las infracciones; b) la teoría del fruto del árbol envenenado, regla de exclusión o doctrina de la supresión, esta concepción lleva al rechazo total de este tipo de pruebas y c) un criterio intermedio que parte de valorar cada prueba en sí, caso a caso. Si la prueba ilícita pudo haber sido realizada lícitamente y las violaciones cometidas no trascienden al resultado de la misma, entonces se puede valorar por el juez en la sentencia.

IV) Defensa técnica desde el inicio del proceso. Este resulta otra garantía “desgraciadamente” novedosa en nuestra realidad jurídica. Su regulación fortalece la igualdad, y el derecho a la defensa. Si no le damos cumplimiento, las restantes garantías quedan en letra muerta o deja de cumplir su función específica.²⁴

Uno de los principales límites que se pone al derecho a la defensa es el temporal. Este principio para que se desarrolle tal cual es, no puede tener limitaciones.

Los debates actuales más enconados en nuestro país se centran en determinar cuándo debe considerarse el inicio del proceso para que se comience a ejercer este derecho. Para resolver tan importante cuestión proponemos un enfoque más material. Este derecho se garantiza con la imposibilidad de que ninguna acción practicada en la fase de averiguaciones donde intervenga el acusado tenga validez para el proceso, sin

²³ Ídem, pp. 97-98.

²⁴ BINDER, op. cit., pp. 151 ss.

que en ella esté presente el abogado. La sentencia que comentamos ofrece una propuesta interesante que analizaremos *infra*.

Para ello previamente debe dársele al acusado la posibilidad de nombrar abogado o comunicarse con un bufete. Sólo se exceptúan los casos en que previa información, el acusado decidió, con su aprobación mediante firma, acceder a la diligencia sin la presencia de aquel. Para ello también debe recogerse en la ley, la posibilidad de la contratación de más de un abogado o la posibilidad de que la unidad de Bufetes Colectivos preste dicho servicio en situaciones en que el letrado designado se encuentre en otras diligencias y esa no puede esperar por circunstancias concretas (objetividad).

V) Presunción de inocencia. Esta es una garantía que se relaciona con la valoración de la prueba. Como reconocen MENDOZA DÍAZ y GOITE PIERRE,²⁵ la dificultad de esta no está en su conceptualización teórica sino en su realización práctica.

La presunción de inocencia encuentra su clímax en el momento de la sentencia. No obstante, este se manifiesta en todas las etapas del proceso. En esencia impone a la nueva legislación la positivización de varias consecuencias: a. La inocencia no se demuestra, por lo que le corresponde a la Fiscalía correr con la carga de la prueba; b. El imputado nunca podrá ser tratado como culpable en la tramitación del proceso, es una persona que se somete a éste para que pueda defenderse, c. la culpabilidad debe ser jurídicamente construida; d. solo la sentencia tiene la virtualidad de la declaración de culpabilidad de una persona sometida a proceso penal; e. ante la duda del valor o fuerza probatoria de un determinado medio de prueba por el tribunal, la decisión debe favorecer al imputado (*in dubio pro reo*).

VI) Trato digno y prohibición de la coacción o violencia en la tramitación de los procesos penales. Esta garantía es consustancial a nuestro sistema social y los valores más supremos que defiende. El ser humano es y debe ser su centro y por tanto sus derechos fundamentales, vida, libertad y dignidad deben ser objeto de protección permanentes.

El respeto a la ley es un requisito *sine qua nom* para poder hablar de defensa de la dignidad. El respeto de todos los derechos que ella protege, es la mejor manera de tratar con dignidad a una persona que se somete a un proceso penal. No nos referimos, ni lo hizo el legislador constitucional, a la violencia y coacción como manifestaciones más degradantes en el trato a un ser humano. El sentido aquí referido se relaciona con el derecho que debe tener cualquier ciudadano para cuando

²⁵ GOITE PIERRE y MENDOZA DÍAZ, op. cit., p. 173.

arribe a una unidad de la policía por existir una denuncia en su contra, reciba un trato con respeto hacia su persona e integridad moral y física, y cumplimentarse con él, todos los procedimientos que la ley establece.

Por tanto, la nueva ley debe positivizar este principio y exponer las consecuencias jurídicas para los que lo incumplan, tanto en el orden administrativo, como penal.

VII) Derecho a la no autoincriminación. Esta garantía posibilita o faculta al acusado a no declarar (guardar silencio con respecto a la imputación) o a manifestar en su defensa lo que estime pertinente, cuantas veces lo determine. Hemos afirmado en más de una oportunidad que los acusados no mienten, se defienden y le corresponde a la Fiscalía demostrar si las versiones de defensa de los acusados son ciertas o no.

Para que realmente sea efectiva se deben derivar varias consecuencias: a. el silencio no puede fundamentar culpabilidad ni ser apreciado en contra del acusado; b. el hecho debe demostrarse con independencia de la declaración del acusado (el proceso penal no puede ir conducente a la obtención de su confesión); c. no se pueden utilizar medios engañosos, coactivos ni violentos para obtener la declaración del acusado; d. no sólo debe cubrir al acusado, sino también al testigo de un hecho o circunstancia que pueda perjudicarlo; e. no sólo protege al acusado para el proceso sino ante cualquier declaración que pueda proporcionarle algún perjuicio.

“Este mandato constitucional obliga a que se destierre de la práctica procesal cubana un método muy usual, consistente en que los órganos de la instrucción e incluso la fiscalía, califican la negativa del imputado a declarar como «falta de colaboración» con la investigación, lo que lleva una carga peyorativa sobre la actitud del imputado a la que no es ajeno el tribunal y que está en contradicción con el respeto que debe ofrecerse a una garantía que la Constitución reconoce a las personas, por lo que su uso no puede revertirse en su contra”.²⁶

VIII) Derecho a la información sobre la imputación. Un garantía que implica el derecho que le asiste al imputado de ser informado de qué hechos se le acusa y de las derivaciones que la investigación vaya tomando. Al tribunal también le corresponde dicha obligación, con la comunicación a éste de las conclusiones provisionales.

Además de las garantías constitucionales ya explicadas, nuestra ley ritual y el Tribunal Supremo Popular en alguna de sus disposiciones han implementado otros principios que se vinculan de manera directa con la actividad probatoria.

²⁶ GOITE PIERRE y MENDOZA DÍAZ, op. cit., p. 176.

Así el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Penal exige que el hecho debe probarse con independencia del testimonio del acusado, se su cónyuge y de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. En consecuencia, la sola declaración de las personas expresadas no dispensa de la obligación de practicar las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos.

Con independencia de la claridad que la redacción del artículo 1 mencionado presenta, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular emitió la Instrucción 247 del 2020. Esta tiene como finalidad la necesidad de garantizar en los procesos judiciales y en particular los penales, la existencia de material probatorio de calidad que permita arribar a una decisión acertada y debidamente fundada en los hechos demostrados, las características de su comisor y las circunstancias concurrentes.

En su instrucción QUINTA resalta el respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho a la defensa y señala que la declaración del acusado o del coimputado solo tendrá valor probatorio cuando sea corroborado su dicho con otros medios de prueba, sin que sea dable acoger la obrante en la fase investigativa que ha sido modificada y no comprobada, lo cual excluye al instructor como único testigo para sostener aquella. Nótese como el supremo, en una clara intención de garantismo penal, amplía el alcance inicial del propio artículo 1 de la ley de procedimiento (analogía *in bonam partem*).

La propia ley adjetiva establece los requisitos legales para obtener y producir la prueba en el proceso penal (límites sobre el empleo de determinados métodos de prueba) que servirán a las partes para, en la medida de sus respectivas posibilidades, controlarlos y denunciar en su momento procesal oportuno, la ilicitud que en ese proceso se hubiesen cometido. Es bueno consignar que el tema de las limitaciones o prohibiciones referidas al aprovechamiento de la prueba en nuestro proceso penal han sido deficientemente recogidas en ley a lo largo de nuestra historia.²⁷

El artículo 357 de la ley de procedimiento le impone al juez que sus sentencias deben basarse estrictamente en aquella prueba sometida al contradictorio en la vista del juicio oral. Esta debió inicialmente ser propuesta por las partes en sus respectivas conclusiones provisionales (art. 280) o en la vista de juicio oral de manera excepcional (art. 340.2), para influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo (art. 340.3) o incorporadas por el juez previo a su práctica (art 287 y 340.2).

²⁷ ARRANZ CASTILLERO, "La prueba ...", op. cit., p. 74.

Otro principio esencial en la valoración de las pruebas y que conforma el plexo de la garantía del debido proceso es el de *libre valoración de la prueba*. En el ordenamiento cubano no existe ningún artículo que expresamente haga mención a dicho principio, sino que con deficiente técnica lo que hace es mencionar de manera específica la regulación de determinadas pruebas.²⁸

El propio artículo 357 ya mencionado no le impone al juez que pondere un o unas pruebas sobre otra, lo que haría el principio opuesto de prueba tazada. La propia instrucción ya mencionada en su disposición SEXTA establece que los informes conclusivos del instructor o el llamado informe institucional emitido por autoridades policiales que obren en las actuaciones no tienen fuerza probatoria por sí solos.

Aparejado a ello en el año 1985 el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo emitió el acuerdo no. 172 que establecía la obligatoriedad de los jueces de motivar sus sentencias. Esta exigencia de nuestro máximo órgano judicial se corresponde con un reconocimiento abierto al sistema de la libre apreciación de la prueba regida por la sana crítica. Este principio impone que: 1. el órgano judicial debe ser libre para ponderar los diferentes elementos de prueba; 2. Necesidad de al menos una mínima actividad probatoria que destruya la presunción de inocencia; 3. La prueba debe ser producida en la vista del juicio oral y someterse al contradictorio por las partes; 4. Al acta del juicio debe contener lo acontecido en dicho acto; 5. La sentencia debe ser motivada en todos sus extremos, pero con énfasis en la argumentación sobre el proceso de determinación de los hechos en base a la prueba practicada en la vista del juicio oral y 6. La posibilidad que a través de los medios de impugnación se pueda controlar dicho proceso.

La motivación de las decisiones judiciales ha sido un reclamo y una conquista para evitar o limitar la arbitrariedad judicial en un sistema democrático y es exigida como una garantía dentro de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 92 de la constitución. La respuesta que procure el tribunal ante una solicitud de tutela de un derecho no podrá ser caprichosa, injustificada o arbitraria sino todo lo contrario. El juez tiene que fundamentar su decisión y razonarla con argumentos que encuentren su apoyo en la más estricta legalidad. En un Estado democrático aplicar el derecho exige, en relación con sus destinatarios, ofrecer argumentos que lo justifiquen. “De ahí que la obligación de motivar la sentencia constituya una exigencia de un Estado democrático y socialista,

²⁸ Mendoza Díaz, “Principios del proceso penal” en Ídem, p. 108.

como limitación y control de la actividad jurisdiccional por el pueblo y confirmación de la legalidad y legitimidad de la decisión judicial”.²⁹

Dicha motivación se relaciona con el control sobre la actividad judicial y directamente con la racionalidad en su ejercicio y con la decisión en sí misma. Es por ello que cumple una función de carácter estructural y en el orden endo y exoprocesal. Dicha función está relacionada con garantizar que los jueces ejerzan su función de manera legítima y en sede penal, se vincula con la “potenciación” de un grupo de principios como lo son: el derecho a la defensa, la contradicción, inmediatez, *indubio pro reo*, entre otros que se manifiestan o deben manifestarse a lo largo de todo el proceso.

Desde el punto de vista endo procesal, ayuda o permite detectar errores en que pueden incurrir los jueces y evitarlos, incluso por el propio juez que elabora la sentencia. En cuanto a las partes, el acceso a los argumentos justificativos representa a su vez una garantía para el ejercicio del derecho a recurrir y facilita la comprensión de las razones de la solución de la controversia.³⁰ Desde la perspectiva exoprocesal, posibilita el control social y popular sobre la actividad jurisdiccional. Una decisión motivada, además, cumple con una función educativa y legitimadora.

De *lege ferenda* la motivación de la sentencia deberá estar recogida en ley, especificándose que constituye un derecho para las partes y como un motivo específico que ofrezca la posibilidad de recurrir la decisión judicial cuando se incumpla con este mandato.

Por último, la Instrucción 247 varias veces mencionadas, en correspondencia con la garantía prevista en el inciso c) del artículo 94 de la constitución introduce en su disposición OCTAVA la posibilidad de declarar la ilicitud de aquellas fuentes de prueba que afecten derechos fundamentales ejecutados sin cumplir las formalidades legales y su falta de validez como medios de prueba.

3. Los pronunciamientos de la Sentencia No. 258 de 22 de febrero de 2021

La sentencia comentada en tres CONSIDERANDOS y de manera muy sintética, maneja de coherentemente un grupo de argumentos que

²⁹ CARRASCO ESPINACH, Lourdes, “Un modelo teórico-procesal de motivación de la sentencia penal de primera instancia”, *Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias jurídicas*, EMS “Cte. Arides Estévez Sánchez”, La Habana, 2009, p. 15.

³⁰ *Ídem*, p. 18.

vienen a servir de guía y concreción metodológica sobre el plexo de garantías que, dentro del debido proceso, protegen al acusado en la producción, admisión y valoración de prueba en el proceso penal.

Son cuatro los tópicos que aborda: I. Necesidad de probar el hecho con independencia de la declaración de los coimputados; II. Prueba directamente ilícita y su invalidación; III. Alcance de determinadas pruebas y sus requisitos y IV. Reglas de la sana crítica como principio dentro de la valoración de las pruebas.

I) Necesidad de probar el hecho con independencia de la declaración de los coimputados. En el segundo CONSIDERANDO la sentencia establece que bajo el amparo del ordinal 6 del artículo 70 de la ley de procedimiento penal debe acogerse el motivo interpuesto ya que la sala de instancia vulnera la exigencia establecida en el artículo 1 del citado cuerpo legal: “... y es que la Sala tomó como punto y soporte fundamental de su convicción, las declaraciones que los coacusados ofrecieron durante la fase preparatoria ... y así quebrantó el Artículo 1 de la ley de trámites, pues no consta corroboradas las versiones de estos inculcados con otros medios de prueba ...”.

II) Prueba directamente ilícita y su invalidación. Este tópico tiene a su vez tres aspectos que lo componen: a) La ilicitud de la práctica del reconocimiento; b) la valoración de una prueba no propuesta y por consiguiente practicada en el plenario y c) el control constitucional de la actividad probatoria y las actividades preprocesales.

a) La Presentación para reconocimiento como diligencia de instrucción se encuentra regulada en los artículos del 151 al 159 de la ley de procedimiento. Como un elemento esencial para que sea lícita, el artículo 152 exige que se deben poner a la vista de que haya de verificarlo la persona que debe ser reconocida junto a otras de aspecto general semejante. De no llevarse a cabo este requisito *sine qua non*, no podrá valorarse dicha prueba en la sentencia. Además, la misma no debe ser “contaminada” o “viciada” mostrando imágenes o estableciendo diligencias previas donde el que le corresponde identificar vea al sujeto objeto del reconocimiento.

El primer CONSIDERANDO de la sentencia en cuanto a este particular expone: “... el recurrente impugnó, en el acto del juicio oral, las actas de presentación para el reconocimiento ... no obstante, la Sala omitió todo pronunciamiento al respecto y les concedió total valor a esos documentos, a pesar de que uno de los testigos, que después fue acusado, manifestó que los inspectores tenían nasobuco colocado en el rostro, ... sin embargo no se verificó que tal diligencia se efectuara con la utilización de la mascarilla sanitaria por parte de los intervinientes, tal como venían obligados. Y si eso no fuera suficiente, antes de su realización, se efectuó el 23 de abril, careo entre el acusado OBV y el recurrente, de manera que ese previo contacto visual entre los involucrados deter-

minaba la improcedencia del cuestionado acto de investigación cuyo resultado deviene viciado por haberse incumplido una formalidad elemental de su práctica; de modo que en correspondencia a lo establecido en el Artículo 94 inciso c) de la Constitución de la República, debió el tribunal del juicio estimar nula el acta de presentación para el reconocimiento ... y excluirla del material probatorio”.

b) Resulta una exigencia de la libre valoración de la prueba y de la sana crítica, que la prueba practicada se someta a la contradicción de las partes en la vista del juicio oral previamente introducida por éstas o por el tribunal como ya acotamos *supra*. En este caso la sala de instancia no lo realizó con la diligencia de presentación para el reconocimiento lo que vulnera el principio de legalidad y la garantía del debido proceso. En este sentido la sentencia comentada expone: “... con soslayo de que tales documentos no fueron propuestos por las partes, ni tampoco el tribunal hizo uso de la facultad oficiosa que le franquea la Instrucción 81 ... tal como se constata en el AUTO de admisión de pruebas, de forma que aquellas diligencias no pasaron de ser meros actos de investigación documentarios ... no llegaron a obtener el carácter procesal de prueba documental ni a formar parte del material probatorio susceptible de apoyar la decisión judicial y en mérito a ello no podía la Sala extraer ninguna conclusión de ellas.

c) El Tribunal juega un papel esencial en el control de la legalidad en el proceso en la fase del juicio oral. Esa función constitucional que persigue al fiscal durante todas sus actuaciones, se ve subordinada a la del Tribunal desde que se radica el expediente de fase preparatoria. Son los jueces, por mandato constitucional los que deben velar por la licitud de los medios de pruebas que proponen las parte y por hacer valer los principios que conforman el proceso y las garantías jurisdiccionales que potencia nuestra constitución (actividad procesal penal).

Estos elementos los expone la sentencia en cuestión en su TERCER CONSIDERANDO: “El reconocimiento del debido proceso penal en la Constitución de la República, en sintonía con la definición del Estado cubano como un estado socialista de derecho, tal como se declara en los artículos 1 y 95 de la Carta Magna, obliga a los jueces a ejercer un control sobre la adecuación constitucional de la actividad procesal, con el objetivo de subsanar eventuales vulneraciones a las garantías que se reconocen a los ciudadanos que son objeto de investigación y enjuiciamiento por la presunta comisión de un hecho delictivo ... el tribunal del juicio ha pasado por alto que los actos de investigación encaminados a lograr los cometidos del Artículo 104 de la Ley de Procedimiento Penal ... deben producirse en el marco de “un proceso”, cuyo punto de inicio tiene lugar en el momento en que se formula denuncia, luego, no existe margen para que las autoridades investigativas lleven a cabo actuaciones pre-procesales orientadas a obtener fuentes de prueba sobre un hecho delictivo cuya investigación formal no se ha iniciado.

Esta actuación policial, efectuada de modo previa a la constitución de la relación jurídico-procesal penal, no se compadece con las exigencias garantísticas del debido proceso penal, pues además de quebrantar la legalidad ordinaria, supuso un menoscabo par los derechos fundamentales estrechamente relacionados entre sí: el derecho a la defensa y el derecho a no inculparse. El hecho de hacerles comparecer e interrogarles, como testigos, sobre un hecho delictivo en el que se sospechaba que habían participado, es una practica espuria que provoca el desvanecimiento de los citados derechos ...”.

Un punto trascendental a su vez lo constituye el criterio garantista que se maneja en la sentencia con respecto a qué entender por el inicio del proceso penal. La constitución establece como una de las garantías que conforman el debido proceso, concretamente en el inciso b) del artículo 95 la posibilidad a los imputados de disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso. Qué entender entonces por inicio del proceso. Sobre ese tópico existen diversas propuestas y criterios. El expuesto en esta sentencia constituye una propuesta importante a tomar en cuenta por el legislador en la futura ley de procedimiento que se promulgue ya que no espera a que se le tome declaración a la persona, o que se le instruya de los hechos que se le imputa, es decir, prácticas que ayudan a evitar situaciones como las que la sentencia comentada ventiló.

III) Alcance de determinas pruebas y sus requisitos. El careo constituye una diligencia de instrucción que debe realizarse en última instancia por las características que la misma reviste en el orden práctico. Los requisitos están establecidos en los artículos del 196-199 y el 340.1 todos de la ley de procedimiento en la que se establece su carácter excepcional al practicarse solamente cuando sea absolutamente necesario para la comprobación de la existencia del delito o la participación en él del acusado.

Al practicarse un careo en fase sólo podrá valorarse en la sentencia si se práctica en la vista del juicio oral atendiendo a las exigencias que establece el artículo 357 de la ley ritual. En este sentido el primer CONSIDERANDO de la sentencia analizada expone: “... se desentendió la sala del verdadero alcance del careo, diligencia que solo tienen por propósito orientar al investigador acerca de la veracidad probable de las versiones de los acusados y demás intervinientes en el proceso, y cuyo resultado, puramente subjetivo, solo amerita algún valor convencional cuando se practica ante los jueces, en correspondencia a lo estipulado en el Artículo 340.1 de la Ley de Procedimiento Penal; de modo que el inadecuado proceder de la Sala, en lo que respecta a la valoración de los careos, también ha quebrantado el sentido del artículo 357 de la citada norma procesal, en relación con lo dispuesto en el Acuerdo 172 de 1985, y en los apartados quinto y decimoprimeros de la Instrucción 247, ambas disposiciones del antes mencionado Consejo de Gobierno”.

IV. Reglas de la sana crítica como principio dentro de la valoración de las pruebas. La ya tratada motivación de la sentencia se relaciona indisolublemente con la Teoría de la argumentación. Esta ofrece principios y elementos al juez que debe tener en cuenta a la hora de desarrollar sus argumentos en la sentencia. La argumentación se haya en la base misma de la motivación de la decisión judicial.

Los argumentos que exponga el juez en su sentencia deben ser legales pero también racionales, razonables y coherentes.³¹ Sobre estos requisitos también se pronuncia la sentencia comentada. En su segundo CONSIDERANDO menciona que: *“Al valorar el testimonio del testigo ... la Sala vulneró las reglas que imponen la sana crítica racional, pues bien aunque éste expresó que no se detectaron dificultades o situaciones indebidas en el consumo de los metros contadores involucrados en el suceso, fuera del por ciento de error permisible; la Sala infiere que ello no significa que no hubiera existido alguna ilegalidad en la medida en que, para ello, no tenía que existir necesariamente un incremento sustancial del consumo, inferencia totalmente subjetiva que no encuentra apoyo en otro medio de prueba que justifique tal convicción ...”*.

4. Conclusiones

Como expresábamos al inicio de estos comentarios, resultan trascendente los conceptos y argumentos que maneja la sentencia. La agudeza, síntesis y fundamentación legal deben constituir referente impercedero en nuestra práctica judicial. Acuciados estamos todos de que cada día nuestra justicia se acerque a ese ideal que se mueva triunfante entre el respeto a las garantías y el logro de la efectividad y fines del proceso penal.

Por el momento, en ausencia de una nueva ley de procedimiento penal y en el marco de garantías que ha establecido la nueva constitución cubana, la sentencia que he tenido el placer de comentar constituye un punto de partida esencial en cualquier análisis jurídico presente y futuro.

³¹ Sobre el desarrollo de estos elementos vid. CARRASCO ESPINACH, op. cit., pp. 61 y ss.

ISBN 978-959-7219-80-4



9 789597 219804