

EL DERECHO A LA DEFENSA: UN CAMBIO EN EL PARADIGMA TUTIVO DEL NUEVO PROCESO PENAL CUBANO*

The right to defense: a change in the protective paradigm of the new criminal Cuban process

Lic. Gabriela Rosa Solá Miranda

Abogada

Organización Nacional de Bufetes Colectivos (Cuba)

<https://orcid.org/0000-0002-3551-4306>

gabriela.sola@lha.onbc.cu

Resumen

Se realiza un análisis del nuevo escenario procesal penal cubano derivado de la Constitución de 2019, para lo cual se desarrolla un repaso introductorio de las principales categorías teóricas que sustentan el derecho a la defensa desde una perspectiva constitucional comparada y el tratamiento que los instrumentos internacionales y la doctrina científica ha concedido a este tema. En un segundo momento se analiza el tratamiento específico que la recientemente aprobada Ley del Proceso Penal le ofrece al derecho a la defensa en las diferentes etapas del proceso, los aciertos alcanzados y los aspectos en los que el legislador no logró los parámetros deseados, así como el desafío que para la Abogacía cubana significa el nuevo modelo de representación penal.

Palabras claves: Constitución; garantía; defensa técnica; proceso penal.

Abstract

An analysis of the new Cuban criminal procedural scenario derived from the 2019 Constitution is carried out, for which an introductory review of the main

* El presente artículo es un resumen de la tesis de grado de Gabriela Rosa SOLÁ MIRANDA, que con la dirección de los profesores Amanda Laura PRIETO VALDÉS y Juan MENDOZA DÍAZ, se defendió el 3 de noviembre de 2021, a unos pocos días de haberse aprobado la nueva Ley del Proceso Penal. El tribunal evaluador, integrado por los profesores, doctores Mayda GOITE PIERRE, Ariel MANTECÓN RAMOS y Martha PRIETO VALDÉS, aconsejaron la publicación de los resultados de la investigación por los valiosos aportes que ofrecía para la interpretación de la nueva norma jurídica.

theoretical categories that support the right to defense from a constitutional perspective will be carried out and the treatment that international instruments and scientific doctrine has conceded to this subject. In a second moment, the specific treatment that the recently approved Criminal Procedure Law grants to the right to defense in the different stages of the process is analyzed, the successes achieved and the aspects in which the legislator did not reach the desired parameters, as well as the challenge that the new model of criminal representation represents for the Cuban legal profession.

Keywords: Constitution; guarantee; technical defense; criminal process.

Sumario

1. Notas introductorias. 2. Los rumbos de la doctrina en relación con el tema. 3. El desafío impuesto por la Constitución de 2019 al legislador ordinario. 4. Solución del legislador ordinario para modelar el derecho a la defensa en la nueva norma procesal. 4.1. Solución del legislador ordinario a la incógnita constitucional sobre inicio del proceso penal. 4.1.1. El abogado como asistente del imputado en la toma de declaración. Un escenario totalmente nuevo. 4.2. Aseguramiento del imputado. 4.3. Actividad probatoria. 4.4. La nueva casación. 5. Los desafíos para la abogacía cubana ante la ampliación de su labor tuitiva. 6. Notas conclusivas. **Referencias bibliográficas.**

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

Los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que ostenta el individuo frente al Estado o a cualquier poder público, que corresponden universalmente a los seres humanos, y que para preservar su protección no deben dejarse al arbitrio de decisiones políticas, sino que requieren de un reconocimiento de carácter supremo. Ello responde al entendido de la Constitución como auténtica norma jurídica, con eficacia y aplicabilidad directa en el ordenamiento jurídico, como parámetro de validez para la actuación del legislador ordinario, del intérprete y del operador del Derecho y como mecanismo para “[...] asegurar y proteger la libertad y los derechos de los hombres”.¹ Pero como acertadamente ha dicho FERRAJOLI, si el sistema de derechos fundamentales no ofrece a sus titulares la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, este se torna inexistente e ilusorio.² En tal sentido, cualquier derecho reconocido debe poseer un mecanismo de defensa ante posi-

¹ BIDART, Germán, *Los derechos del hombre: Filosofía, internacionalización, constitucionalización*, p. 93.

² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, p. 34.

bles vulneraciones; es por ello que, desde la Revolución francesa de 1789, al régimen constitucional se le asocian, igualmente, las garantías de los derechos fundamentales.³

Los rasgos que se han apuntado hasta el momento pueden sintetizarse de la mano de FERRAJOLI, quien otorga a las garantías la magnánima función de reducir la distancia estructural entre efectividad y normatividad,⁴ es decir, llevar a vías de hecho los derechos fundamentales y propiciar su eficacia a tono con los postulados constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales se erigen para salvaguardar los derechos de los justiciables, dentro de las cuales ocupan un lugar indiscutiblemente predominante, las destinadas a preservar el debido proceso. Es en sede penal donde los derechos de los involucrados resultan más vulnerables –y vulnerados–, pues los bienes jurídicos vida y libertad desempeñan un papel preponderante. En este sentido, las garantías, específicamente en el proceso penal, cobran una importante significación, pues se yerguen como mecanismos para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las partes y, al unísono, límite al *ius puniendi* estatal. Componente derivado del debido proceso, entendido este como derecho dotado de un espectro de garantías, la defensa técnica adquiere un valor fundamental, por la posibilidad que se le otorga a toda persona de ser patrocinada por un abogado de su elección, lo que constituye una premisa para el ejercicio del resto de los derechos que le asisten en el proceso, la plena realización de los principios que lo informan y el completamiento de la postulación procesal.

Con la entrada en vigor de la Constitución cubana de 2019 se reconoce por vez primera de manera expresa el derecho a contar en todo proceso con asistencia letrada; y con la división que realizó el constituyente del debido proceso general y el debido proceso penal, de la mano de este último, se enfatiza en la legalidad, respeto a la dignidad humana, a la integridad y a los derechos fundamentales de los procesados, todo lo cual se proyecta en una entrada temprana del abogado como herramienta indispensable en manos del justiciable para la salvaguarda de las garantías instituidas.

El ejercicio efectivo del derecho a la defensa trae aparejado, también reconocido con rango constitucional, además, tener conocimiento sobre los términos

³ FERREIRA MÉNDEZ, G. y G GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 460 y ss.

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Los derechos del hombre...*, cit., p. 25.

de la imputación, la posibilidad de aportar medios de prueba y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido, participar activamente en su práctica, y en la de los propuestos por la contraparte, interponer recursos contra las resoluciones que sean desfavorables y, en definitiva, disfrutar de un arsenal de armas procesales que aseguren la igualdad y la contradicción durante todas las etapas del proceso penal.

Así, en un escenario nacional donde la Constitución marcó las pautas para la reforma procesal de mayor calado que haya ocurrido en la historia de nuestra nación, florece la Ley del Proceso Penal cubano. Esta nos realiza una metamorfosis hacia un entorno más garantista y humano, especialmente en lo que se refiere a la presencia activa del abogado en función de tutelar los intereses y derechos de los imputados.

En este sentido, un desempeño activo del abogado defensor durante la fase preparatoria ha de garantizar una investigación de mayor calidad y objetividad, en cuyo resultado consten tanto los elementos adversos como los favorables al encausado. La ley diseña un defensor que participa en la toma de las declaraciones de los imputados, en la de los testigos, en diligencias como la inspección del lugar de los hechos o reconstrucción de estos, que propone peritos de su elección para que controlen la técnica, la metodología empleada o cualquier otro aspecto del dictamen realizado por los especialistas actuantes, que avala con su firma lo acontecido en dichos actos y el respeto a lo legalmente establecido y con ello, a las garantías del debido proceso; de modo que adquiere una inmensa responsabilidad, de la que hasta ahora había carecido, fundamentalmente en la sustanciación de la fase preparatoria.

Todo lo hasta aquí expuesto desemboca en que el estudio teórico y crítico la Ley del Proceso Penal recientemente aprobada resulte ineludible, con vistas a una implementación que realmente materialice los principios, derechos y las garantías que el legislador constitucional se propuso introducir en el escenario cubano, especialmente los que tributan a un ejercicio efectivo de la defensa técnica.

2. LOS RUMBOS DE LA DOCTRINA EN RELACIÓN CON EL TEMA

Las garantías judiciales para el ejercicio del debido proceso requieren que las personas sospechosas y acusadas tengan acceso a una defensa penal efectiva. Esta involucra una serie de medios e instrumentos procesales interconectados imprescindibles para su ejercicio. El más obvio y que nos ocupa es la asistencia

jurídica, que es reconocido por todas las convenciones e instrumentos internacionales relativos a los procesos penales,⁵ e incluso por la mayoría de las constituciones modernas.

El derecho a la defensa técnica se materializa a través de la asistencia jurídica profesional, ya sea mediante la elección por el imputado de un defensor con dedicación a la postulación, o por los mecanismos diseñados en cada país para garantizar la defensoría pública a cargo del Estado. Por su parte, en el proceso penal se interpreta como la necesidad de poder disponer de un abogado desde la fase más temprana posible de la investigación, que le permita al encausado reaccionar ante cualquier acto que se desarrolle en su perjuicio por las autoridades encargadas de la persecución penal.

Por otra parte, el presupuesto del derecho a la defensa es la existencia de una imputación dirigida contra una persona por la comisión de una acción u omisión con caracteres de delito, por lo que debe ser ejercido desde que se dirige el procedimiento contra ella y a todo lo largo de este. Igualmente, la persona contra quien se dirija esa imputación debe conocer la hipótesis fáctica que se le atribuye, es decir, los hechos de los cuales se presume su culpabilidad. La imputación debe ser clara, precisa y circunstanciada, su conocimiento efectivo es presupuesto indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, porque como mismo no hay defensa sin imputación, la imputación desconocida o parcialmente conocida causa indefensión. Para MAIER, “[...] una imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente”⁶

Este conocimiento efectivo de la imputación implica la necesidad de acceder a toda la información que exista contra el vinculado a la investigación penal, a fin de poder rebatirla adecuadamente y proponer las pruebas necesarias en su defensa. A su vez, desde el momento en que aparezcan elementos suficientes para considerar a una persona autora de un hecho punible, debe comunicársele su condición de imputado y darle a conocer el hecho, porque el derecho a defenderse nace de la propia reacción penal del Estado. Dirigida la imputación contra una persona en las condiciones señaladas y conocida por esta, puede entonces prepararse para resistirla.

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos, Principios de Naciones Unidas sobre la función de los abogados, aprobado en el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente.

⁶ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. 1 – *Fundamentos*, p. 553.

En síntesis, el derecho a la defensa técnica es aquella potestad de la que disfruta todo involucrado en una investigación o un proceso penal de disponer de asistencia profesional de confianza, o de solicitar que se le garantice de oficio durante todo el proceso, como medio efectivo para el resguardo de sus derechos, para enfrentar y poder excluir o atenuar, en igualdad de condiciones y conocimientos, la reacción penal estatal.

El abogado representa los intereses del involucrado en la investigación, por existir indicios de su culpabilidad, y este es tal desde el momento en que se dirige contra él cualquier acto de las autoridades a las que se les reconoce facultades de persecución penal, para atribuirle alguna participación en un hecho delictivo. Resulta pertinente entender que a partir de entonces nace el derecho de defensa; por ende, se puede convenir en que la asistencia técnica debe coincidir en el tiempo con el derecho a la defensa material.

Para que sea efectiva la asistencia jurídica tienen que existir los mecanismos para garantizar que las personas acusadas o sospechosas conozcan este derecho y cómo acceder a él, y que esté disponible cuando se necesite, incluso para aquellos que no puedan costearlo. Empero, el derecho a contar con un abogado no es una condición suficiente para garantizar el acceso a una defensa efectiva. Por muy buena que sea la asistencia jurídica, no se asegurarán las garantías procesales si no están presentes los demás elementos externos imprescindibles para ello. La doctrina define claramente que la persona sospechosa o acusada debe poder participar en los procesos que le conciernan, entender lo que se le dice y que otros la comprendan, recibir información relativa al supuesto delito o a la acusación, ser informada sobre las razones de las decisiones que se toman, tener acceso al expediente y a las pruebas, disponer de tiempo y recursos que le permitan responder a las acusaciones y prepararse para el juicio, ser capaz de presentar información y pruebas a su favor, y poder apelar las decisiones relevantes que se tomen en contra de sus intereses.⁷

Otro de los elementos imprescindibles para el cabal cumplimiento de la asistencia del defensor en todas las etapas del proceso, es el derecho a entrevistarse previamente con el imputado, en condiciones tales en las que se pueda establecer la relación de confianza y la seguridad en la confidencialidad. Esto implica el deber de proveer instalaciones adecuadas para que esa comunicación sea posible, ya sea en espacios judiciales o en el lugar donde guarda pri-

⁷ BINDER, Alberto; Ed CAPE y Zaza NAMORADZE, *Defensa penal efectiva en América Latina*, p. 10.

sión, si el imputado se encuentra detenido, sin la presencia del personal de seguridad en el mismo espacio físico donde se realiza la entrevista.

En la medida en que se garantice cada vez más el adecuado ejercicio del derecho de defensa, mayor relieve cobrarán los principios de contradicción e igualdad, pues aquel coadyuva a que ambas partes tengan los mismos medios de ataque y de respuesta e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.⁸

Finalmente, la designación del abogado, en cuanto a la obligación o no de su presencia en todas las fases del proceso, se sustenta en dos principios fundamentales: preceptivo o dispositivo. Normalmente, esta distinción se realiza para las diligencias practicadas en la fase prejudicial, pues en el juicio oral la defensa técnica obligatoria efectivamente responde a una exigencia del correcto desenvolvimiento del proceso, debido a que es en él donde realmente se practican pruebas bajo el principio de contradicción. En la fase previa, donde se realizan acciones investigativas para recabar medios probatorios, la presencia del abogado puede resultar necesaria y conveniente para los derechos del imputado, pero no imprescindible para validar la correcta aplicación del *ius puniendi* estatal. El principio preceptivo consiste en el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada como irrenunciable, es decir, como una obligación en el proceso penal, y responde a dos razones: o bien se establece con carácter tuitivo porque el legislador considera que los ciudadanos no comprenden el alcance de esta garantía tan preciada que se pone a su disposición; o se muestra reticente de que las autoridades encargadas de la investigación penal vayan a hacer comprender de forma suficiente al inculpado que de manera absoluta y sin trabas se le reconoce un derecho fundamental a recabar la asistencia de un abogado.⁹ Además, la obligatoriedad del abogado en la fase previa responde al entendido de que como es en ella donde se recopilan los medios para sustentar la acusación en el juicio, el imputado no debe quedar desprotegido a merced de los órganos de investigación. CAFFERATA NORES, quien es partidario del carácter irrenunciable de la defensa técnica, considera que esta condición intenta salvar la desigualdad existente entre el Estado en función de acusador y el ciudadano en función de acusado.¹⁰

⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional Español (SSTC) 66/1989, de 17 de abril, y 186/1990, de 15 de noviembre, citadas por GIMENO SENDRA, Vicente; VÍCTOR MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, p. 52.

⁹ MORENO CATENA, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, p. 107.

¹⁰ CAFFERATA NORES, José y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, disponible en <http://www.proprocesalpenal.com.ar>

El segundo de los principios de la designación consiste en otorgar como facultad al involucrado en un proceso penal, la decisión sobre si recibir o no la asistencia letrada en la fase previa. A *contrario sensu* de lo expresado en los párrafos precedentes, el reconocimiento en las legislaciones adjetivas penales del derecho a la asistencia letrada como facultativo del imputado reside en que este puede contar con la presencia del defensor en las fases extrajudiciales si lo designa o si solicita uno de oficio. En algunos casos, la ley prevé determinadas diligencias en las que sí es obligatoria la presencia de abogado, lo que supone que, si el imputado no lo ha designado y no lo hace a tal efecto, se le garantizará uno de oficio de todas formas.

Independientemente de las cuestiones materiales que puedan incidir en prever como facultativa la presencia de un abogado en la fase previa, resulta más garantista y a tono con el contenido de la defensa técnica, que esta sea obligatoria desde el inicio. No debe afirmarse con certeza que todos los ciudadanos conozcan sus derechos; ello puede provocar que se susciten situaciones en que no les sean informados debidamente, pues es innegable que la presencia del defensor en las diligencias investigativas constituye un valladar en el trabajo de los órganos de instrucción, que deben abandonar determinadas prácticas poco ortodoxas conducentes a la averiguación de los hechos, que repercuten negativamente en los derechos del imputado.

El carácter de la defensa técnica como institución jurídica creada para la salvaguarda de los intereses, los derechos y las libertades de los involucrados y su importancia para que el resto de las garantías y los principios tengan asidero en un debido proceso penal hace que su naturaleza sea indiscutible. Al surgir como “[...] una de las principales conquistas y fundamental manifestación del sistema acusatorio”¹¹ es incuestionable que su función es la tutela de los derechos del individuo, por lo que su naturaleza garantista se erige como máxima expresión de su contenido. Igualmente, la asistencia letrada, en su condición de garantía procesal, requiere ineludiblemente de una ley de desarrollo que trace un conjunto de pautas y cauces para poder llevar a vías de hecho el contenido del que se nutre. Sin embargo, su reconocimiento con rango fundamental a partir de su incorporación al texto constitucional impide que se pongan límites a su ejercicio más allá de los que esboza la ley suprema y a su vez, fundamenta la actuación de los operadores del Derecho y el fin mismo de la abogacía.

¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente, *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, t. 1988-3, pp. 787-794.

3. EL DESAFÍO IMPUESTO POR LA CONSTITUCIÓN DE 2019 AL LEGISLADOR ORDINARIO

Con la entrada en vigor de la Constitución cubana de 2019 se reconocen en el ordenamiento jurídico cubano, y particularmente en sede penal, un amplio catálogo de derechos y garantías para los justiciables, cuya máxima expresión depende de la regulación garantista del resto de las disposiciones jurídicas con rango infraconstitucional. Así, y con especial relevancia para la investigación, el solo enunciado del debido proceso penal constituye una exigencia garantista para los ciudadanos sujetos a procesos o procedimientos de esta índole.

En tal sentido, se reconoce el derecho de toda persona a disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte, traducido ello en la posibilidad de contar con las mismas armas y los mismos medios para defender sus posturas, de modo que no se vulnere el debido proceso y el efectivo acceso a la justicia. A su vez, se ofrece al justiciable la posibilidad de disponer de un grupo de medios de impugnación contra las resoluciones judiciales, lo cual es igualmente presupuesto del derecho a la defensa en sede penal; sin embargo, se hace imprescindible su óptima regulación en la ley adjetiva, así como la posibilidad de acceso de todos a los recursos y procedimientos de impugnación. La defensa es efectiva si existe en el proceso la posibilidad real de las partes de proponer y discutir sobre la prueba, con el fin de lograr el equilibrio entre ellas, el debido respeto a sus intereses y derechos. Para que ello sea un derecho eficaz, es determinante que el imputado y su defensor tengan posibilidades reales de coadyuvar a la investigación del caso y proponer pruebas, con el tiempo requerido. En consecuencia, el texto constitucional impone otro reto a la nueva ley adjetiva penal: labrar el camino para que se pueda solicitar la exclusión de las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley.

Otra garantía que adquiere rango constitucional y que la Ley desarrolla, actualiza y enriquece, es la de interponer recursos o procedimientos contra las resoluciones judiciales, lo cual tutela el derecho de que la decisión adversa sea revisada por una instancia distinta y de jerarquía superior, a fin de que no adquiera firmeza una sentencia que adolezca de vicios, defectos en su motivación o decisiones contrarias a Derecho.

Con la separación en dos modelos del debido proceso, la regulación constitucional de este en sede penal dejó a la ley de desarrollo su ordenación, así

como la definición de los límites y ámbitos de actuación. Asimismo, además de las garantías previstas en el reconocimiento del debido proceso de forma general, en el penal, las personas disfrutaban de otras, entre las que resulta necesario resaltar la acogida en el inciso b) del artículo 95, de disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso.

El término “proceso” se utiliza por la doctrina científica para identificar el momento en que comienza la fase judicial y el tribunal conoce de los hechos, con el ejercicio de la acción penal,¹² es decir, cuando se formula por el ente acusador la imputación para que sea conocida y resuelta por un tribunal independiente e imparcial.

Ello obedece a una confusión terminológica sobre conceptos de la teoría general del proceso, que define a este como el conjunto de actos que comienzan con el ejercicio de la acción, se extiende todo el tiempo que duren las actuaciones jurisdiccionales, según los plazos previstos en las normas adjetivas, hasta que se dicta una sentencia y adquiere firmeza, por lo que puede inferirse que no existe proceso fuera de los tribunales. Por su parte, procedimiento es la sucesión de eventos que tributan al proceso, pero que no ocurren en el tribunal, sino en sede administrativa, como es el caso de la actividad investigativa previa del proceso penal.¹³

Cuando el artículo 95.b) constitucional definió que la asistencia letrada comenzaba “desde el inicio del proceso”, se generó cierta incertidumbre en la doctrina patria, a partir del criterio que prevalecía en la derogada Ley de Procedimiento Penal, que fijaba el derecho a poder disponer de abogado a partir de la imposición de una medida cautelar, porque en ese momento es que se consideraba al imputado como “parte en el proceso”, y como esto podía ocurrir en un plazo de siete días posteriores a la detención, el resultado era que hasta ese momento no se podía contar con la asistencia jurídica.¹⁴

¹² Este criterio es defendido por FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Rubén SÁNCHEZ GIL, *El juicio oral abreviado*, pp. 173-187; GARCÍA GARCÍA, Sandra Alicia, “El Procedimiento Penal”, disponible en <https://es.scribd.com>; LLARENA CONDE, Pablo, *El inicio del procedimiento y la fase de instrucción*; MANZINI, Vincenzo, en *Derecho procesal penal*, t. I, p. 107; SABATINI, Guglielmo, *Istituzioni di diritto processuale pénale*, p. 16.

¹³ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Derecho Procesal. Parte General*, pp. 158-159

¹⁴ MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda GOITE PIERRE, “El debido proceso penal en Cuba”, en Juan Mendoza Díaz, Francisco Lledó Yagüé, Ignacio Benítez Ortúzar (dirs.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, p. 191.

El propio artículo 95.f), como garantía del debido proceso, estipula el derecho de toda persona a ser informada sobre la imputación en su contra, cuestión que tiene estrecha relación con el derecho a la asistencia letrada y a la defensa material, por cuanto, como se hace referencia *ut supra*, es necesario conocer de qué debe defenderse el imputado para ejercitar el derecho a hacerlo. Esta diligencia es bautizada como instructiva de cargos. El derecho a ser informado se extiende durante toda la fase previa, pues si surgen circunstancias y hechos nuevos en el transcurso de la investigación, deben ponerse en conocimiento del imputado y ofrecerle la oportunidad de exponer lo que considere al respecto.

Lo hasta aquí expuesto no le dejaba fácil la tarea al legislador ordinario, quien tenía que definir, sin un mandato constitucional suficientemente claro, en qué momento es que debe producirse la instructiva de cargos y en qué momento comienza el proceso penal, para poder determinar entonces el inicio de la asistencia jurídica.

4. SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO PARA MODELAR EL DERECHO A LA DEFENSA EN LA NUEVA NORMA PROCESAL

La Ley del Proceso Penal aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el periodo de sesiones correspondiente al mes de octubre de 2021 regula un proceso penal con más garantías para el imputado con respecto a la actuación de su abogado defensor en cada fase del proceso, y diseña un panorama claramente superior al que contenía la ley derogada, toda vez que se desarrollan y sistematizan los principios y garantías del debido proceso –legalidad, juez natural, intermediación, celeridad y concentración en proceso contradictorio, oral y público–; aunque aún con todo este progreso, son varias las asignaturas que le quedaron pendientes.

A continuación pretendemos analizar las instituciones que impactan los derechos de los imputados en el nuevo panorama procesal cubano, particularmente las relativas al ejercicio de un efectivo derecho a la defensa técnica derivado del texto constitucional.

4.1. SOLUCIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO A LA INCÓGNITA CONSTITUCIONAL SOBRE INICIO DEL PROCESO PENAL

La nueva Ley definió el “inicio del proceso” penal a partir de que se le atribuye a una persona natural o jurídica, de manera formal, la intervención en un

hecho delictivo mediante la inestructiva de cargos, adquiriendo a partir de este momento la condición de imputado y el derecho a acceder a un abogado. De este modo, se define la instrucción de cargos como la información a la persona natural o jurídica, de forma clara y comprensible, sobre los hechos que se le imputan, quién lo hace, los cargos que se le formulan y los elementos que permiten sostener su presunta intervención, así como los derechos que le asisten, acto para el cual la ley establece 24 horas a partir de la detención, o dentro de los cinco días posteriores a la denuncia, si está en libertad.

No obstante, si bien la postura adoptada por el legislador ordinario cubano es en extremo más garantista que la regulada en la derogada ley, esta fórmula no evita la nociva práctica que puede darse por parte de los órganos encargados de la persecución del delito, de citar a la persona a una entrevista sobre hechos objeto de la investigación en que presuntamente está involucrada, interrogársele en torno a ellos y, sin embargo, no instruirle de cargos ni detenersele, lo cual es más acentuado en los casos de quien no está detenido y existe un expediente investigativo que comenzó a partir de la *notitia criminis*, sin que haya mediado denuncia, pues es esta la diligencia que pone en marcha el plazo para la formulación de la imputación.

Asimismo, se conoce que en algunos órganos de instrucción tienden a tomar declaración como testigos a personas que a todas luces han cometido delito, con la evidente intención de que declaren sobre los hechos investigados en aquella condición que supone la obligación de declarar y de decir la verdad sobre todo cuanto se le pregunte y sin que obviamente tenga la posibilidad de designar defensor de confianza y solo al finalizar el proceso investigativo, instruirlos de cargos notificándole su nueva condición de imputado. Esto permite realizar todo el proceso investigativo a sus espaldas, con el consiguiente perjuicio al derecho de defensa, tendencia que no queda totalmente salvada en la Ley que se analiza. De modo que, un fortalecimiento de los mecanismos garantistas aconseja la posibilidad de nombrar abogado y se instituyera desde que la persona tuviera conocimiento, por cualquier medio, de que se está llevando a cabo una investigación que la involucra, aunque no se formalice en su contra una inestructiva de cargos.

4.1.1. El abogado como asistente del imputado en la toma de declaración. Un escenario totalmente nuevo

La declaración del imputado –también llamada indagatoria– es el acto mediante el cual se le otorga a aquel, la oportunidad de que ejercite su defensa material, a través de su silencio o de manifestaciones verbales, referidas al

hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer, junto con las pruebas existentes, en forma previa y detallada.¹⁵

En cuanto a la asistencia del defensor, esta debe materializarse con acciones previas a la toma de declaración. En este sentido, el abogado debe entrevistarse de forma libre y privada con su cliente, solicitarle la información que respalde su versión de los hechos y los medios de los que dispone para probarla; debe tener acceso a las actuaciones que hasta el momento se han practicado, a fin de examinarlas con su representado y verificar que se han cumplido los requisitos que la ley exige para su sustanciación. Durante la práctica de la diligencia, es necesario que el abogado asesore a su defendido sobre los derechos que le asisten, alertarlo sobre aquellas preguntas que se le formulen que puedan afectar sus intereses, impedir que se ejerza algún tipo de presión verbal para lograr una determinada declaración, o sea forzado a declarar si decidió no hacerlo, y formule preguntas necesarias para lograr claridad en cuestiones importantes para la tesis de la defensa y que hayan sido omitidas en la declaración. Finalmente, el abogado debe corroborar que se hayan plasmado debidamente en el acta los alegatos de su cliente antes de que sea firmada.¹⁶

Ahora bien, acertadamente la Ley previó que no le fuera tomada la primera declaración formal al imputado antes de haber adquirido tal condición, y extendió el plazo hasta 48 horas desde la instrucción de cargos, de manera tal que, si así lo desea, esté presente su abogado en esta diligencia, particular que se sustenta igualmente en el texto objeto de análisis. De esta forma se traza una línea divisoria entre la instrucción de cargos y el acto de primera declaración que, aunque en este último también se le informa previa y detalladamente los hechos que se le imputan al declarante, es independiente del que marca el inicio del proceso. Sin embargo, la regulación en cuanto al contenido de la diligencia de marras no ofrece los detalles específicos de la forma en que se ejecutará y del papel que desempeña el abogado durante su sustanciación.

En este sentido, no se pronuncia sobre la facultad del abogado de realizar preguntas, objetar las que formule el instructor, que resulten impropias, o indicarle a su representado que guarde silencio o que este pueda, en medio del

¹⁵ CAFFERATA NORES, José y otros, *Manual de Derecho...*, cit., p. 306.

¹⁶ Estas pautas coinciden con las establecidas por el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala, en ocasión de redactar una guía para la actuación del abogado en la diligencia de la toma de declaración a partir de lo regulado en los instrumentos internacionales sobre la materia. Disponible en <http://descargas.idpp.gob.gt> [consultado el 14 de septiembre de 2021].

interrogatorio, consultar en privado con aquel sobre los posibles perjuicios que puede implicarle una determinada respuesta. Tampoco estipula obligación alguna para los órganos de instrucción de garantizar las condiciones y medios para que lo anterior sea posible, lo que pudiera generar limitaciones a ese derecho. Igualmente se prevé que la autoridad actuante pueda constituirse y tomar declaración en el domicilio del imputado, pero nada refiere sobre que debe estar informado con antelación, de manera que le sea posible localizar a su abogado, preparar la diligencia y examinar el expediente o incluso fotografiarlo para revisarlo.

Por lo hasta aquí expresado, resulta imperativo llenar de contenido la participación del defensor en la toma de declaración del imputado, para impedir que se convierta en una mera fórmula garantista que no transforme las aspiraciones que persigue esta diligencia en el proceso penal, dentro del marco garantista que impone el debido proceso constitucional.

4.2. ASEGURAMIENTO DEL IMPUTADO

Las medidas cautelares personales son instrumentos jurídicos que tienen como propósito asegurar los fines del proceso. De igual manera contribuyen a que la persona presuntamente vinculada a la comisión de un delito atienda los requerimientos del proceso hasta la resolución de la causa. Son medidas coercitivas anticipadas, amparadas en el peligro o la urgencia y surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley por el juzgador.¹⁷

Los presupuestos comúnmente aceptados para fundamentar la adopción de medidas cautelares, son el *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*, dado que ello supone una restricción de derechos sin que exista sentencia aún, sino solo una valoración general *a priori*. El primero, también conocido como apariencia del buen derecho, se basa en una presunción realizada por la autoridad actuante sobre la verosimilitud del derecho que le asiste para adoptarla, que en el caso penal está asociado a la existencia de elementos que permitan presumir que la persona ha cometido el hecho delictivo. Por su parte, el peligro encuentra su razón de ser en el riesgo que se corre si no se adopta la medida, porque la posibilidad de que el imputado evada la acción de la justicia, o pueda alterar el curso de la investigación, por tener acceso a medios de pruebas que son indispensables para sostener la acusación.

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios del Derecho Procesal Civil*, p. 261.

MONTERO AROCA añade que para la imposición de una medida cautelar privativa de libertad es necesario ponderar entre el derecho a la libertad de todo ciudadano y su presunción de inocencia, y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica, y que no pueden ser decretadas por figura distinta a la del juez.¹⁸ Ello constituye un presupuesto indispensable para la legalidad de la privación de libertad, en el entendido de que la medida cautelar de prisión provisional supone una intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales y nadie que no tenga facultades jurisdiccionales debe disponerla, lo cual se conoce como el principio de jurisdiccionalidad del régimen cautelar.

En la nueva ley se mantiene el plazo máximo de siete días para la imposición de la medida cautelar de prisión provisional, por lo que se sigue la secuencia temporal de la ley derogada. El tracto cautelar le concede a la policía 24 horas para poner en libertad al detenido o imponerle cualquiera de las medidas cautelares no detentivas para las que está facultada, o a trasladarla al instructor junto con las actuaciones practicadas hasta ese momento. El instructor dispone de 72 horas para dejar sin efecto la detención del imputado, imponerle alguna de las medidas cautelares, modificar o revocar la que haya impuesto la policía o proponer al fiscal la medida cautelar de prisión provisional, quien dispone de otras 72 horas para imponer esta medida o adoptar cualquier otra de las previstas en la ley y decretar la libertad del imputado.

La Ley establece como importante novedad que en cualquier momento de la fase preparatoria, el asegurado con medida cautelar de prisión provisional puede solicitar el control judicial de esta. Sin embargo, se mantiene la arcaica fórmula de que debe transitar por todas las instancias –policía, instrucción y fiscalía– antes de poder disfrutar de una verdadera contradicción y del control por un órgano imparcial. La solicitud en que se impugna la decisión que dispuso la prisión se presenta ante el propio fiscal que la impuso y si es denegada, interpone recurso de queja ante el superior jerárquico de este y solo si el recurso es declarado sin lugar, se abre el acceso al control judicial ante un juez unipersonal. En este sentido se debió instituir que la medida cautelar de prisión provisional fuera, desde el primer momento, facultad exclusiva del juez, a propuesta de la fiscalía, en audiencia oral y contradictoria, con presencia del defensor y que en ningún caso transcurriera tanto tiempo desde la detención hasta el aseguramiento.

¹⁸ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, p. 446.

Ahora, la contradicción, principio procesal que supone la igualdad de armas en el debate, su bilateralidad, en sede judicial, se ve sumamente lacerada en esta etapa de imposición de la medida cautelar. Hasta que no se produce el control judicial de la prisión provisional, no hay equilibrio entre las partes del proceso penal en torno al fundamento de la detención.

4.3. ACTIVIDAD PROBATORIA

Para vincular a una persona con el proceso, como posible responsable del delito que en él se investiga, hacen falta motivos bastantes para sospechar de su participación en la comisión, lo cual impide una imputación arbitraria y constituye la más temprana manifestación del principio de presunción de inocencia. Este presupuesto, de cumplirse, debe impedir el sometimiento de aquella a un procedimiento penal si no existen elementos de certeza sobre su participación en un hecho típico, antijurídico y punible. La fase preparatoria tiene el cometido de acopiar todos esos elementos que servirán para sostener la acusación y probar la participación del acusado en el acto del juicio oral. Aquí nos enfrentamos entonces a un problema asociado a la regulación que la nueva ley brinda en relación con la realización de determinadas actuaciones investigativas que se realizan durante la fase sumarial, que deben estar protegidas por el principio de jurisdiccionalidad, a fin de garantizar que estén en correspondencia con las garantías del imputado y que los resultados obtenidos disfruten de plena confiabilidad en la etapa posterior del juicio oral.

Durante la fase preparatoria, la actividad indagatoria está en manos de los órganos de investigación, bajo el control de la fiscalía, quien autoriza diligencias como la entrada y registro al domicilio, la intervención de las comunicaciones y la aplicación de las técnicas especiales de investigación.

Una de las novedades de la Ley, que fortalece el papel de la defensa durante la fase del juicio oral, lo constituye la posibilidad de solicitar directamente a las entidades, órganos y organizaciones, datos o informes necesarios para su defensa y en caso de no recibirlos apoyarse en la fiscalía, quien al pedirlo a las entidades que se negaron debe exigir explicación de los motivos por los cuales no le concedieron la petición al abogado en su momento. Esto fortalece el papel de los abogados en la gestión de los medios de prueba que necesita para realizar su trabajo y el respeto que los organismos, órganos y entidades deben ofrecer a la labor tuitiva el abogado.

En materia de diligencias de investigación y pruebas, la Ley introduce dos interesantes figuras vinculadas a las pericias. En primer lugar, la designación de

un perito durante la fase preparatoria, para que realice labores de fiscalización y control del trabajo que realiza el perito de la instrucción. Este perito realiza señalamientos y observaciones al perito actuante, para garantizar la efectividad del trabajo. Esto se complementa con la posibilidad de que en el acto del juicio oral se pueda proponer a un auxiliar pericial, que no actúa como perito, sino que tiene a su cargo el interrogatorio al perito, lo que permite someter a la contradicción este medio de prueba y que el tribunal pueda obtener una información más certera de los resultados, que no es lo que ocurre en la actualidad, en que la prueba pericial se erige en el juicio oral en una verdadera prueba tasada.

En otro orden de ideas, la práctica de la prueba anticipada es una de las diligencias para la cual la Ley exige que esté presente un abogado, ya sea el elegido por el imputado o que se le designe de oficio; si el imputado no lo ha contratado o no está habido aún en el proceso, deberá designarse uno de oficio. Constituye prueba que se forma antes del juicio oral en circunstancias especialísimas. Se puede practicar durante la investigación, cuando existen motivos fundados de que no podrá hacerse en el acto de juicio oral; se establecen como presupuestos que el testigo manifieste la posibilidad de hallarse ausente del país en la fecha probable en que habrá de celebrarse el juicio oral, si existe motivo racional para temer su muerte o incapacidad física o mental, o cuando la autoridad decida la declaración en privado de la víctima o perjudicado o el testigo se encuentre en situación de vulnerabilidad. Esta ingresa al juicio como prueba documental a la que se le da lectura, si es propuesta por las partes.

Con algunas modificaciones, la formulación de la nueva ley retoma lo establecido por la derogada, por lo que la nota cuestionable en la regulación de la prueba anticipada sigue siendo la vulneración que supone a los principios de contradicción, publicidad e inmediación, por la ausencia en este momento procesal de la figura del juez. Esta situación también se agrava cuando quien solicita la práctica de la prueba es la defensa, y quien decide si se hace o no en esta etapa del proceso es la fiscalía, teniendo en cuenta que por la naturaleza de esta prueba es poco probable que pueda practicarse nuevamente en el acto de juicio oral.

La Ley prevé que durante la fase intermedia del proceso, las partes puedan interesar, como una causal de previo y especial pronunciamiento, la exclusión de la prueba obtenida violando lo establecido, introduciendo de esta forma,

como otra novedad, la regulación sobre las pruebas ilícitas.¹⁹ Resulta imperioso detenerse en el análisis del alcance de tal institución, dado que su correcta interpretación asegurará su efectiva aplicación.

Si bien ya quedó claro que será excluida la prueba directamente obtenida a partir del acto que lesiona derechos fundamentales, también son ilícitas las pruebas indirectamente recopiladas producto de esta vulneración, esto es, las pruebas lícitamente practicadas a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, lo que la doctrina ha denominado prueba ilícita indirecta o derivada.²⁰ Entonces la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. La tacha de ilegalidad deberá alcanzar no solo a las pruebas que constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional –ejemplo, la declaración del imputado sin ser apercibido del derecho que tiene de estar acompañado de abogado si lo solicita–, sino también a las que sean su consecuencia inmediata –el secuestro del cuerpo del delito del lugar indicado en la dicha declaración–, siempre que a estas no se las hubiese podido obtener igualmente sin la vulneración de aquel.

Entre otras razones, la causal de previo y especial pronunciamiento que se estudia puede proponerse para denunciar aquella diligencia investigativa practicada sin haber citado al defensor, solo que deben crearse los mecanismos para acreditar si existió o no la debida citación, a fin de que el defensor pueda demostrar que no fue convocado y a su vez que no se convierta en un argu-

¹⁹ La doctrina de la prueba ilícita se desarrolló principalmente en Estados Unidos, por la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, en la que pueden distinguirse distintos periodos, desde el inicial, de expansión de la *exclusionary rule*, que prohibía la utilización de la prueba obtenida de forma ilícita, que llega en 1961 a constituir una prohibición absoluta; pasando después por la introducción de ciertos elementos correctores que reducen su alcance: primero la *balancing test*, que pone en el arbitrio judicial la capacidad de sopesar en cada caso los supuestos en los que se debe aplicar la *exclusionary rule*; y desde 1984 con la *good-faith exception*, que admite la validez procesal de ciertas pruebas obtenidas por los agentes de policía, siempre que su actuación haya sido razonable y en la creencia de obrar de forma legal. Especial interés tiene la doctrina sentada por aquel Tribunal en relación con la extensión de los efectos reflejos de la prueba ilícita, conocida como *fruit of the poisonous tree doctrine* (doctrina de los frutos del árbol envenenado), que ha sido asumida por la jurisprudencia de numerosos países. Vid. RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba ilícita penal y su efecto reflejo, análisis jurisprudencial*, disponible en <https://www.casadellibro.com>

²⁰ En la doctrina española sostienen esta tesis, entre otros, ASENSIO MELLADO, José, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*; GONZÁLEZ CUÉLLAR, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*; y DÍAZ CABIALE, José y Ricardo MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*.

mento para aquellos que conscientemente dejaron de asistir con la intención de excluir el medio probatorio.

El resultado más destacable que ofrece la Ley en materia de pruebas ilícitas es la decisión que debe adoptar el juez de la fase intermedia de extraer del expediente el resultado obtenido de aquella diligencia investigativa viciada de nulidad, lo que impide que llegue a los jueces que en su día realizarán el juicio oral y comprometa su imparcialidad.

Finalmente, es dable detenerse en los principios que informan la valoración de la prueba, a saber: el de prueba tasada y el de libre valoración de la prueba. El primero se basa en un sistema de normas que obligan al juez a conferir a cada medio de prueba un valor predeterminado. Por su parte, el principio de libre valoración de la prueba es consustancial a los procesos regidos por los criterios de inmediación y la oralidad, en los que el juez toma contacto con el proceso de práctica de las pruebas, las que ejercen una influencia directa sobre su conciencia pues ha sido protagonista de su desarrollo; bajo este principio el juez generalmente persigue la búsqueda de la verdad material, por lo que de ordinario tiene facultades de investigación, conjuntamente con el deber de las partes de probar los hechos.²¹

El escogido por el legislador ordinario es el de libre valoración sobre la base de la sana crítica. El sistema de la libre convicción según las reglas de la sana crítica racional establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige que las conclusiones a que se llegue sean el fruto razonado de las pruebas en las que se apoye. Claro, si bien el juez, en este sistema, no tiene reglas jurídicas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.²² Ello constituye una garantía del derecho de defensa. El acusado debe conocer los motivos que tuvo el tribunal para condenarlo e incluso, si la sentencia es absolutoria, está en el derecho de conocer en qué se sustentó tal decisión.

²¹ MENDOZA DÍAZ, Juan, *Lecciones de Derecho Procesal Penal. (Nuevo Código de Procedimiento Penal Boliviano)*, p. 55.

²² VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 361.

Esta garantía tiene por objeto además que el sancionado pueda ejercer adecuadamente su derecho a recurrir.²³

4.4. LA NUEVA CASACIÓN

El derecho a impugnar consiste en la facultad que la ley le otorga al acusado, sea en la fase investigativa o ya en la judicial, de recurrir las resoluciones que se dicten en su contra. Esta posibilidad de interactuar en aras de corregir lo que se ha decidido se relaciona con los principios de contradicción y de igualdad en el debate. El primero de ellos se manifiesta precisamente en que debe garantizarse que se mantenga el derecho del imputado/acusado a ser oído durante todo el tiempo que dure la contienda, hasta que adquiera firmeza la sentencia, lo cual tiene en los recursos una vía de materialización. Por su parte, la igualdad se restablece a través de la impugnación porque generalmente la parte que recurre denuncia la vulneración de algún derecho cuyo irrespeto por el actuante, según su consideración, lo ha colocado en posición de desventaja en el debate.

La nueva ley procesal penal establece un recurso de casación novedoso, más flexible y garantista, que permite a las partes no solo denunciar el quebrantamiento de formalidades procesales y de garantías individuales que hayan influido directamente en la decisión, así como la infracción de normas legales con trascendencia a las valoraciones jurídicas, sino además los presupuestos de la valoración de la prueba realizada por el tribunal *a quo*. En este entendido, como un paso de avance con respecto a la ley de 1977, la nueva permite a las partes, en su primera causal, la denuncia del quebrantamiento de formalidades procesales y garantías individuales, que en la ley anterior estaba muy limitada a determinados quebrantamientos muy específicos, y solo de oficio podía el *ad quem*, apreciar violaciones procesales de otra naturaleza que fueran trascendentes al fallo.

Por otro lado, de conformidad con los dogmas centrales del juicio oral, la búsqueda de la verdad, fin último de todo proceso, solo puede ser averiguada por un juez, ante el cual se practican las pruebas.²⁴ En consecuencia, se pensó que solo al juez que ha presenciado la práctica de la prueba, por ser el mejor informado, le compete el monopolio de declarar los hechos que ha considerado

²³ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, p. 49.

²⁴ SHÜNEMANN, Bernard y Claus ROXIN, *La reforma del proceso penal, artículo: ¿Dónde va a parar el procedimiento penal alemán?*

probados.²⁵ Estos rasgos del sistema acusatorio coadyuvieron a consolidar el principio de la intangibilidad del resultado probado de la sentencia, que es la base conceptual de la única instancia ya mencionada, entendiéndose como tal la posibilidad de conocimiento del contenido del proceso, practicar pruebas y decidir sobre los hechos debatidos. De esta forma, la cuestión de hecho no admitiría control alguno, pues depende de la libre valoración del tribunal de instancia que ha celebrado un juicio con inmediatez en la práctica de pruebas.

Sin embargo, los pactos e instrumentos internacionales promulgados con posterioridad a la segunda guerra mundial supusieron, para los Estados, la obligación de adaptar su Derecho interno al catálogo de derechos y garantías que en ellos se regulan, de lo cual no escapa la casación penal, que ha adquirido una nueva dimensión. La tajante separación entre cuestión de hecho y cuestión de Derecho resulta cuestionable, pues violación de las normas no existe únicamente en el caso de error en los aspectos jurídicos, sino también de los aspectos fácticos. La aplicación de una ley bien interpretada a un supuesto de hecho equivocadamente establecido no puede ser vista como una correcta aplicación de esta. En otras palabras, si hay un error en el hecho, en última instancia, también habrá un error en el Derecho aplicado, razón por la que la distinción mencionada ha ido perdiendo vigencia progresivamente.

En este contexto, la nueva ley cubana, con un régimen de causales claramente superior a la de su predecesora, regula, en la segunda de ellas, novedosamente para nosotros, la posibilidad de interponer recurso de casación para combatir los fundamentos de la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia. Los dos primeros incisos responden a las garantías constitucionalmente reconocidas o a la aplicación del Derecho material al caso concreto, cuya exigencia por el abogado constituyen presupuestos indispensables para ejercitar la defensa efectiva. Con el nuevo modelo casacional cubano, el juez de control tendrá mayores facultades para evaluar la motivación del juez de instancia y apreciar si el resultado fáctico relatado en la sentencia se corresponde con el resultado real que ofreció el material probatorio.

En cuanto al inciso b) del artículo 639, resalta también un breve análisis sobre la omisión de los fundamentos que llevaron al juez que dictó la sentencia al convencimiento de que los hechos quedaron probados y la contradicción entre estos. De acuerdo con RIVERO GARCÍA, esta patología se denomina vicio de

²⁵ ARRANZ CASTILLERO, Vicente, "Cuestiones teóricas sobre la prueba en el proceso penal cubano", *Tesis en opción al grado científico de doctor en ciencias jurídicas*.

oscuridad o contradicción en la sentencia y se expresa cuando no existe claridad en la exposición de los hechos que quedaron probados o la contradicción es tal que es imposible que hayan sucedido como se narra.²⁶ De este modo, la sentencia oscura es aquella que adolece de exposición desordenada de los hechos, omisión de datos o contradicción en su narrativa, empleo de conceptos jurídicos del tipo penal que pueden conducir a la predeterminación del fallo. Aunque no hay una mención específica sobre este particular, el actual diseño casacional permite que se establezca el recurso ante tal error en la sentencia.

La contradicción a la que se refiere la Ley como causal para casar una sentencia penal, es aquella que se suscita del análisis de los hechos que se han dado por probados, de modo que sea imposible, por las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, ya referidas, que hayan podido suceder del modo en que están expuestos; la causal no es para añadir hechos no tenidos en cuenta en el fallo, sino para considerar la valoración de los que se tomaron por probados y le sirvieron de fundamento.

El tercero de los incisos acoge la inexistencia de pruebas, prueba insuficiente, prueba irregular o ilícita. La mínima actividad probatoria y la prueba suficiente no solo se refieren a la necesaria para fundar la convicción del juzgador sobre la ocurrencia de un hecho delictivo y la culpabilidad del acusado, sino que además debe poseer suficiente entidad incriminatoria para desvirtuar la presunción legal de inocencia, a partir de corroborar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, así como los fácticos correspondientes a las circunstancias modificativas de la sanción y del grado de participación del acusado. En cuanto a la prueba ilícita, cuya exclusión debió ocurrir durante la fase intermedia, la casación permite mantener viva su denuncia, como medio de corrección de las malas decisiones que puedan haberse adoptado en las fases precedentes.

No cabe duda del avance que supone en el proceso penal cubano, en particular en el ámbito de los derechos del imputado, el nuevo catálogo de causales del recurso de casación, pues ofrece un abanico de herramientas mucho mayor para combatir la vulneración de las garantías procesales reconocidas constitucionalmente, como presupuesto para el ejercicio de una defensa penal efectiva. Sin embargo, en el proceso penal que se avizora vuelve a perderse de vista que por la propia naturaleza técnico-jurídica que reviste la casación, es imprescindible la asesoría profesional. En este entendido, si bien es cierto que

²⁶ RIVERO GARCÍA, Danilo, *Estudios sobre el proceso penal*, p. 282.

el Estado garantiza la defensa al imputado/acusado, ahora más temprana, si este desea recurrir la sentencia condenatoria y no tiene recursos para designar un abogado, debe garantizarse que pueda acceder a uno de oficio. Por tanto, es necesario contemplar la posibilidad de que quien no tuviere recursos para ello, pudiera ser asistido por un defensor público si lo interesa, a fin de recurrir la sentencia.

5. LOS DESAFÍOS PARA LA ABOGACÍA CUBANA ANTE LA AMPLIACIÓN DE SU LABOR TUITIVA

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) es la encargada de organizar y dirigir la labor de la abogacía en Cuba. Sin duda alguna, la nueva ley le impone numerosos retos para garantizar un ejercicio efectivo del derecho a la defensa técnica.

En primer lugar, resulta prioritario adaptar los mecanismos, tanto de defensoría de oficio como de abogados designados, para que le sea posible al defensor participar desde temprano –y en todo momento–, durante la fase preparatoria, lo que pasa por cambios estructurales, de conceptos y hasta de retribución. Es conocido que en la actualidad el abogado cubano tramita al unísono una cantidad considerable de asuntos, y aún existen críticas sobre los niveles de retribución a los defensores contratados, en aras de lograr una disminución del nivel de casos que deben tramitar, que les posibilite dedicar más tiempo y esfuerzos a las exigencias garantistas de la nueva ley.

Recuérdese que durante la fase preparatoria todos los días son hábiles. A su vez, se prevé una etapa previa con una activa participación del defensor, que se avizora más contradictoria y confrontacional. Ello supone un abogado más preparado para el caso concreto y un profesional dotado de las herramientas necesarias para el interrogatorio, valiente, paciente y ético y con un importante respaldo institucional. Para ello es necesario flexibilizar los mecanismos de contratación y diseñar estructuras que hagan más ágil este trámite. Actualmente se han abierto nuevas pasarelas de pago, que permiten que los clientes puedan depositar este a través de transferencias bancarias en la cuenta de la ONBC, lo cual trae consigo mayor seguridad y facilidades tanto en la recepción de la tarifa como para su devolución si fuere necesaria. Las perspectivas que se traza la ONBC, para cumplimentar el reto que supone la entrada temprana del abogado a la investigación, transitan hacia la posibilidad de que acceda desde su teléfono celular al INTERCAS²⁷ y pueda, en cualquier lugar donde se encuentre,

²⁷ Programa informático utilizado por la ONBC para la contratación.

suscribir el contrato con el cliente, y unido ello, las plataformas de pago que ya se están implementando permitirán que ingrese al proceso acorde con las exigencias del nuevo diseño del derecho a la defensa técnica.²⁸ Pero para lograr la adecuada implementación de tales proyecciones, es necesario un trabajo conjunto, no solamente de la organización que agrupa a los abogados, sino también del resto de las instituciones del sector jurídico vinculadas a la actividad judicial, por ejemplo, no solo basta con que se suscriba el contrato de la forma descrita en las líneas anteriores, sino que es además imperativo que se flexibilicen las reglas para la recepción de las personerías de los abogados, de manera que estos puedan acreditar su condición de forma digital a través de las plataformas que se creen al efecto, con todos los requisitos necesarios para garantizar la seguridad.

Concerniente al asunto de la asistencia especializada, el arma que se le ofrece a la defensa de poder proponer perito de su elección y contar con auxiliar pericial para el acto del juicio oral, es otra de las grandes interrogantes a las que deberá ofrecer solución la ONBC: ¿cómo se dispondrá la contratación y remuneración por los servicios que presten los peritos y auxiliares periciales que interese el abogado? Estos han de ser vinculados a la actividad sin que suponga un perjuicio para su relación laboral, o prever que dentro del contrato que suscriba el cliente se incluyan sus honorarios, o crear cuerpos periciales que ofrezcan este servicio; pero lo que sí es cierto, es que mientras los expertos a los que se pueda acudir continúen vinculados estatalmente y existan pocas o nulas opciones en algunos casos de especialistas dispuestos a coadyuvar intereses de particulares, la implementación de esta institución para la defensa se torna en extremo complicada y de difícil materialización.

La reorganización del servicio de defensoría pública en función de su presencia mucho más activa, es otro desafío que impone la Ley. En principio, la ONBC ha tenido que crear los mecanismos que posibilitan atender la solicitud por un imputado de contar con asistencia letrada en la primera declaración, lo cual implica, como ya se apuntó en el epígrafe correspondiente, una entrevista, examen de las actuaciones y preparación previa. Asimismo, sería oportuno

²⁸ Información obtenida de entrevistas a Alberto Miguel GÓMEZ PÉREZ, Director Provincial de la ONBC en La Habana; Carlos Manuel SANTOS CID, Subdirector Económico de la Dirección de La Habana de la ONBC; y Adiel RUBÍ ROQUE, Jefe del Departamento de Hardware de la Dirección de La Habana de la ONBC. De ellas se pudo conocer que se prevé otorgar un código QR a cada servicio previsto en el codificador, que se proyecte cuando el abogado ingrese el código numérico que lo identifica, el cliente lo escanee y reciba la tarifa a ingresar y la cuenta para efectuar la transferencia.

que se prevea, dentro de esta institución, la posibilidad de asesorar a quienes por cuestiones de recursos no puedan contratar abogado, durante los actos conciliatorios o a los fines de establecer medios de impugnación.

Finalmente, una de las principales novedades que deberá enfrentar la ONBC es la introducción en la abogacía cubana de la defensa conjunta. La Ley no es muy precisa al respecto, pues no ofrece límite a la cantidad de defensores que podrán asesorar a un imputado ni revela más pistas sobre la organización, más allá del hecho de que las notificaciones hechas a uno serán extensivas para todos, que la intervención individual de uno compromete a todos, que se presentará solo un escrito de conclusiones provisionales y que en el juicio no podrán realizar las funciones simultáneamente. La práctica marcará la forma en que se implemente este servicio y la utilidad que ofrecerá a los intereses del acusado en cada caso concreto.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

La defensa técnica se instituye como una garantía en manos del involucrado en un proceso penal para la salvaguarda de los derechos que le asisten en este escenario. Supone conocer los hechos objeto de la imputación, contar con un abogado desde la etapa más temprana del proceso, disponer de medios y espacios necesarios para una correcta preparación, tener acceso a las actuaciones, proponer pruebas y participar en su práctica; en definitiva, constituye expresión de los principios de contradicción y de igualdad de armas en el proceso penal. Su reconocimiento por los instrumentos internacionales que abordan la materia y por las constituciones contemporáneas se erige como punto de partida para la actuación del legislador ordinario, que no podrá limitar su ejercicio ni ignorar sus presupuestos en ellos recogidos, y constituye una guía de actuación para quienes se encuentran vinculados a la actividad judicial.

El capítulo dedicado a las garantías en la Constitución cubana de 2019 impuso al legislador ordinario el reto de diseñar un debido proceso penal con todos los presupuestos que su artículo 95 recoge, además le asignó la responsabilidad de transformar una realidad normativa que se ha descrito como involutiva y un proceso que debe sufrir una metamorfosis en cuanto a los derechos de los imputados y acusados, todo lo cual se eleva como una exigencia de justicia.

La nueva Ley del Proceso Penal contempla un escenario novedoso para los operadores del Derecho en lo que se refiere a la defensa técnica. Se asegura una entrada más temprana, que permitirá que el imputado pueda recibir

asesoría antes de que le sea tomada la primera declaración; el control judicial de la medida cautelar, que abre paso a un nuevo espacio de oralidad y contradicción, destierra la hegemonía de la fiscalía en la imposición y control de la prisión provisional en fase previa; una presencia más activa del abogado en la proposición y práctica de las pruebas, unido a la posibilidad de disponer de asistencia de perito de parte, coadyuvará a que exista un mayor equilibrio entre acusador e imputado en la actividad probatoria; y, finalmente, un espectro de causales para el recurso de casación que garantizará mayores armas en manos del sancionado para incitar la revisión de la sentencia que le sea desfavorable.

El escenario que se prevé es alentador, sin embargo, aún persisten espacios donde resulta limitada la actuación del defensor. Su presencia debe asegurarse desde que una persona tenga conocimiento por cualquier vía de que se está llevando a cabo una investigación en su contra; y deben preverse las prerrogativas con las que cuenta durante la toma de la primera declaración de su cliente. En cuanto a la imposición de medida cautelar de prisión provisional, continúa sufriendose la dependencia del abogado y su cliente hacia la fiscalía, pues el control judicial llega ya avanzada la fase preparatoria. Con respecto a la actividad probatoria, sigue la fiscalía durante la fase previa ostentando el control sobre la realización de determinadas diligencias investigativas que tributan a la obtención de medios de prueba. Finalmente, no se instituye la posibilidad de contar con un abogado de oficio para quien desea recurrir una sentencia y no tenga medios para contratarlo.

A pesar de que la nueva ley está en sus inicios de aplicación, es posible vislumbrar que el proceso penal que ella describe supondrá un gran desafío para todas las partes y en particular para los abogados, que desempeñan la noble y difícil tarea de representar los intereses de los imputados y acusados frente a la maquinaria estatal de persecución penal. Habrá que ver en un futuro, una vez en plena ejecución de la nueva norma, cómo se continúan materializando todos los cambios previstos en ella, derrotero que no ha estado exento de incomprendiones, dificultades y trabas. Se necesita una enorme voluntad de todos los actores del proceso penal para lograr un cabal cumplimiento del rico catálogo de garantías que ofrecen la Constitución y la nueva norma jurídica procesal, pues no basta solo con su regulación normativa, sino que es imprescindible concederle al abogado el papel que desempeña, no solo como defensor de los intereses del imputado o acusado, sino también como velador del debido proceso y del Estado de Derecho.

Se avizora un empedrado camino para la defensa técnica, pero vale la pena emprenderlo. Las armas han sido colocadas en las manos de quienes desempeñamos una honorable labor en el marco del proceso penal, ahora tenemos que utilizarlas con inteligencia, audacia, valentía, profesionalidad y ética.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRANZ CASTILLERO, Vicente, "Cuestiones teóricas sobre la prueba en el proceso penal cubano", *Tesis en opción al grado científico de doctor en Ciencias Jurídicas*, versión digital, noviembre 2003.
- ASENCIO MELLADO, José, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989.
- BIDART, Germán, *Los derechos del hombre: Filosofía, internacionalización, constitucionalización*, Buenos Aires, 1974.
- BINDER, Alberto; Ed CAPE y Zaza NAMORADZE, *Defensa penal efectiva en América Latina*, Átropos Ltda., Colombia, 2015.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Derecho Procesal Penal. Consensos y nuevas ideas*, Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1998.
- CAFFERATA NORES, José y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, libro donado por los autores a la Universidad Nacional de Córdoba, disponible en <http://www.profprocesalpenal.com.ar> [consultado el 16 de agosto de 2021].
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios del Derecho Procesal Civil*, Reus, S.A., 1922.
- DÍAZ CABIALE, José y Ricardo MARTÍN MORALES, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, 2006.
- FERREIRA MÊNDEZ, G. y G. GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª edição, Saraiva, São Paulo, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Rubén SÁNCHEZ GIL, *El juicio oral abreviado*, Porrúa, México, 2011.
- GARCÍA GARCÍA, Sandra Alicia, "El Procedimiento Penal", disponible en <https://es.scribd.com> [consultado el 12 de septiembre de 2021].
- GIMENO SENDRA, Vicente; Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, t. 1988-3.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, 1990.

- LLARENA CONDE, Pablo, *El inicio del procedimiento y la fase de instrucción*, Universitat Oberta de Catalunya.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, t. 1 – *Fundamentos*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MANZINI, Vincenzo, en *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, 1951.
- MENDOZA DÍAZ, Juan, *Lecciones de Derecho Procesal Penal. (Nuevo Código de Procedimiento Penal Boliviano)*, Universidad de La Habana, Cuba, Universidad “Juan Misael Saracho”, Tarija, Bolivia, 2001.
- MENDOZA DÍAZ, Juan; Ignacio F. BENÍTEZ ORTÚZAR y Francisco LLEDÓ YAGÜE (dirs.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, Dykinson, S.L., Madrid, 2020.
- MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda GOITE PIERRE, “El debido proceso penal en Cuba”, en Juan Mendoza Díaz, Francisco Lledó Yagüé, Ignacio Benítez Ortúzar (dirs.), *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*, Dykinson, Madrid, 2020.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, t. III, 10ª ed., tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- MORENO CATENA, Víctor, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.
- RIVERO GARCÍA, Danilo, *Estudios sobre el proceso penal*, Ediciones ONBC, La Habana, 2014.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La prueba ilícita penal y su efecto reflejo, análisis jurisprudencial*, Fiscalía ORG.
- SABATINI, Guglielmo, *Istituzioni di diritto processuale pénale*, Nápoles, 1933.
- SHÜNEMANN, Bernard y Claus ROXIN, *La reforma del proceso penal, artículo: ¿Dónde va a parar el procedimiento penal alemán?*, Dykinson, Madrid, 2005.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Lemer, Córdoba, 1981.

Recibido: 7/1/2022
Aprobado: 17/3/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

