

Las redes sociales y los derechos inherentes a la personalidad. Reflexiones desde el ámbito del Derecho Penal

Social Networks and the Rights Inherent to the Personality. Reflections from the Field of Criminal Law

Iracema Gálvez Puebla 

Facultad de Derecho
Universidad de La Habana
Cuba
iracema@lex.uh.cu

Elia Esther Rega Ferrán 

Ministerio de Educación Superior
Cuba
elia@lex.uh.cu

Fecha de enviado: 04/03/2022

Fecha de aprobado: 24/06/2022

RESUMEN: El desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente de las redes sociales, ha tenido ventajas individuales y colectivas, al eliminar las barreras en el orden de las comunicaciones. Sin embargo, su utilización en ocasiones lacera los derechos de terceros. El manejo de estas herramientas debe llevarse a cabo con responsabilidad y respeto a los bienes jurídicos que se encuentran regulados dentro del ordenamiento jurídico que limita su empleo desmedido. La libertad de expresión posee una esencia compleja, ya que refleja el extenso espectro de la comunicación de las personas, que puede resultar más peliagudo en la actualidad con el desarrollo de las tecnologías. La constitución cubana de 2019 reconoce la libertad de expresión como un derecho fundamental, por tanto, regular su uso permite restringir el dominio que en la actualidad ejercen estas tecnologías de la información, las comunicaciones y las redes sociales. El derecho a la libertad de expresión sostiene, desde su afirmación legal, excepciones que limitan su ejercicio pleno, y que amparan acciones contra aquellos que abusan de este. El ejercicio arbitrario de derechos desde el ámbito penal protege las relaciones sociales y evita situar derechos por encima de otros reconocidos.

PALABRAS CLAVE: tecnologías; redes sociales; libertad de expresión; derecho penal.

ABSTRACT: The development of new technologies, especially social networks, have allowed with their use individual and collective advantages eliminating barriers in the order of communications, however their use sometimes harms the rights of third parties; the management of these tools must be carried out with responsibility and respect for legal goods that are regulated within the legal system limiting their excessive use. Freedom of expression has a complex essence since it reflects the broad spectrum of communication of people, which can be more difficult nowadays with the development of technologies. The Cuban Constitution of 2019 recognizes freedom of expression as a fundamental right, therefore, regulating its use allows restricting the dominance currently exercised by these technologies of information, communication and social networks. The right to freedom of expression sustains from its legal affirmation exceptions that limit its full exercise, and that protect actions against those who abuse it. The arbitrary exercise of rights from the criminal sphere protects social relations and avoids placing rights above other recognized rights.

KEYWORDS: technologies; social networks; freedom of expression; criminal law.

El desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente de las redes sociales, ha tenido ventajas individuales y colectivas, al eliminar las barreras en el orden de las comunicaciones. Sin embargo, en ocasiones su utilización lacera los derechos de terceros. Por tanto, el uso de estas herramientas debe llevarse a cabo con responsabilidad y respeto a los bienes jurídicos que se encuentran regulados dentro del ordenamiento jurídico que limita su empleo desmedido.

Regular el uso de las redes sociales permite restringir el dominio que en la actualidad ejercen las tecnologías de la información, la comunicación y las redes sociales (Martínez & Álvarez, 2018).

En el entorno social y global actual, frecuentemente se escucha a personas individuales y grupos sociales manifestar a viva voz obscenidades, insultos, amenazas y frases despectivas, racistas, xenofóbicas, bajo el amparo de la manta de la libertad de expresión, teniendo en cuenta el respaldo constitucional de ese derecho. Los límites del ejercicio de un derecho son barreras infranqueables para las personas, que pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad cuando se ejercita un derecho de forma desmedida.

El derecho a la libertad de expresión presenta dos elementos fundamentales: por una parte, es el fundamento de la dignidad humana como expresión autónoma de la persona; y, por otra, la posibilidad de ejercitar una multiplicidad de derechos como la identidad cultural y étnica, el acceso a la justicia, la libertad religiosa, entre otros.

La titularidad de la libertad de expresión no se circunscribe a una profesión en específico, ni a

un determinado grupo de personas; se trata de un derecho individual en el que usted puede expresar su criterio e, incluso, compartirlo con terceros (Convención Americana de Derechos Humanos, 2021).

El derecho a la libertad de expresión sostiene, desde su afirmación legal, excepciones que limitan su ejercicio pleno y que amparan acciones contra aquellos que abusan de este. El ejercicio arbitrario de derechos desde el ámbito penal protege las relaciones sociales y evita situar derechos por encima de otros reconocidos (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹ no fue la primera proclamación internacional en relación con esta materia. Sin embargo, resultó la normativa jurídica vinculante inicial para los Estados parte, a respetar sus articulados, al crear un mecanismo de control al que todos debían someterse, como la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el referido tratado internacional, y con relación a la libertad de expresión, el artículo 10 estableció: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...]» (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2021). Por otra parte, en su segundo inciso asevera:

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad

democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos [...] (Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2021)

La libertad de expresión posee una esencia compleja ya que refleja el extenso espectro de la comunicación de las personas, que puede resultar más peliagudo en la actualidad con el desarrollo de las tecnologías (Botero et al., 2017).

La Constitución cubana (2019) regula en el artículo 54 la libertad de expresión y la mayoría de los Estados de la región la recoge como derecho humano fundamental (Botero et al., 2017).

Por tanto, existe un conflicto aparente entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos individuales, pero, sobre todo, un conflicto sostenido con el derecho a la reputación y la opinión pública.

Las redes sociales

Las redes sociales² permiten una interconexión entre las personas para la creación de comunidades *online* afines con las que se pueden compartir diversos contenidos a través de las múltiples modalidades ofrecidas por el medio virtual (Candale, 2017). Para Garay (2015) «son el espacio para escuchar radio, ver televisión, películas, videos, libros (...)», conlleva en ocasiones a una inseguridad para los usuarios.

En su clasificación las redes sociales pueden valorarse en, genéricas, profesionales y por temáticas: las genéricas, interactúan todo tipo de individuos, son con fines de entretenimiento, son informales; las profesionales, presentan objetivos

laborales, son especializadas, promueven, actualizan en el ámbito empresarial o sectorial y por último las temáticas, son más específicas pues los usuarios se agrupan por contenidos que les interesa compartir.

La interacción constante entre los internautas, establece diferentes modos virtuales de comunicación y expresión que permite mediante un proceso colaborativo reforzar la participación activa de personas conocidas o la posibilidad de ampliar las relaciones sociales.

La tecnología desempeña un papel en la creación de una identidad a partir de la necesidad de lo que el internauta desee mostrar en el ámbito virtual.

Las plataformas virtuales pueden generar modos de comunicación simultánea a través de mensajería privada o asincrónica, que permite su visualización o consulta después de transcurrido un tiempo de su publicación, sin embargo, de una manera u otra estas, en ocasiones laceran derechos inherentes a los usuarios cuando se publican comentarios ofensivos o se suben informaciones en los muros que atentan contra los derechos inherentes a la personalidad como la identidad, intimidad y privacidad.

La trascendencia de las expresiones en las redes sociales. Su regulación

Resulta innegable que el espacio de las redes sociales no solo ha surgido para promulgar la libre manifestación de pensamientos, sino para alcanzar la comunicación entre personas que de otra manera no pudieran alcanzarse. Sin embargo, en muchas ocasiones, como en el caso que nos ocupa, observamos que ese ejercicio libre de manifestación y divulgación a través de las redes sociales, representa además un ataque a no solo una, sino un grupo de

Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina

RPNS 2346 ISSN 2308-0132 Vol. 10, No. 3, Septiembre-Diciembre, 2022

www.revflacso.uh.cu

personas, quienes en nuestro ordenamiento jurídico se han visto desprovistos de protección legal para la tutela de sus derechos, imagen y honor.

Campos (2020) afirma que

...el desarrollo de una comunicación constante entre personas...ha generado también un uso indebido de la tecnología para fines criminales...los que delinquen de esta forma casi siempre actúan escudándose en la clandestinidad y en el anonimato que le concede la naturaleza virtual de los medios que utilizan, envalentándose para llevar a cabo actos que lesionan bienes jurídicos tutelados penalmente. Muchas veces los perjuicios de las víctimas son infinitos porque los efectos de los actos delictivos se tornan virales al esparcirse incontrolablemente a través de un mundo virtual.

En Cuba, a partir de diferentes manifestaciones en las redes sociales contra los derechos inherentes a la persona, surgió la necesidad de proteger el uso de las telecomunicaciones, las tecnologías de la información y la comunicación (Decreto-Ley 35/2021).

En el año 2020 una cantante cubana compartió un escrito en la red social *facebook*,³ la artista comenzaba diciendo «A ti, que te escandalizas por el nuevo género MAP (personas que se sienten atraídas sexualmente por niños), pero apoyas la ideología LGBTIQ+, el feminismo y el aborto, ¿ya te diste cuenta de la incongruencia de tus ideas?»⁴ Con esas palabras la cantante levantó el rechazo y las alarmas de las personas que defienden los derechos de las personas LGBTIQ+, palabras que conllevaron a presentar una querrela ante el Tribunal Provincial Popular de La Habana por

parte de un ciudadano que sintió que dicha equiparación vulneraba su honor y reputación, más cuando se efectuaba por parte de una persona con miles de seguidores en las redes sociales.

Para formar convicción y conocer de la trascendencia, y virtualidad del delito, en juicio oral y público la parte querellante presentó no solo pruebas documentales consistentes en comentarios despectivos en las redes sociales emitidos por terceras personas que pudieron leer las palabras de la querellada, artículos impresos, publicados en medios de difusión internacionales, sino además un conjunto de testigos que aseveraron haber observado en las referidas redes sociales las palabras «ofensivas» promulgadas por la querellada, redes que fueron utilizadas por esta para lograr un espectro más amplio para hacer llegar su opinión.

No obstante, a ser indiscutible que la querellada en la sentencia que resuelve lo referente al asunto, encontró como uno de los fundamentos que la ausencia de una ofensa directa a un individuo, y en consecuencia una manifestación dirigida a una colectividad no comprende el alcance de los delitos recogidos en nuestro Código Penal.⁵

Supondría entonces que para ser sancionable por un delito contra el honor este no solo debe realizarse de mala fe, sino en contra de una persona determinada. Esta conclusión, aludida en la referida sentencia, se encuentra en contraposición con todas las decisiones anteriormente referenciadas de la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que nos planteamos, ¿Es posible sancionar a una persona por manifestaciones verbales ejercidas contra un grupo social específico?

Al respecto Campos (2020) plantea, que las ofensas contra el honor, ya sean delitos de injuria, calumnias o difamación se producen como resultado de manifestaciones ofensivas realizadas con el propósito de dañar el honor de una persona determinada, o varias, la memoria de un difunto, o hasta una persona jurídica.

En estos casos, afirma el jurista que donde las ofensas se realizan de manera virtual, y por medio de las redes sociales se debe realizar un esfuerzo sustentado con los medios probatorios suficientes para demostrar que la ofensa fue dirigida contra las víctimas o víctima a la que se alude (Campos, 2020).

En adición a sus criterios, la jurisprudencia internacional ha demostrado que proceden casos de ofensas colectivas, siempre que el agraviado forme parte del grupo social afectado. Por ejemplo, en Estados Unidos de América, han sido varios los pronunciamientos del Tribunal Supremo⁶ en los que se admite la sanción o persecución penal contra un individuo o medio de comunicación, que en sus palabras, publicaciones, u otros medios ha ofendido o difamado a un grupo social determinado. De ello se pronunció la Revista Jurídica de la Universidad de Columbia, en la cual se realiza una reseña de la historia de las demandas o denuncias por difamación, de los cuales en su mayoría los resultados fueron a favor del difamado.⁷

Similar reflexión realiza Wilner (1942), quien refiere

...las leyes actuales de responsabilidad y difamación en su esencia articula la realidad de una relación social que involucra el impacto de influencias exteriores en el estatus de un individuo:

lo cual deja ese estatus completamente expuesto a fuerzas de escrutinio público no-solicitado...

En base a ello, evidenciamos que en Cuba existe una limitación en la Ley 62 del año 1987 Código Penal cubano con sus respectivas modificaciones, por no existir protección legal hacia el individuo integrante de un grupo social específico, aspecto que ha sido superado por el Proyecto de Código Penal en los artículos 391.2 y 392.2 donde se incorpora la posibilidad de que los elementos descritos tanto en el tipo delictivo calumnia como injuria, se agrave la conducta cuando se realiza «contra un grupo de personas por una determinada condición humana, o por motivos discriminatorios y se divulga en las redes sociales u otros medios de comunicación social».

Las palabras dirigidas contra una colectividad no son vistas por el público o el espectador como un ataque a un individuo, es innegable que los integrantes de ese grupo, al reconocerse como miembros de los mismos, se pueden identificar y verse afectados por las manifestaciones realizadas en su contra. Ello, a nuestra consideración implica la necesidad de que se ajustara la legislación a esas realidades, que en nuestros planteamientos en diferentes espacios académicos resultaba indispensable y oportuno extender la tutela contra un grupo determinado, más cuando se emiten en sitios como las redes sociales donde aun cuando puedan ser retractados o eliminados, los comentarios realizados en el anonimato, o hasta en la notoriedad, perduran en el ciberespacio infinitamente.

El bien jurídico Honor en la Ley 62 del año 1987 Código Penal cubano

Discurrir sobre el bien jurídico protegido, es considerar cuando el objeto que resulta de la interrelación de los sujetos que intervienen en una relación social,⁸ precisa adquirir categoría jurídica; lo cual parte de la esencia y la finalidad que se persigue con la protección dentro de una disposición jurídica de una institución determinada.

El origen del bien jurídico es preexistente al Derecho y se convierte como tal cuando es protegido por alguna rama de este, para lograr establecer el orden, asegurar la disciplina y mantener la paz social (García-Pablos, 1994).

Sin embargo, precisa reflexionar sobre los elementos que deben tenerse en cuenta para que un bien jurídico, pueda ser considerado como un bien jurídico-penal. La tendencia para incorporar dentro de la esfera penal la protección de un bien jurídico ha sido la de supeditar ese respaldo legal a su precedencia en otra rama del Derecho o disposición normativa.

El Derecho penal, forma parte del ordenamiento jurídico y por ende del Derecho en su sentido abstracto, debe tener pleno reconocimiento el incorporar dentro de su regulación, cualquier objeto que no haya sido protegido con anterioridad por otra rama jurídica.

En ocasiones es inescindible la bifurcación que existe entre el reconocimiento constitucional de un bien y su incorporación como bien jurídico-penal.

La doctrina internacional, ha reconocido como bien jurídico protegido por su relevancia dentro del contexto de las relaciones sociales, el derecho al honor, no obstante, no ha dejado de ser un tema controvertido, indiscutiblemente por su relativización en su valoración; teniendo en

cuenta las más diversas circunstancias que afectan la sensibilidad del perjudicado, así como las circunstancias en que transcurrieron los sucesos.

El concepto de honor precisa de un análisis doctrinal; desde su concepto objetivo unitario, que muestra la fama o la reputación social del sujeto, siempre en dependencia de las determinadas condiciones sociales que van a delimitar concretamente las pretensiones y expectativas que giran alrededor del perjudicado.

«En este sentido objetivo, el honor no es otra cosa que la suma de aquellas cualidades que se le atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se les recomienda» (García-Pablos, 1994, p. 68), este concepto objetivo de honor, que recae sobre los juicios de valores que se emiten y en cierta medida rompe con las expectativas y los parámetros sociales, implica en sentido restrictivo un análisis del sentido subjetivo del honor, sobre el cual prevalecen los sentimientos, el prestigio y la autoestima; sin dudas cualidades que no son atribuibles a la persona jurídica (Mejías, 2003), aunque en la doctrina existen criterios al respecto en cuanto al análisis del prestigio como valorable en su máxima condición de afectación a la persona jurídica teniendo en cuenta su participación dentro del comercio; sin embargo consideramos que el honor en sentido objetivo puede afectar de manera indirecta⁹ el patrimonio del ente jurídico, siempre y cuando este daño contra el honor resulte nocivo en su crédito comercial o de negociación corporativa, comercialización o publicidad (Sainz, 1979).

Araya (2017), intenta delimitar los derechos que ofrecen un impedimento al libre ejercicio de la libertad de expresión y refiere que,

El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido subjetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos. (Araya, 2017)

En base a ello, si afirmamos que existe un quebrantamiento o una agresión al honor como bien jurídico, mediante el uso de la palabra verbal o escrita, encontraríamos en este presupuesto un límite a la eficacia del derecho a la libertad de expresión.

Por ello, Araya (2017) refiere

El ordenamiento da igual protección a las libertades y el derecho al honor, y ante un conflicto entre ambos la solución pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. Para efectuar un adecuado control ponderativo de bienes jurídicos, debe inicialmente fijarse el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

Contra aquellas personas que incurren en violaciones al derecho al honor, nuestra normativa cubana ha adoptado un título penal destinado completamente a la acción penal contra sus autores. El Código Penal Cubano en su título XII Delitos Contra el Honor recoge tres capítulos o supuestos, en los que son sancionables manifestaciones de la libertad de expresión, y por ello, objeto de represión penal.¹⁰

El «*animus injuriandi*», o intención de injuriar a otro, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta al subsumir una conducta recogida en los delitos contra el honor y que se distingue del *animus criticandi* cuando esa crítica es mesurada, constructiva y racional, sin embargo esa libertad de expresión cuando presenta un marcado carácter intencional de denigrar, ofender, insultar, desacreditar, se excede de los límites del ejercicio de ese derecho y por tanto presentará relevancia para el ámbito penal.

El delito de difamación,¹¹ conlleva un elemento subjetivo importante que va dirigido a que el sujeto activo cuando imputa hechos contrarios al honor de un sujeto lo realice con el propósito de rebajarlos en la opinión pública o que pierdan la confianza que han ganado por su profesión, la función social o cargo que desempeña. El hecho imputado puede o no ser cierto, de insistir en la acusación con el conocimiento que los hechos son falsos estaríamos ante un requisito constitutivo del delito de Calumnia.¹²

Es preciso referir que tanto la Calumnia como la injuria son perseguibles mediante querrela y la Difamación mediante la denuncia de la parte ofendida,¹³ en el caso de la Calumnia si el querrellado reconoce la falsedad de lo que ha afirmado en el acto del juicio oral y se retracta de

ella se reconoce como una circunstancia de atenuación de la pena y se le hace llegar a la víctima la constancia de su retractación, en el caso de la Injuria,¹⁴ resulta contradictorio lo que regula el apartado 2 cuando el comportamiento provocador es de la víctima y ésta reacciona inmediatamente con otra injuria o ataque a su integridad personal el tribunal puede eximir de imponerle una pena, tanto a querellante como querellado.

En la Difamación se encuentra regulada la institución de la *exceptio veritatis*,¹⁵ esta institución es una solución que se aplica cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y su manifestación vulnera el derecho al honor, reputación social, o pérdida de confianza para un cargo público ante terceras personas, eliminando la posibilidad de aplicar la sanción penal.

Consideramos novedoso que en el Proyecto de Código Penal¹⁶ se incorporen dentro de este Título otras figuras delictivas relacionadas a los actos contra la intimidad o la imagen, voz, datos, o identidad de otra persona, que se mantenga la injuria y la calumnia, todos perseguibles

en virtud de querrela de la persona ofendida, o de su representante legal, cuando aquella sea menor de edad o discapacitada mental, o en caso de muerte del ofendido por su cónyuge, pareja de hecho afectiva, ascendientes, descendientes o hermanos, aspectos que se regulan en las disposiciones complementarias comunes para estos delitos.

Se incluye además que en los delitos anteriormente expresados

cuando sean consecuencia de la violencia de género o familiar, la querrela también puede ser promovida por el cónyuge o pareja de hecho,

pariente o persona allegada afectiva, siempre que se compruebe que la persona legitimada, tiene la voluntad constreñida para ejercitar su derecho a la acción penal privada, debido a cualquier relación ilegítima de poder ejercida por el victimario.

En el caso que esos delitos tengan repercusión pública «se puede proceder por denuncia de cualquier persona, siempre que se compruebe que quienes están facultados para establecer la querrela o formular la denuncia tienen la voluntad constreñida por cualquier relación ilegítima de poder ejercida por el victimario».

Un aspecto trascendental en perjuicio de la víctima es el resarcimiento en aquellos delitos relacionados al bien jurídico honor, teniendo en cuenta que el Derecho codificado centró su atención en la regulación de los bienes económicos y confinó a un segundo término toda la problemática de los bienes de la personalidad, que no estaban suficientemente desarrollados en ese momento; a esta postura se unió el positivismo jurídico que separa el Derecho de la moral e implementa el pensamiento favorable al resarcimiento jurídico sólo de lo medible en dinero.

El resultado de todo ello dio paso a la obtención de un concepto restringido del daño jurídico, el cual se identificó sustancialmente con la pérdida económica sufrida. A consecuencia de ello, y por estar fuera de lo económicamente valuable, que era lo primordial, la tesis de la esfera moral quedaba acogida fundamentalmente a la tutela del ordenamiento penal.

Sin embargo, el daño¹⁷ se integra por todo perjuicio, detrimento, molestia, pérdida, ruptura, que haya padecido la persona en cuanto a sí o

sus bienes, extendiéndose en su modalidad material a la ganancia lícita que se deja de obtener, o las desventajas que se ocasionan dentro del patrimonio del perjudicado.¹⁸ Pero el daño puede afectar también a la propia persona, sus cualidades o atributos esenciales en cuanto ser humano, lo que se conoce como daño moral,¹⁹ teniendo en cuenta la lesión que pueden sufrir el honor, los sentimientos, la dignidad, que integran lo que se reconoce también por un sector de la doctrina como daño extrapatrimonial.²⁰

El reconocimiento del daño moral,²¹ no implica una exclusión al daño material, perfectamente pueden subsistir, en dependencia de las afectaciones que se produzcan; pueden converger situaciones que conllevan a afectaciones extrapatrimoniales y que a su vez impliquen un resarcimiento patrimonial por afectar determinadas ganancias dentro del patrimonio del perjudicado, a pesar de que conceptualmente quedan perfectamente delimitados.²²

La valoración del daño resarcible no puede circunscribirse al daño material, sino que debe extenderse al daño extrapatrimonial, atendiendo al principio de atipicidad que rige, como regla, en el Derecho civil.

Sin embargo, dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, así como en el sistema anglosajón, se reconoció tardíamente la posibilidad de indemnizar los daños morales, incluidos primero, aunque desde otro ámbito y con distinta finalidad, dentro de la normativa penal.

En la primera mitad del siglo XIX era extendido el rechazo a la indemnización de los daños morales, que afectaban una zona de la esfera jurídica del individuo no valorable desde el

punto de vista pecuniario, quedando como única reacción posible ante este tipo de daño la aplicación de una pena (Martín, 1990).

Las razones que incidían en el rechazo a la reparación del daño moral, partían esencialmente de los siguientes argumentos:

- Imposibilidad de poder cuantificar los daños extrapatrimoniales
- Imposibilidad de probar, en ocasiones, su existencia y extensión
- Resultaba contrario a la moral poner precio a los sentimientos y bienes de la personalidad que se afectaban con tal daño.

Estos argumentos han sido refutados partiendo de que el juez de manera justa y racional puede valorar la existencia de un daño no patrimonial, así como establecer un *quantum* indemnizatorio equitativo y en dependencia de las consecuencias que se produjeron.

Si la función que desempeña la obligación es el resarcimiento a la víctima, la valoración de los daños extrapatrimoniales exige en todo momento determinar la satisfacción al perjudicado ya sea monetaria o psicológica, pero siempre destacando la seguridad jurídica y la justicia material (Vicente, 1994), en ocasión de la valoración del daño.

Conclusiones

Las plataformas virtuales pueden generar modos de comunicación simultánea a través de mensajería privada o asincrónica, que permite su visualización o consulta después de transcurrido un tiempo de su publicación, sin embargo, de una manera u otra estas en ocasiones laceran derechos inherentes a los usuarios cuando se publican comentarios ofensivos o se suben

Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina

RPNS 2346 ISSN 2308-0132 Vol. 10, No. 3, Septiembre-Diciembre, 2022

www.revflacso.uh.cu

informaciones en los muros que atentan contra los derechos inherentes a la personalidad como la identidad, intimidad y privacidad.

Los sujetos de derecho pueden encontrarse en una situación de vulnerabilidad ante hechos difundidos en las redes sociales que van en detrimento de los derechos inherentes a la personalidad bajo el manto de la libertad de expresión, por tanto, la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación ameritan una regulación jurídica en el plano nacional, cuestión que no queda resuelta en la actual Ley 62 del año 1987 y se incorpora afortunadamente en el Proyecto de Código Penal cubano.

Las decisiones judiciales se someten a diferentes cuestiones que entran en contraste con el concepto de justicia, que parten de dos aspectos fundamentales; el primero de la valoración del daño *estricto sensu*, y el segundo, la valoración de principio de igualdad que se circunscribe a circunstancias razonablemente objetivas, que permitan elevar el principio de justicia.

La valoración del daño resarcible no puede circunscribirse al daño material, sino que debe extenderse al daño extrapatrimonial, atendiendo al principio de atipicidad que rige, como regla, en el Derecho civil. Sin embargo, dentro de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, así como en el sistema anglosajón, se reconoció tardíamente la posibilidad de indemnizar los daños morales, incluidos primero, aunque desde otro ámbito y con distinta finalidad, dentro de la normativa penal.

Referencias bibliográficas

Araya Vega, A. (2017). Los delitos contra el honor y la protección constitucional a la libertad de

expresión e información. Exposición de *Animus Curiae* del II Pleno Jurisdiccional en materia procesal penal.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/10/doctrina45892>.

Botero Marino, C., Guzmán Duque, F., Jaramillo Otoya, S. & Gómez Upegui, S. (2017). El derecho a la libertad de expresión Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio. Bogotá <http://www.dejusticia.org/>.

Campos Calderón, J. F. (2020). La responsabilidad penal derivada del uso indebido de las redes sociales. <https://central-law.com/la-responsabilidad-penal-derivada-del-uso-indebido-de-las-redes-sociales/>

Candale, C. V. (2021). Las características de las redes sociales y las posibilidades de expresión abiertas por ellas. La comunicación de los jóvenes españoles en *Facebook*, *Twitter* e *Instagram*. <https://central-law.com/la-responsabilidad-penal-derivada-del-uso-indebido-de-las-redes-sociales/>.

Constitución de la República, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5 de 10 de abril de 2019.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (Pacto de San José) Artículo 13. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Convenio Europeo de Derechos Humanos Consultada en www.echr.coe.int/documents/convention_spain.pdf

De Ángel Llagüez, R. (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Editorial Civitas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948). Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. Consultada en www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights

Decreto-Ley 35/2021 "De las Telecomunicaciones, las Tecnologías de la Información y la Comunicación y el uso del Espectro

- Radioeléctrico". *Gaceta Oficial* No. 92 Ordinaria de 17 de agosto de 2021.
- DeCupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad*. Barcelona: Bosch.
- Garay, L. M. (2015). *Comunicación cultura y educación*. México: UAM. <https://amecopress.net/Cuba-El-ciberactivismo-responde-a-discursos-reaccionarios-y-fundamentalistas>
- García Serrano, F. de A. (1956). *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, Tomo II, Vol. 1ro, Barcelona.
- García-Pablos de Molina, A. (1994). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. 2da Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LLambias, R. (1954). "El precio del dolor". En *Jurisprudencia argentina*, Tomo III. Buenos Aires.
- Magnus, U. (2003). *La reforma del derecho alemán de daños*. Barcelona
- Martín Casales, M. (1990). Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982. En *Centenario del Código Civil*, II. Madrid.
- Martínez Campos, V. & Álvarez Degollado, S. (2018). Violación de los derechos de la personalidad en redes sociales. En Mantecón Ramos, A. & Moya Linares, E. (Coords.), *Abogacía y Derecho. Gestión de conflictos jurídicos*. Congreso Internacional Abogacía 2018. ONBC.
- Mejías Rodríguez, C. A. (2003). *Delitos contra el honor*. En Goite Pierre, M. (Coord.), *Derecho Penal Especial*, Tomo II. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Pérez Fuentes, G. M. (2005). Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el Derecho Mexicano. *Revista de Derecho Privado*, IV (12).
- Quirós Pérez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal*, tomo I. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Valdés Díaz, C. del C. (2006). *Causas de las relaciones jurídicas civiles*. La Habana: Editorial Félix Varela.
- Vicente Domingo, E. (1994). *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Wilner, I. (1942). The civil liability aspects of defamation directed against a collectivity https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9234&context=penn_law_review

Notas

- ¹ Adoptada el 4 de noviembre de 1950, y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.
- ² Las redes sociales como Facebook, Tinder, Snapchat, Tandem, los microblogs, como Twitter, Tumblr, que son una combinación entre la red social y el blog, las plataformas de Video Sharing como YouTube y Vimeo, y las de PhotoSharing, como Flickr, PhotoBucket, Instagram, Pinterest.
- ³ https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=3572786176068426&id=256629791017431 consultado el 29 de octubre 2021.
- ⁴ <https://amecopress.net/Cuba-EL-ciberactivismo-responde-a-discursos-reaccionarios-y-fundamentalistas>, consultado el 24 de abril del 2021.
- ⁵ Causa 45 del 2021 de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana, seguido mediante querrela de la parte ofendida.
- ⁶ *Schneck v. Estados Unidos, Abrams v. Estados Unidos, Debs v. Estados Unidos, West Virginia v. Barnette*, consultado en <https://billofrightsinstitute.org/resources/freedom-of-speech-general> el 26 de octubre del 2021 a las 10:00 pm
- ⁷ "Liability for Defamation of a Group". *Columbia Law Review*, vol.3, no.7, 1934, pag.1322-1335. JSTOR, consultado en www.jstor.org/stable/1116105 el 29 de abril del 2021.
- ⁸ El problema del bien jurídico ha originado, a veces, algunas confusiones en la interpretación de su concepto como amenaza o agresión a las relaciones sociales. Tal confusión se ha suscitado cuando se ha intentado hallar siempre, en toda infracción penal (delito) una relación social real, materializada, completa. Este punto de vista no es exacto ni se

Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina

corresponde con la teoría de la relación social en su condición de bien jurídico. Las relaciones sociales son vínculos entre los hombres, establecidos en el proceso de su actividad en común; la norma penal las protege no sólo en su fase dinámica, sino también en su estructura, en todos sus elementos esenciales, en los diversos aspectos que conforman esa relación social determinada. Vid. QUIRÓS PÍREZ, R., Manual de Derecho Penal, tomo I, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999, p. 190.

⁹ El debate sobre el daño moral de las personas jurídicas, condujo a que la jurisprudencia al valorarlos argumento que definen el derecho al honor de los entes corporativos, como el deber que tienen los terceros de no realizar actos que atenten contra su prestigio comercial, su imagen pública para con sus clientes y la libertad contractual; reconociera la posibilidad de que las personas jurídicas puedan reclamar daños extrapatrimoniales o morales en caso de que se viole su prestigio social. En general, la doctrina más especializada con la jurisprudencia de algunos países admite como sujetos pasivos de reparación por daño moral a las personas jurídicas. Vid. Tesis de Jurisprudencia No. 6-2005, aprobada por la sala primera de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, Novena época, registro 178- 167; Vid. en América; especialmente en Chile; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: “ *El daño moral*”, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 119 y ss; en Argentina, BREBBIA, Roberto H.: “*El daño moral*”, Orbi, Buenos Aires, 1967, p. 248; en España, GÓMEZ POMER, Fernando: “*Hacer pagar al mensajero*”, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, 28-1-2002, Revista Jurídica in Pret, Barcelona, Enero, 2008.

¹⁰ Código Penal de la República de Cuba. Ley 62 del 29 de diciembre de 1987. Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Ediciones ONBC. La Habana. 2013.p. 91.

¹¹ Artículo 318.1: El que, ante terceras personas, impute a otro una conducta, un hecho o una característica, contrarios al honor, que puedan dañar su reputación social, rebajarlo en la opinión pública o exponerlo a perder la confianza requerida para el desempeño de su cargo, profesión o función social, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año, o multa de cien a trescientas cuotas o ambas. Código Penal de la República de Cuba. Ley 62 del 29 de diciembre de 1987. Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Ediciones ONBC. La Habana. 2013.

¹² Artículo 319.1: El que, a sabiendas, divulgue hechos falsos que redunden en descrédito de una persona, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multa de doscientas a quinientas cuotas. Código Penal de la República de Cuba. Ley 62 del 29 de diciembre de 1987. Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Ediciones ONBC. La Habana. 2013.

¹³ Requisito de perseguibilidad o procedibilidad, que requiere que la parte ofendida establezca la denuncia. A partir de ese momento se convierte en pública su persecución.

¹⁴ Artículo 320.1: “El que, de propósito, por escrito o de palabra, por medio de dibujos, gestos o actos ofenda a otro en su honor, incurre en privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas”. Código Penal de la República de Cuba. Ley 62 del 29 de diciembre de 1987. Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Ediciones ONBC. La Habana. 2013.

¹⁵ Es la prueba de la verdad, una causa posterior al delito que elimina la punibilidad y que en el apartado 2 del delito de difamación establece: “El inculpa no incurre en sanción alguna si prueba que las imputaciones que hizo o propagó eran ciertas o que tenía razones serias para creerlas, así como que obró, o que fundadamente creó obrar, en defensa de un interés socialmente justificado”. Código Penal

Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina

de la República de Cuba. Ley 62 del 29 de diciembre de 1987. Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Ediciones ONBC. La Habana. 2013.

¹⁶ Proyecto de Código Penal cubano, 28 de febrero de 2022.

¹⁷ El daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada que se haya dejado de obtener. *Vid.* DE ÁNGEL LLAGÜEZ, Ricardo: “*Tratado de responsabilidad civil*”, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 671.

¹⁸ Es necesario establecer la diferencia entre el daño emergente y el lucro cesante; entiéndase por daño emergente la pérdida o variación disminuida del valor patrimonial que poseía el perjudicado, mientras que el lucro cesante comprende todas las ganancias dejadas de obtener en su patrimonio como consecuencia del daño sufrido. Sobre este último aspecto la jurisprudencia española se ha pronunciado aclarando que el lucro cesante no se puede presumir, sino que debe ser consecuencia directa del hecho que produzca el daño, al considerar las ganancias como ciertas y seguras, y no como meras posibilidades. *Vid.* Sentencia 1250 del Tribunal Supremo Español, de 17 de diciembre de 1990.

¹⁹ La reciente consideración definitiva de la figura no ha logrado ni una denominación común en la doctrina jurídica internacional. En los países de sistema latino o romano- francés la denominación común es daño moral; así es reconocida la figura en España, Francia, Argentina, Chile, México; sin embargo, en países como Italia, la denominación más frecuente es la de daño extrapatrimonial; en Alemania se trata la institución como daño inmaterial. *Vid.* PÉREZ FUENTES, Gisela María: “*Daño moral en las personas jurídicas: una reflexión en el Derecho Mexicano*”, Revista de Derecho Privado, nueva época, Año IV, No. 12, Sep.-Dic. De 2005, p. 54; LLAMBIAS, R: “*El precio del dolor*”, jurisprudencia argentina, Tomo III, 1954, p. 358; DECUPIS, Adriano: “*El daño. Teoría general de la responsabilidad*”,

Traducción de MARTÍNEZ CARRIÓN, Barcelona, 1975, p. 124; MAGNUS, Ulrico: “*La reforma del derecho alemán de daños*”, Barcelona, abril de 2003, www.indret.com, p.2.

²⁰ Este sector de la doctrina que se ha inclinado por la calificación de extrapatrimonial, considera que aquel daño no produce repercusión en el patrimonio de quien lo sufre, ni siquiera de modo indirecto. Equiparan las categorías de daño moral y extrapatrimonial, en este sentido; *Vid.* BORRELMACÍA: “*Responsabilidad derivada de culpa extracontractual civil*”, s. E.d, Barcelona, 1942, p. 157; GÓMEZ ORBANEJA, E.: “*La acción civil del delito*”, en RDP, 1949, p. 200, PÉREZ FUENTES, Gisela María: *Opcit*, p. 54; DE CUPIS, Adriano: *Op. cit.*, p. 124; *Vid.* MAGNUS, Ulrico: *Op. cit.*, p. 4. Sin embargo, GARCÍA SERRANO no considera equiparables el daño moral y el no patrimonial, considerando como daños extrapatrimoniales sólo aquellos que se manifiestan en la esfera del sentimiento, no los que lesionan otros derechos inherentes a la personalidad. *Vid.* GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís: “*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*”, Tomo II, Vol. 1ro, Barcelona, 1956, p. 800.

²¹ Es preciso analizar el proceso por el que ha incursionado el desarrollo jurídico y sociológico en esta materia, al ser hasta hace unas décadas cuestión de debate, rechazada por la mayoría de los cuerpos jurídicos, no obstante, cierta apertura sobre esta cuestión permitió una flexibilización al respecto de manera que ya es tema que recogen algunas legislaciones internacionales de países como Alemania, Italia y Suiza. La superación de aquella manera de pensar es una realidad constatable en nuestros días, se piensa ahora que el Derecho, y en especial el Derecho civil debe tender a la íntegra protección de la persona y no limitarla al conglomerado de relaciones en que aquella aparece como titular de un patrimonio. La esfera que se protege no es tan solo la de lo patrimonial, el concepto del daño debe experimentar análoga extensión, y debe referirse tanto al menoscabo de

Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina

intereses de tipo patrimonial, como al de aquellos que no tienen tal carácter. *Vid.* VALDÉS DÍAZ, Caridad: “*Causas de las relaciones jurídicas civiles*”, en VALDÉS DÍAZ, caridad del C. (Coordinadora), *et al*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 96; GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís: *Op. Cit.*, p. 802.

²² Al centrarse en la naturaleza del bien afectado, a la hora de determinar el carácter del daño, debe guardar estrecha conexión con la naturaleza del bien lesionado, dado que los intereses pueden recaer sobre bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, el daño tendrá uno u otro carácter, según sea de una u otra naturaleza el bien que resulte directa y primordialmente dañado. *Vid.* GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís: *Op. cit.*, p. 800.

Conflicto de intereses

Las autoras declaran que no existe conflicto de intereses.

Contribución de los autores

Iracema Gálvez Puebla: Investigación e idea inicial, recolección, interpretación y análisis de los datos, elaboración del resumen, traducción al inglés, redacción del manuscrito, aprobación en su versión final, revisión de las referencias bibliográficas, adecuación a las normas de la revista y envío.

Elia Esther Rega Ferrán: Investigación e idea inicial, recolección, interpretación y análisis de los datos, elaboración del resumen, traducción al inglés, redacción del manuscrito, aprobación en su versión final, revisión de las referencias bibliográficas y adecuación a las normas de la revista.