

ANUARIO

2019

2022

ANUARIO

2019

2022

 **MINISTERIO
DE JUSTICIA**
REPÚBLICA DE CUBA

Centro de
Investigaciones
Jurídicas
minjus - cuba

La Habana, 2023

Director: *MSc. Irán Rodríguez Eldidy*

Consejo Editorial

Editor científico: *Dr.C. Gerardo Machado Alfonso*

Traducción: *Lic. Matía Legrá Charón*

Corrección: *MSc. Luis Gómez Suárez*

Diseño de cubierta: *Yaíma Ricardo Riverón*

Edición general y composición digital: *Lic. Elisa Pardo Zayas*

Comité Editorial

MSc. Ana Ercilia Audivert Coello (Minjus)

Dra.C. Mercedes de Armas Alonso (CIJ)

MSc. Daile Simón Romero (CIJ)

Dr.C. Gerardo Machado Alfonso (CIJ)

Consejo Asesor

MSc. Francisco Antonio Alea Fernández (Minjus)

Lic. Yuris San Rodríguez Aroche (Minjus)

Lic. Elena Rojas Estévez (CIJ)

MSc. Daile Simón Romero (CIJ)

© Todos los derechos reservados.

© Sobre la presente edición:

Centro de Investigaciones Jurídicas, 2019-2022

Cada artículo expresa la opinión de su autor.

ISSN 1810 4924

RNPS 0515

Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ)

Neptuno No. 871 e/ Oquendo y Soledad,

Centro Habana, La Habana, Cuba.

Teléfonos: (53-7) 877 5629; 877 5631

E-mail: iran.rodriguez@minjus.gob.cu; cij@minjus.gob.cu

Móvil: 5 2093568

ÍNDICE

SOCIOLOGÍA JURÍDICA E INVESTIGACIÓN SOCIO-JURÍDICA

- La sociología jurídica y sus retos en la interpretación
socio-jurídica de la realidad 9
Dr.C. Gerardo Machado Alfonso
- El delito de la trata de personas en cuba desde
la perspectiva juvenil 31
*Dra.C. Mercedes de Armas Alonso, MSc. Daile Simón Romero
y MSc. Danay Vignier Figueredo*
- Trámites y procedimientos administrativos. Estudio de caso 45
Lic. Elena Rojas Estévez

PROCESO LEGISLATIVO

- Creación normativa: Análisis del escenario nacional
e internacional..... 65
MSc. Daimig Sánchez de la Torre y Lic. Elena Rojas Estévez

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

- Las prácticas jurídicas internacionales en la legitimación,
los supuestos de representación y la protección de datos
en materia de Registro del Estado Civil 83
MSc. Tania Muñoz Lobato y MSc. Caridad B. González Díaz
- La utilización del documento y la firma electrónicos
en el quehacer notarial..... 103
*MSc. Luz María Batista Romero, MSc. Daile Simón Romero,
Dra.C. Mercedes de Armas Alonso y MSc. Danay Vignier Figueredo*

ASESORAMIENTO JURÍDICO Y LEGAL

- El asesoramiento jurídico en Cuba a las personas jurídicas
y a otros sujetos por la actividad comercial
que tienen autorizada 121
*MSc. Caridad Bárbara González Díaz y Dra.C. Diana Hernández
de la Guardia*
- Apuntes sobre el diagnóstico legal en Cuba, base indispensable
para el asesoramiento y asistencia legales 137
Lic. Alenay Felipe Herrera y Lic. Martha Laguna Fernández

HISTORIA Y DERECHO

La Convención sobre los Derechos del Niño: una nueva
perspectiva sobre la infancia a 30 años de su promulgación 155
Dra. Ana Isabel Peñate Leiva

Evolución de la discriminación y sus formas más comunes
de manifestación..... 171
MSc. Caridad Bárbara González Díaz

Los comienzos de la enseñanza del Derecho
en Cuba, 1721-1847 189
MSc. Sheila Rodríguez Rodríguez

El Colegio de Abogados de La Habana,
avatares de su fundación 201
Lic. Yudith Cutiño Turro

De los autores 215

**SOCIOLOGÍA JURÍDICA
E INVESTIGACIÓN SOCIO-JURÍDICA**

LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA Y SUS RETOS EN LA INTERPRETACIÓN SOCIO-JURÍDICA DE LA REALIDAD

Legal sociology and its challenges in the socio- juridical interpretation of reality

Dr.C. Gerardo Machado Alfonso

Resumen

La teorización acerca del papel y alcance de la sociología jurídica en nuestro país permite comprender el estado de su desarrollo y los retos a los cuales está abocada. La investigación en este ámbito muestra las peculiaridades propias de los fenómenos jurídicos y su relación con los variados hechos económicos, políticos, históricos, éticos, demográficos y culturales, entre otros. En el artículo se pretende lograr un acercamiento a nuestra realidad socio-jurídica y algunas de las tendencias presentes en el desarrollo del país en el presente decenio. Inicialmente se ofrecen algunas consideraciones teóricas sobre esta ciencia social en función de entender mejor la lógica de los planteamientos expuestos en el transcurso del trabajo. De ningún modo se intenta agotar la diversidad de cuestiones referentes a tal disciplina social y sí de contribuir de alguna manera a la reflexión de sus contenidos y problemas.

Palabras clave: Sociología jurídica, Derecho, investigación socio-jurídica, realidad socio-jurídica, fenómeno jurídico.

Abstract

The theorization about the roll and reaches of legal sociology in our country allows to understand the state of its development and challenges it must face. The investigation in this scope shows the legal phenomena's own peculiarities and their relation with the varied economic, political, historical, ethical, demographic, and cultural facts, among others. The intention of this article is to get a certain characterization of the investigation carried out by the IJC and the tendencies observed in the development of our country in the last years. Some theoretical considerations on

this social science are offered at the beginning so as to have a better logic comprehension of the expositions expressed throughout the work. It is not the purpose to analyze everything concerning the diversity of questions in reference to this social discipline, but to contribute, in some way, to the reflection of its contents and problems as well.

Key words: *Legal sociology, Law, social legal investigation, socio legal reality, legal phenomena.*

Introducción

Varios años de investigación socio-jurídica han cimentado las ideas en cuanto a la esencia y papel asumido por la sociología jurídica en Cuba, particularmente la emprendida por una entidad como el Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ). La necesidad de este accionar se relaciona, además, con la insistencia del Estado cubano por alcanzar un nivel de desarrollo superior del socialismo a partir de una racionalidad efectiva de los procesos de dirección que torne viable los objetivos de una sociedad próspera y sustentable. Este propósito no puede ser efectuado sin la participación activa de las ciencias sociales. Resulta difícil abordar en corto espacio los aportes y múltiples problemas que encara la sociología jurídica hoy. En tal sentido, la finalidad del artículo está orientada particularmente a la reflexión acerca de algunos alcances de esta disciplina en nuestro ámbito, partiendo de tendencias manifiestas en las últimas etapas de avance social en el país. Inicialmente se ofrecen consideraciones teóricas sobre esta ciencia social en función de entender aún mejor la lógica de los planteamientos expuestos en el transcurso del trabajo. Se reflexiona sobre los retos impuestos al desarrollo socio-jurídico en función de garantizar una adecuada gobernabilidad y gestión social. La necesidad e importancia del enfoque teórico de estas temáticas se debe a su débil presencia en nuestras publicaciones en contraste con lo divulgado por parte de la sociología jurídica a nivel mundial.¹ Su abordaje permite comprender algo más profundamente la significación y retos de esta especialidad en el mundo de hoy, y el valor de su aporte en la comprensión de nuestra especificidad nacional. De ningún modo las apreciaciones aquí ofrecidas pretenden ser concluyentes y sí un punto de partida para futuros debates y razonamientos sobre el tema.

¹ En el ámbito internacional existen múltiples publicaciones sobre cuestiones generales de tipos teórico, histórico, metodológico y también de asuntos más específicos relacionados con las realidades laboral, agraria, la actividad delictiva, el enfoque de género, la familia, la comunicación, el cumplimiento de la legislación, la violencia, entre otras.

La esencia y papel de la sociología jurídica. Niveles de actuación en la sociedad

La sociología jurídica como campo de la Sociología general está orientada al conocimiento de las formas de aplicación del Derecho en una sociedad, así como su nivel de eficacia.² Igualmente trata de concebir el Derecho no solo como norma jurídica meramente cumplible sino también como un quehacer institucional mediado por el Estado y, lo que es más importante, el impacto de este proceso en la población. Igual interés presenta el ritmo de la socialización jurídica en los distintos grupos sociales, así como la cultura jurídica lograda por ese accionar.³ Existen temas clásicos de la sociología jurídica relacionados con las funciones sociales del Derecho, la eficacia de su institucionalidad,⁴ el sistema judicial (referido a las formas en que se materializa el ideal de justicia) y las cuestiones inherentes a la profesión jurídica.⁵ Incluye esta agenda las cuestiones generales referentes a la recepción del Derecho internacional y los nexos del Derecho con determinados factores sociales (éticos, económicos, políticos, entre otros).

² La eficacia del Derecho posee varias aristas referidas al hecho legislativo, la impartición de justicia penal, el cumplimiento de las obligaciones tributarias, el funcionamiento contractual, la socialización jurídica de los grupos sociales, la solución alternativa de conflictos, la actuación del operador jurídico (en su calidad de asesor jurídico, juez de ejecución, notario, registrador), entre otros. Para más información véase la tipología de los campos del Derecho y el correspondiente a la sociología jurídica en: «Tipología de las investigaciones jurídicas», de Reynaldo Mario Tantaleán Odar. Publicado el 1 de febrero de 2016. Véase también Jorge Witker: *La investigación jurídica*, 1995, p. 4; Elías Díaz: *Curso de Filosofía del Derecho*, 1998, p. 174. Existe un debate en torno al objeto y clasificación de la sociología jurídica en dependencia de la posición teórica de partida (iusnaturalismo, positivismo, funcionalismo, marxismo, etc.) e incluso desde la ciencia en la cual se asuman los problemas del Derecho por parte de juristas o sociólogos.

³ No se puede dejar de reconocer que existe un gran debate respecto a la esencia y objeto de la sociología jurídica en que se enfatizan aspectos relativos a la juridicidad, el control social, el orden, la coacción, la regulación social, las interacciones entre el Derecho y la realidad social y la influencia de los factores sociales en el Derecho. Véase Misael Tirado Acero: «La Sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos. Prolegómenos». 2010, pp. 277-298. Véase además Aime Giraldo Ángel: <http://catalejojuridico.blogspot.com/2010/11/la-investigacion-socio-juridica.html> La investigación en Derecho- Metodología Jurídica-Teoría del Derecho-Epistemología Jurídica-Tesis en Derecho, domingo, 21 de noviembre de 2010.

⁴ Sobre el tema de la eficacia del Derecho existen numerosas publicaciones, aunque una de mucho interés resulta: Mauricio García Villegas: «Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de las reglas en América Latina», en: César Rodríguez Garavito (coordinador): *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, pp. 160-183.

⁵ Particularmente lo referente a la forma de actuación de legisladores, directivos, funcionarios, profesionales y operadores jurídicos.

Esta disciplina no desconoce los procesos del multiculturalismo presente en algunas naciones, el auge de los movimientos sociales (y sus demandas específicas), y el Derecho de interés público. La sociología jurídica no es ajena al balance crítico de la teoría del Derecho, particularmente el de corte pospositivista, con una visión más coherente y humanista del progreso social.⁶ En la actualidad existen múltiples instituciones que abordan la sociología del Derecho en América Latina y otras regiones del mundo. Se debe a las posibilidades cognoscitivas y de predicción de esta ciencia particular, al relegamiento de la misma en el pasado por parte de instituciones académicas en el mundo y al interés por trascender el enfoque positivista⁷ heredado de la concepción kelsiana en el Derecho.⁸ En este sentido se han creado no pocas entidades de investigación, incluso con carácter autónomo e independientes del Estado, para enfocar los problemas más acuciantes derivados del impacto del Derecho en la estructura socioclasista. Llama la atención el marcado interés por las perspectivas críticas más centradas en los desafíos de carácter emancipatorio del sur latinoamericano. En este orden se incluyen nuevos enfoques relativos al pluralismo jurídico,⁹ el nuevo constitucionalismo y las formas recurrentes de autoritarismo expresadas en fenómenos como la guerra judicial contra dirigentes progresistas. La sociología jurídica tiende a desempeñar un papel activo en la descripción de los fenómenos jurídicos, así como en el nivel más elaborado de sistematización teórica erigido sobre aquel saber primario. En su misión predictiva, tributa al Estado en función de la mejor comprensión del funcionamiento del ordenamiento jurídico, de las formas de materialización de la legalidad socialista y de la prevención de las transgresiones de la normatividad jurídica.¹⁰ Es un baluarte en la aspiración por establecer una mejor proyección de la política jurídica nacional. El alcance de la sociología jurídica es enorme, por cuanto rompe cánones establecidos de análisis del espacio socio-jurídico, proponiendo

⁶ Véase Boaventura de Sousa Santos: «Construyendo la epistemología del sur. Construyendo las Epistemologías del Sur: para un pensamiento alternativo de alternativas», en: *Antología Esencial*, compilado por Maria Paula Meneses [et al.], CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

⁷ Véase Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez: *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*.

⁸ Nos referimos a Hans Kelsen (1881-1970), fundador de las teorías puras del Derecho en la cual la norma se erige en el núcleo del sistema jurídico normativo.

⁹ Véase Mauricio García Villegas y César A. Rodríguez. Ob. cit., y Pablo Lannelo: «El pluralismo jurídico», en Boaventura de Sousa Santos.

¹⁰ Aunque decisivo desde el punto de vista axiológico, estos alcances no siempre están en el campo de atención de la sociología jurídica. Véase Freddy Ordóñez Gómez: *Otra Sociología Jurídica: aportes teóricos desde nuestra América*.

diversas alternativas de enfoques y solución a las problemáticas de la compleja vida social. En Cuba los contenidos fundamentales de sociología jurídica son parte de una agenda estatal canalizada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) y, especialmente, por el Consejo Superior de Ciencias Sociales, el cual durante las últimas décadas ha proyectado temáticas decisivas en este ámbito. No puede obviarse aquí el papel del Centro de Investigaciones Jurídicas al atender las demandas del Ministerio de Justicia (Minjus) en el afán de contribuir al mejoramiento de su quehacer institucional dada la complejidad de su misión y función estatal. Esta lógica de actuación entre Estado y entidades dedicadas a la investigación social posibilita jerarquizar temas de interés, invertir de forma planificada los recursos disponibles, tanto a nivel material como financiero y lograr una coherencia razonada de la política científica nacional. Las demandas planteadas por la Constitución ofrecen la posibilidad de repensar los problemas del país y la necesidad de su indagación sociológica, lo que obliga a su vez a comprender su dimensión orgánica, múltiple e integral y los medios ideales para su solución.

Niveles e interrelaciones de la sociología jurídica

En el plano teórico, la sociología jurídica se presenta en dos formas peculiares: el nivel macro y el microsociológico. En el primero se hallan las cuestiones sociales de carácter amplio respecto al funcionamiento del sistema y la institucionalidad jurídica y el impacto del ordenamiento jurídico en la dinámica social. Este ámbito de acción incluye también las interacciones de lo jurídico con otros ejes sociales (económico, político, social, cultural, entre otros). Entran en el segundo nivel microsociológico, las prácticas jurídicas efectuadas por legisladores, directivos, funcionarios y trabajadores jurídicos; las formas de interpretación de las normas emitidas por actores estatales y privados, la acogida de los servicios jurídicos por parte de la ciudadanía y los estados de opinión pública sobre el Derecho. Ambos niveles de la sociología jurídica están íntimamente relacionados, lo cual significa lo imposible de su disociación a la hora de interpretar los fenómenos jurídicos.¹¹ A la sociología le resulta imposible no partir de una concepción teórica de carácter filosófico, en nuestro caso de orientación marxista, sin desconocer por ello el valor y aporte de otras corrientes de pensamiento de corte funcionalista, interaccionista,

¹¹ Véase Marisol Sónora Cabaleiro, Daile Simón Romero, Gerardo Machado Alfonso y otros: «Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica», *Anuario CIJ 2014-2015*, p. 222.

positivista o estructuralista. Existen relaciones de convergencia aunque también de relativa autonomía de la sociología jurídica respecto al Derecho como ciencia social. Convergencia por tratarse de un objeto similar, es decir, la normatividad jurídica. Divergencia por cuanto la sociología jurídica trasciende específicamente la lógica del funcionamiento del Derecho para centrarse además en el accionar y resultados alcanzados por las instituciones jurídicas. La sociología jurídica, como se expresó, retoma elementos variados de la amplia realidad para explicar el hecho jurídico y las formas diversas de su materialización en la vida social. De este modo se revela una multitud de encadenamientos sociales que se sintetizan en el comportamiento y evolución del fenómeno jurídico. La comprensión del fenómeno jurídico en su múltiple conformación (histórica, económica, política, laboral, cultural, educativa, territorial, comunitaria, entre otras) confirman la creciente complejidad de la sociedad que, al interactuar en sistemas, hace surgir propiedades no ceñidas a sus elementos particulares. Estos procesos emergentes, no pocas veces difusos, resultan por lo general invisibilizados y precisan de un análisis integral para su exacta comprensión.¹² Cabe decir, además, que las complejidades en el mundo jurídico provocan nuevas interrogantes no solo a la sociología sino también a otras ciencias como la economía, la política, la filosofía, la historia, la pedagogía, las cuales se ven compelidas a explicar las tensiones manifestadas en sus ámbitos específicos de actuación. Estas problemáticas se reflejan no pocas veces en los debates teóricos sobre cuestiones como el Estado de Derecho, el constitucionalismo, las clases sociales, los partidos, la ley, la democracia, etcétera, que generan a su vez la necesidad de precisar más aún los conceptos comúnmente ya aceptados a nivel doctrinal.¹³

¹² Al respecto apuntó Raúl Castro en el año 2018 al analizar el insuficiente avance del cumplimiento de las directrices del Modelo Económico y Social cubano: «Nunca nos hicimos ilusiones de que sería un camino corto y fácil. Sabíamos que iniciábamos un proceso de enorme complejidad, por su alcance, que abarcaba a todos los elementos de la sociedad, lo que requería vencer el obstáculo colosal de una mentalidad cimentada en décadas de paternalismos e igualitarismos, con secuelas significativas en el funcionamiento de la economía nacional». Y a continuación agregaba: «A ello se sumó el ánimo de avanzar más rápido que la capacidad de hacer las cosas bien, lo que dejó espacio a la improvisación e ingenuidades, a causa de una insuficiente integralidad, incompleta valoración de los costos y beneficios y visión restringida sobre los riesgos asociados a la aplicación de varias medidas que, además, no tuvieron la conducción, control y seguimientos requeridos, lo cual determinó demoras y pasividad en la corrección oportuna de las desviaciones presentadas». Raúl Castro Ruz: «Discurso en la clausura de la sesión constitutiva de la IX Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 2018, pp. 4-5.

¹³ Véase Claudio Katz: *Las disyuntivas de la izquierda en América Latina*.

La realidad socio-jurídica: un desafío para la investigación sociológica de corte jurídico

La realidad socio-jurídica representa ese amplio escenario de la vida social en que se manifiestan procesos, actos y hechos de carácter jurídico. Incluye desde el amplio accionar legislativo propio de la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP)¹⁴ hasta el simple accionar efectuado en función de acceder a la inscripción de nacimiento en un registro civil.¹⁵ Se manifiesta también en la forma en que una entidad jurídica organiza su labor¹⁶ hasta el modo en que se verifica el impacto de la norma jurídica en la población.¹⁷ Se puede calificar la realidad socio-jurídica cubana y la de cualquier país, como una totalidad diversa y dinámica; pero dadas las exigencias actuales relacionadas con la construcción de un modelo socialista de desarrollo, este entramado social adquiere un carácter integral, perspectivo, aunque también muy heterogéneo. Ello no lo exonera de una complejidad no pocas veces contradictoria en su constante evolución. Los clásicos fundacionales insistían en esa particularidad de la nueva formación social al reclamar un esfuerzo particular de tipo organizativo, funcional y estructural en correspondencia con la magnitud de las transformaciones históricas a efectuar. Ello supone un nivel de actuación consciente y proactivo en que cada decisión comporta múltiples caminos y formas de solución a fin de alcanzar el objetivo propuesto.

¹⁴ En el informe al VII Congreso del Partido Comunista de Cuba en 2016 se informaba que posterior al 2011 se habían emitido 344 nuevas normas legales de diferente rango, se modificaron 55 y se derogaron 6 884. Sobre la magnitud de esta labor, una diputada de la Asamblea Nacional del Poder Popular le expresaba a un periodista: «es una de las responsabilidades más significativas del Parlamento, contribuir al ordenamiento jurídico del país, y a todas las transformaciones legislativas a que estamos abocados, desde la Constitución hasta las leyes que permitan la correcta implementación de políticas y Lineamientos». Yudy Castro Morales: «Deberse al pueblo», 2019, p. 3.

¹⁵ Detrás del simple acto de inscripción se esconde un sistema registral de más de 83 821 libros que contienen más de 31 265 054 inscripciones. Anualmente se practican más de 100 000 inscripciones de nacimiento que generan ulteriormente un encadenamiento de nuevos actos y procesos jurídicos. Así, en julio de 2013 un reportero del periódico *Granma* comentaba acerca de la complejidad respecto a la tramitación de ciertas necesidades de la población y particularmente la relativa a una acción constructiva. Su artículo tenía que ver con las medidas sugeridas por la Comisión Permanente para la implementación de los Lineamientos del Partido. Se alertaba, entre otros asuntos, acerca de la necesidad de simplificar los trámites de la población logrando su mejor organización. En aquel momento estos se elevaban a 222 en todo el país, lo que podía facilitar espacios de corrupción e ilegalidades. Véase O. Fonticoba Gener: «Simplificar trámites para fortalecer sistemas de dirección», 2013, p. 7.

¹⁶ O. Fonticoba Gener: «Resarcir... pero ¿a qué plazo?», 2015, p. 8.

¹⁷ Ver José Llamas Camejo y Jorge L. Merencio: «La casa y el orden se deben casar», 2019, p. 8.

Como plantean no pocos autores, aquí está siempre presente el riesgo disociativo en cuanto a fines planeados y logros obtenidos, lo cual además, habla de imponderables presentes en la gestión institucional y en el espacio de funcional de su interacción social. Esto supone un nivel de investigación social capaz de revelar aquellas tendencias presentes en la realidad e, incluso, los imprevistos aparecidos en el cumplimiento de los objetivos diseñados previamente por la institucionalidad. Los amplios estudios del CIJ en el ámbito registral, notarial, de asesoría legal, de la prevención, de la docencia y la formación del acervo jurídico cultural por solo citar algunos, demuestran los desafíos futuros de dirección asociados a la organización, control, socialización, participación y comunicación propios de la gestión institucional en el noble propósito de cambiar la sociedad. Aquí no cabe la subestimación del accionar investigativo como eslabón adverso a la gestión social, lo cual viciaría la comprensión de la realidad socio-jurídica y del propio funcionamiento de la institucionalidad socialista. Tal actitud afectaría el debilitamiento de la gobernabilidad al carecer de mecanismos capaces de potenciar la agenda de dirección. La mejor visualización de la realidad socio-jurídica por la ciencia social permite una actuación más consciente, proactiva y emancipadora.

Tendencias de la realidad socio-jurídica en Cuba

No cabe la menor duda que la realidad cubana está cambiando, aunque enfrentada a no pocos dilemas respecto a la forma de alcanzar sus aspiraciones y metas. Tal hecho impone la necesidad de comprender la esencia de cada problema particular en la propia dinámica de la totalidad en un continuo de avances sociales con no pocos esfuerzos, tropiezos y perfeccionamientos ulteriores. En tal sentido se puede manifestar la siguiente interrogante: ¿Pueden revelarse tendencias específicas de carácter socio-jurídico a partir de los acontecimientos en este último decenio en el país? No resulta fácil responder a dicha cuestión dada la variedad de dinámicas acaecidas de tipo partidista, estatal, ministerial, territorial, empresarial y de las organizaciones políticas y de masas. De manera hipotética se adelantarán algunas consideraciones:

1. Se articula aún más el espacio jurídico con otras realidades de la vida social.

No cabe la menor duda que la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución como estrategia de planeación a largo plazo ha posibilitado una visualización coherente del sistema normativo en cuanto al ámbito empresarial, financiero, pro-

ductivo, comercial, contractual, laboral, salarial, relativo a la propiedad, la inversión y los servicios, con lo cual se perfilan mejor las demandas y retos del espacio socio-jurídico.¹⁸ Esta premisa de partida impone también necesariamente una forma de comprender lo general (a nivel constitucional o de políticas públicas) en su articulación dialéctica con lo particular, es decir, la promoción de normativas de menor nivel (ley, decreto-ley, decretos, resoluciones) lo cual posibilita la organicidad coherente de los fines sociales en las condiciones específicas del país. Ello posibilita apreciar mejor que ni la economía y su funcionamiento actúan de forma independiente de lo jurídico, ni este es ajeno a un contenido material (socioeconómico), ya sea en el nivel macro o microsocioal. Lo mismo puede decirse de lo político respecto al alcance de lo jurídico. La vida ha demostrado la necesidad de un accionar que supere el viejo divorcio entre ambas esferas como un medio de proyección estatal más coherente y racional. Si antes del año 2011 se manifestaba en los hechos una disociación en ambos espacios en el país, ya a partir de esa fecha se articula un nuevo giro de la gobernabilidad. Sobre el tema han insistido algunos directivos y funcionarios estatales al poner de manifiesto las características del nuevo proceso legislativo, el cual se hace más interdependiente e integral. Se legisla bajo el prisma consciente de una intencionalidad y sobre la base de la mejor decisión al más alto nivel político estatal, lo cual evita las disfunciones entre decisión legislativa o gubernamental y la correspondiente normatividad jurídica en sus restantes niveles de actuación institucional. El impacto se constata en la coherencia de las leyes emitidas al máximo nivel y su secuencia de actuación al menor nivel jerárquico de su funcionamiento (decretos-leyes, decretos, resoluciones, etc.). De este modo, se evita también la dispersión jurídica de la cual dan cuenta numerosos estudios realizados en este ámbito.¹⁹

2. Se concientiza cada vez más la necesidad de elevar la eficacia del Derecho.

Los problemas relativos a la eficacia del Derecho resultan un factor de enorme importancia para el país, tanto desde el punto de vista del cumplimiento de las metas propias del ordenamiento jurídico como de los fines perseguidos por la institucionalidad y legalidad socialistas.

¹⁸ Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.

¹⁹ En diversos artículos de los Anuarios del CIJ se ponen de manifiesto los hechos que dan cuenta de la existencia de estas tensiones, derivadas de la falta de coherencia y organicidad del sistema normativo en sus diferentes niveles de proyección. Véase Colectivo de autores: «Validez jurídica: un estudio de caso», en *Anuario CIJ 2007*, pp. 11-30; véase también: Seida Barrera Rodríguez, Amalia Pérez Martín y Yaritza López Zulueta: «La técnica legislativa: estudio teórico doctrina y de derecho comparado», *Anuario CIJ 2013*, pp. 33-54.

En realidad esto resulta decisivo en el ámbito del Derecho.²⁰ Sobre el particular ha insistido el liderazgo cubano en foros en los últimos años al avalar la eficacia y racionalidad que cabe esperar de cada eslabón de nuestra institucionalidad.²¹ Y este accionar es válido para órganos como los Tribunales, Fiscalía, Contraloría y el Ministerio de Justicia. Así se hizo saber en la asamblea del Sistema Nacional de Tribunales Populares, en la cual el presidente Miguel Díaz-Canel señaló la necesidad imperiosa de elevar la calidad de la actividad judicial, defendiendo sobre todo el valor encarnado en el ejercicio pleno de la justicia.²² La idea ha sido expresada por altos directivos del Estado y Gobierno en sus diversas intervenciones.²³ La nueva actuación en el marco del ordenamiento jurídico cubano impone comprender que el Derecho no es un designio mesiánico cumplible gracias a la noble voluntad de sus fines. Supone también una gestión consciente y armónica descentralizada orientada al mejor cumplimiento de sus preceptos. Lo opuesto sería tener una visión maniquea de este accionar.²⁴ Varios estudios realizados por el CIJ y otras entidades dan cuenta de elementos de espontaneidad referidos al dinamismo de la normatividad y la urgencia de apelar a las potencialidades ocultas (de tipo funcional, organizativa, de control y comunicación) en este ámbito.²⁵ La visión proactiva

²⁰ Al respecto Armando Hart expresó: «Cuidar y fortalecer el poder revolucionario del pueblo significa que el sistema jurídico institucional funcione con eficacia sobre la base de los principios éticos y políticos de la nación». Armando Hart: «Derecho y orden social», 2013, p. 4.

²¹ En un artículo de *Granma* el periodista Jorge Luis Merencio Cautín reproducía una idea expresada por el presidente Díaz-Canel Bermúdez: «el mejor trabajo político-ideológico que se puede hacer es que todas las instituciones del Gobierno y Estado funcionen bien...». Jorge Luis Merencio Cautín: «La batalla económica sigue siendo nuestra tarea principal», 2018, p. 3.

²² Leticia Martínez Hernández: «Por el ejercicio pleno de la justicia en Cuba», 2019, p. 4.

²³ En una intervención ante el Parlamento cubano, Rubén Remigio Ferro hubo de expresar: «Las medidas y decisiones puestas en vigor por el Estado y gobierno [...] repercuten de manera directa e indirecta en la actividad judicial, y requieren de los tribunales como de todos los órganos, organismos y entidades estatales y gubernamentales, la mayor efectividad y eficacia en el cumplimiento de la misión que nos corresponde». Rubén Remigio Ferro: Informe de rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular, en el octavo período de sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, p. 3. Véase también la intervención de Homero Acosta Álvarez en el octavo período de sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, p. 7.

²⁴ En los textos didácticos de Filosofía marxista, lo relativo a la espontaneidad se ha analizado solo como parte de la conciencia jurídica cotidiana de las masas, sin ampliar la comprensión del fenómeno al propio funcionamiento de la institucionalidad estatal.

²⁵ Véase Mercedes de Armas Alonso, Daile Simón Romero y Lázaro Juan Corzo González: «Una propuesta metodológica para el estudio de la calidad de los servicios notariales», pp. 47-61.

en función del cumplimiento efectivo de las normas jurídicas ha sido cada vez más una exigencia presente en los análisis de las sesiones de trabajo de la Asamblea Nacional del Poder Popular,²⁶ así como en las sesiones de trabajo del Consejo de Estado y de Ministros.²⁷

En este sentido, el Minjus ha implementado durante el año 2019 no pocas decisiones de carácter organizacional en aras de elevar la eficacia de las normas propias de su competencia. Así aconteció en el ámbito registral y notarial enriquecido por la instrucción No. 1 y la Resolución 137 del Minjus del presente año donde se precisan las formas de actuación de operadores y funcionarios jurídicos respecto a la agilización de servicios y trámites legales en función de reforzar la disciplina, exigencia y control a favor de los usuarios de estos servicios.²⁸ Se tiende con ello a eliminar el pernicioso fenómeno del burocratismo y las muestras de formalismo en la dinámica de la normatividad en el marco de la gestión ministerial. El logro de la mejor eficacia social del Derecho es un reto que exige constante búsquedas y esfuerzos para determinar aquellas zonas de actuación en que se incumple lo proyectado estatalmente y los métodos idóneos para lograr su más adecuada materialización.

3. Se perfecciona el espacio de la microinstitucionalidad del país.

La idea anterior supone también un quehacer orientado al perfeccionamiento de la microinstitucionalidad del país. Si se considera este fenómeno como el relativo a la creación de experiencias y tradiciones estables, resulta necesaria su traducción también en el espacio más cercano a la ciudadanía a fin de lograr su cotidiana internalización. Este es un fenómeno discutido por los investigadores en distintas etapas del desarrollo del país orientado a hacer coherentes y viables el funcionamiento de la institucionalidad.²⁹ En el caso del Derecho tiene que ver también con la descentralización y la creación de estructuras a nivel barrial, comunitario, laboral al permitir la articulación de las decisiones con el protagonismo y

²⁶ Yudy Castro Morales: «Gestión no estatal en un clima de legalidad», 2019, p. 2.

²⁷ Un ejemplo en este sentido, son los acuerdos 8574 y 8575 referidos al ordenamiento y legalización de la vivienda. Tales acuerdos facilitan y abrevian el tiempo de gestión empleado en las Oficinas de Trámites de Planificación Física y de Vivienda a favor de los usufructuarios de hogares y ocupantes ilegales de viviendas y locales terminados con esfuerzo propio. Véase José Llamas Camejo y Jorge L. Merencio: Ob. cit., p. 8.

²⁸ Instrucción 4 y Resolución 137 del Minjus. Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 19, extraordinaria, Ministerio de Justicia, La Habana, jueves 15 de agosto de 2019. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/pdf/GOC-2019-EX19.pdf>. Consulta: 17 de noviembre de 2019.

²⁹ Caridad Navarrete Calderón y Alina Mourelle S.: «Espacios de prevención socio-criminológica. Una mirada en el ámbito de una circunscripción habanera». *Anuario CIJ* 2007, pp. 156-182.

los procesos de identidad ciudadana. Este marco se relaciona con la gestión más cabal y autónoma de los municipios. Tanto los Lineamientos del Partido como la Constitución mostraron esa posibilidad real de articular³⁰ ambos procesos. Es de destacar que no pocos estudios comunitarios habían insistido en la perspectiva de promover aún más los resortes locales y las fuerzas comunitarias a fin de contribuir a una lógica mayor de integración social y de formación de la identidad y la conducta ciudadana. Los estudios enmarcados en la prevención de las conductas marginales y delictivas alertaban en esta dirección. La autonomía municipal es uno de los factores que podrán potenciar el empoderamiento ciudadano y su capacidad para ser agente directo de los cambios en el marco donde vive, actúa y se desarrolla. Esta resulta también decisiva para el cumplimiento de la legalidad al generar sentido de responsabilidad en los protagonistas que recrean la vida económica, cultural y social de la localidad. Un ámbito también favorecedor de la responsabilidad que exige el perfeccionamiento de la institucionalidad se relaciona con el mayor poder de actuación ciudadana frente a violaciones de la legalidad. El Artículo 44 de la Constitución expresa el respaldo estatal a las políticas públicas y mecanismos orientados a este propósito.

Se trata, particularmente, de la creación de condiciones adecuadas para posibilitar el ejercicio de los derechos de la población. Importante resulta aquí el relativo a las garantías ciudadanas según los artículos 98 y 99 de la Carta Magna. De esta manera se afianzan los mecanismos judiciales para canalizar las demandas y reclamaciones frente a daños o perjuicios causados indebidamente por directivos, funcionarios del Estado con motivo del ejercicio de las funciones³¹ propias de su cargo. La variedad de estos mecanismos son decisivos al permitir la consolidación de las estructuras que habrán de complementar la eficacia³² de la legalidad socialista. Aquí se incluye también la gestión de los nuevos actores económicos los cuales deberán perfeccionar la gestión y calidad³³ de sus ofertas y servicios acordes con los reclamos de la ciudadanía.

4. Se amplía el significado y el alcance de las nociones y valores en torno al Derecho.

Por supuesto, aquí nos referimos sobre todo al Derecho en su significación subjetiva, como esa actuación orgánica en que se funden ideas,

³⁰ Ver artículos 168 y 169 de la Constitución de la República de Cuba. Tabloide, La Habana, 2019, p. 12.

³¹ Artículos 98 y 99 de la Constitución de la República de Cuba, pp. 69-70.

³² Véase José Walter Mondelo García: *Constitución y orden jurídico en la Revolución Cubana*, p.102.

³³ Nuria Barbosa León: «Guardianes de los intereses del pueblo», p. 3.

convicciones y conductas personales que garantizan la estabilidad y la coherencia del orden social. En el pasado se produjo una disociación a este nivel,³⁴ como lo han puesto de manifiesto tanto estudios realizados en este ámbito³⁵ como diversas intervenciones del liderazgo cubano lo cual impedía avanzar en las grandes metas de la sociedad.

Los acontecimientos de los últimos años y específicamente respecto a la Constitución del país demuestran las reservas en cuanto a la posibilidad de empoderar a la ciudadanía en los valores de la gobernabilidad y la más auténtica democracia socialista. Se refiere a su mayor presencia en el proceso de la elaboración de las leyes y un papel más activo respecto al influjo en sus contenidos. Lo muestran los hechos relativos al debate constitucional como proceso de construcción colectiva avalado por la diversidad de criterios y reflexiones de amplios sectores laborales, estudiantiles, docentes, comunitarios, barriales lo cual posibilitó el enriquecimiento del texto.³⁶ Así, los datos aportados por la Comisión Nacional que presidió este proceso señalan la contribución favorable de la población en cuanto a los 760 cambios en el texto final con propuestas de adiciones y eliminaciones, lo cual resulta una cifra relevante para un fenómeno de este tipo en cualquier lugar del mundo. Con relación a la de 1976, la nueva ley de leyes contiene 92 artículos más y 8 totalmente nuevos; se modificaron el 58,9% de ellos, se mantuvieron sin cambios el 38,8% y se eliminó el 1,3%.³⁷

Las entrevistas realizadas por los medios masivos de difusión mostraron las expectativas y valores generados en el movimiento de participación popular y los niveles de implicación que acompaña a un proceso de

³⁴ Se refiere al estudio promovido por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular en el año 1987 a fin de conocer aquellos factores que más afectan el desarrollo de una cultura de respeto a la ley. Véase José Walter Mondelo García: Ob. cit., pp. 77-78.

³⁵ Raúl Castro Ruz: «Discurso en el primer período de sesiones de la VIII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 7 de julio de 2013», *Granma*, 8 de julio de 2013, p. 3.

³⁶ Todas las intervenciones de la población se reunieron en 9 595 «propuestas tipo», de ellas fueron aceptadas el 50,1% (4 809). Las opiniones de los cubanos residentes en el exterior fueron agrupadas en 978 «propuestas tipo» de las cuales 391 fueron aceptadas, para un 40%. Al respecto consideró Darío Machado que «El pluralismo político revelado a lo largo del proceso de debate, nueva redacción y finalmente aprobación de la Constitución está evidenciando realidades del país, criterios y enfoques sociales, económicos y políticos diversos de la ciudadanía, cuya transparencia contribuyó a mostrar la rica subjetividad que existe hoy en Cuba, y cuyo conocimiento en lo adelante ayudará más a mejorar la vida social en todos los órdenes y a una mejor democracia socialista». Darío Machado Rodríguez: «Decidió el soberano», 2019.

³⁷ Dianet Doimeadios Guerrero, Edilberto Carmona Tamayo e Irene Pérez: «Cuba ratifica la nueva Constitución con el 86,85% de los votos emitidos, según datos preliminares».

este tipo. Por supuesto, no se trata solo del debate formal de los conceptos jurídicos allí recogidos, sino de la necesidad de potenciar una responsabilidad compartida vinculada al mejor funcionamiento de la economía, y de los mecanismos de control estatal y popular, de compromiso por el cumplimiento de la legalidad y de adhesión de los ideales y valores presentes en nuestro Derecho. De ahí la insistencia de la máxima dirección estatal de pensar como país, de trascender lo estrictamente previsto en las misiones asignadas en cada eslabón del sistema social, de pensar estratégicamente en cómo desarrollarnos y lograr los objetivos propuestos.

De esta forma el Derecho no resulta algo externo a la ciudadanía sino un factor de cotidianeidad y medio de potenciación moral relativo al orden social que se aspira a construir. Sin esta impronta se revierte el alcance de la juridicidad y sus posibilidades de influir en los objetivos del largo plazo social. Si bien el esquema de razonamiento hasta ahora ha seguido una lógica general, no obvia para nada las divergencias emanadas de la amplitud de proyecciones de sectores socioeconómicos existentes actualmente. Ello es un reto a considerar para un horizonte ideológico en que se proyecta la convergencia de los intereses sociales y la necesidad de luchar por los nobles ideales de una sociedad más racional, próspera y sostenible.

Se activa cada vez más la necesidad y papel de la comunicación y la socialización jurídica

La comunicación en términos sociológicos se puede entender en un sentido muy amplio, pero aquí está referida al resultado de la interacción social y de sistemas simbólicos comunes compartido por la población. Con otras palabras, se trata del intercambio de sentidos e información para dar efectividad al cumplimiento de las normas legisladas. Con las nuevas tecnologías y códigos digitales esta adquiere un papel muy importante dada la orientación diversa de los mensajes y la interpretación no siempre igual de los contenidos. La cultura jurídica socialista precisa de ideas y conceptos emanados de una realidad clara y transparente no mediados por la rutina y el formalismo. De esta manera se logra una movilización efectiva en las masas y su comprensión real de los retos a enfrentar. La información disponible en la prensa y en otros medios digitales ha permitido conocer situaciones relacionadas con el incumplimiento de la legalidad en lo concerniente a la contabilidad, las cuentas por cobrar o pagar, las finanzas, las obligaciones tributarias, contractuales y fiscales y la

protección a los bienes estatales. Se alerta constantemente acerca de las medidas apropiadas para el mejor cumplimiento de lo legislado. Se insiste con fuerza acerca del daño de estos fenómenos a la propia gestión productiva y de servicios, lo cual impide avanzar en el cumplimiento de los objetivos estratégicos de progreso del país. Los estudios realizados sobre el tema de la comunicación organizacional han explicitado las barreras y problemas en el accionar comunicativo de las instituciones jurídicas. Estos estudios apuntan a la necesidad de perfeccionar los flujos de comunicación inter e intraorganizacional orientados al enriquecimiento de los objetivos planteados por las diversas instituciones.³⁸

La variedad de actores responsabilizados con la atención, seguimiento y control de estas actividades exige un mejor esfuerzo organizativo y control por parte de las nuevas formas de institucionalidad. Ello habla de la creciente complejidad de la sociedad y las exigencias más elevadas a la cultura jurídica de la población.³⁹ En tal sentido se insiste actualmente en la necesidad de potenciar el gobierno electrónico que posibilitará entre otros fines, brindar servicios e información de calidad a la ciudadanía, aumentar la eficiencia de la gestión pública y lograr la mejor actualización de la gestión gubernamental.⁴⁰ El proceso de comunicación supone también la necesidad de perfeccionar el proceso de socialización con las nuevas generaciones. Múltiples instituciones son responsables de este proceso, pero particularmente los propios eslabones del sistema educativo. Aún hoy es baja la transmisión de conocimientos jurídicos y las nociones respecto al Derecho constitucional, civil, penal, laboral, notarial, administrativo, de familia, entre otros. Conscientes de este hecho, los medios de comunicación masiva y las instituciones educativas hacen un esfuerzo a fin de lograr la presencia de estos contenidos en los programas escolares. Aquí cabe distinguir el papel desempeñado por el proyecto «Por un mundo al Derecho» desarrollado por el Ministerio de Justicia y la Unicef.⁴¹

³⁸ Colectivo de autores: «Diagnóstico del proceso de comunicación interna en el Ministerio de Justicia», *Anuario CIJ 2013*, pp. 219-236.

³⁹ Al respecto se ha expresado: «hemos carecido de una adecuada y sistemática política de comunicación social acerca de los cambios introducidos, en aras de llegar oportunamente hasta el último ciudadano con exposiciones y explicaciones claras y entendibles [...]». Raúl Castro Ruz: «Discurso en la clausura de la sesión constitutiva de la IX Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular», *Juventud Rebelde*, 20 de abril de 2018. Edición Especial.

⁴⁰ Susana Antón Rodríguez: «Nuevas maneras del Gobierno estar junto al pueblo», 2019, p. 10.

⁴¹ Ana Ercilia Audivert Coello y María Luisa Pedroso Rodríguez: «El proyecto Por un mundo al Derecho: aproximación a una buena práctica», *Anuario CIJ 2018*.

Sentido y alcance de las investigaciones socio-jurídicas

Las investigaciones desplegadas por el CIJ y otras instituciones demuestran la variedad de criterios con los cuales pueden ser enfocados los fenómenos jurídicos. Tal aserto puede ser observado en los medios teóricos y metódicos empleados en estudios sobre el Derecho como los relativos a la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio, la eficacia de la actividad de prevención social con exrecluidos y personas sujetas a medidas de seguridad o la referida a la interpretación de un hecho punible como el dolo eventual en los casos de malversación. Por su parte, los estudios de doctorado han puesto de manifiesto las cuestiones no siempre visibilizadas en la práctica jurídica nacional como la relativa al resarcimiento de los daños contractuales patrimoniales en el ámbito jurídico civil cubano, la cuestión referida a la instrumentación de la potestad discrecional de la administración pública o la óptima actuación para el tratamiento de las lagunas de la ley en la práctica judicial de acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica. Cada una de estas indagaciones no solo ha sistematizado el conocimiento alcanzado en materia penal, civil, administrativa, registral, laboral o en cuanto a la prevención, sino que ha valorado críticamente la actuación institucional en estos ámbitos. Las recomendaciones emanadas de tales estudios, sin duda han contribuido al perfeccionamiento de los procesos de conceptualización y comprensión del Derecho. Al hacer la valoración de estas tendencias no se ignora la complejidad característica del país en los últimos años dada por la variedad de la estructura socioclasista, los intereses y necesidades de los cuales son portadores y el quehacer en el logro de sus metas sociales. Hoy es conocido que a los tradicionales sectores sociolaborales existentes en el pasado se han agregado otras categorías como cooperativistas, cuentapropistas y la parte correspondiente a trabajadores del sector mixto.⁴² Si bien ello significa una posibilidad más en cuanto al redimensionamiento económico y social agrega tensiones a la forma de ejercer la gobernabilidad. Los directivos al más alto nivel han reconocido los retos que suponen estas formas nuevas de gestión. Y tales desafíos son también patentes para la sociología jurídica y también la ciencia del Derecho. Una arista no despreciable de la sociología jurídica en Cuba es la

⁴² La cifra de trabajadores por cuenta propia en 2019 ascendía a 605 908 personas. Se desempeñaban en espacios relacionados con la elaboración y venta de alimentos, el transporte de cargas y pasajeros, arrendadores de viviendas, habitaciones y espacios, agentes de telecomunicaciones, entre otros. Estos, además, tenían una proporción alta de trabajadores contratados. Yudy Castro Morales: «Gestión no estatal en un clima de legalidad», Suplemento de *Granma*, 10 de julio de 2019, p. 2.

orientada al debate ideológico con corrientes de pensamiento que enfocan parcialmente la realidad cubana, distorsionando en ocasiones la esencia y fines del sistema social construido a partir de 1959. No se trata de la crítica por la crítica, y muchos menos de aferrarse a dogmas sin fundamento alguno. Consiste en la objetividad presente al analizar los problemas de la realidad y la búsqueda de la verdad más allá de prejuicios ideológicos o sesgos clasistas.⁴³ Y realmente no pocas de estas críticas obvian el contexto histórico de desarrollo nacional y las agresiones políticas, jurídicas, diplomáticas, financieras, comerciales e ideológicas sufridas por más de 60 años. Cada vez más se impone un razonamiento más argumentado, racional y coherente orientado al esclarecimiento del funcionamiento de la institucionalidad jurídica nacional y su influjo en los distintos hechos y fenómenos jurídicos.

A modo de conclusión

La reflexión acerca de algunos alcances de la sociología jurídica en nuestra realidad, pero particularmente la llevada a cabo por el CIJ, muestra algunas de las tendencias manifiestas en las últimas etapas de avance social relacionadas con la coherencia e integralidad del ordenamiento jurídico cubano, así como en cuanto a la comunicación, socialización y participación de los actores, operadores y beneficiarios de este accionar. Se evidencia la complejidad sistémica que supone lograr la eficacia del Derecho y el papel relevante de los diversos factores del desarrollo social en este ámbito. Este quehacer institucional de carácter socio-jurídico ha supuesto la participación de numerosos especialistas del CIJ con formación jurídica pero también sociológica, histórica, pedagógica, psicológica y otras áreas de las ciencias sociales. Los hechos investigados ofrecen un aval para la continuidad y desarrollo de una cultura científica en el campo de la doctrina sociológica del Derecho. En este recorrido reflexivo no cabe obviar el papel destacado de los métodos y procedimientos de investigación que también caracterizan a esta disciplina social; ellos constituyen una vía decisiva para obtener la multitud de datos a procesar y un recurso invaluable en el cumplimiento de los objetivos de la investi-

⁴³ Un artículo del especialista Mauricio García Villegas muestra, por solo citar un ejemplo, que la ineficacia del Derecho y la cultura del incumplimiento de las reglas en América Latina es un fenómeno histórico heredado en gran medida de la dominación colonial y neocolonial de nuestros países. Véase Mauricio García Villegas: «Ineficacia del derecho y la cultura del incumplimiento de las reglas en América Latina», en César Rodríguez Garavito: Ob. cit., pp. 160-183.

gación. El estudio sobre epistemología realizado por un equipo de investigación del CIJ y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, demostró las posibilidades en cuanto al perfeccionamiento de este instrumental, articulado adecuadamente al conocimiento teórico aportado por la filosofía, la gnoseología y los aportes inter y transdisciplinarios de otras ciencias sociales. Tal esfuerzo permite enriquecer los resultados teóricos y empíricos en la comprensión de una realidad jurídica en constante evolución.

Bibliografía

- ACOSTA ÁLVAREZ, HOMERO: «Intervención en el octavo período de sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular», *Granma*, 26 de diciembre de 2011.
- ALONSO MERCEDES DE ARMAS; DAILE SIMÓN ROMERO Y LÁZARO JUAN CORZO GONZÁLEZ: «Una propuesta metodológica para el estudio de la calidad de los servicios notariales», *Anuario CIJ 2014-2015*.
- ANGEL, AIME GIRALDO: <http://catalejojuridico.blogspot.com/2010/11/la-investigacion-socio-juridica.html> La investigación en Derecho-Metodología Jurídica-Teoría del Derecho-Epistemología Jurídica-Tesis en Derecho, domingo 21 de noviembre de 2010.
- ANTÓN RODRÍGUEZ, SUSANA: «Nuevas maneras del Gobierno estar junto al pueblo», *Granma*, 17 de febrero de 2019. Edición única.
- AUDIVERT COELLO, ANA ERCILIA Y MARÍA LUISA PEDROSO RODRÍGUEZ: «El proyecto Por un mundo al Derecho: aproximación a una buena práctica», *Anuario CIJ 2018*.
- BARBOSA LEÓN, NURIA: «Guardianes de los intereses del pueblo», *Granma*, 10 de julio de 2019. Suplemento especial.
- BARRERA RODRÍGUEZ, SEIDA; AMALIA PÉREZ MARTÍN Y YARITZA LÓPEZ ZULUETA: «La técnica legislativa: estudio teórico doctrina y de derecho comparado», *Anuario CIJ 2013*.
- BERGALLI, ROBERTO: «Más sobre la internacionalización de la sociología jurídica. Objeto de la sociología jurídica», en www.cervantesvirtual.com. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- BURGOS MATAMOROS, MYLAI: «El derecho en Cuba socialista. Reflexiones desde perspectivas críticas dialécticas», Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- CALVO GARCÍA, MANUEL Y TERESA PICONTÓ NOVALES: «La investigación empírica en el ámbito de la sociología jurídica», en <http://www.pensamientopenal.com.ar>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.

- CASTILLO ALEMÁN, GLORIA DEL Y DANAY QUINTANA NEDELCO: «Las reformas actuales en Cuba: un estudio de política pública», en <http://www.scielo.org.mx>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- CASTRO MORALES, YUDY: «Deberse al pueblo», *Granma*, 21 de marzo de 2019, Suplemento especial. Edición única.
- _____: «Gestión no estatal en un clima de legalidad», *Granma*, 10 de julio de 2019, Suplemento.
- _____: «Gestión no estatal en un clima de legalidad», *Granma*, 10 de julio de 2019, Suplemento.
- Castro Ruz, Raúl: «Discurso en la clausura de la sesión constitutiva de la IX Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, *Juventud Rebelde*, 20 de abril de 2018. Edición Especial.
- _____: «Informe Central al VII Congreso del PCC», La Habana, 16 de abril de 2016, *Granma*, 17 de abril de 2016.
- _____: «Discurso en la primera sesión ordinaria de la VIII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 7 de julio de 2013», *Granma*, 8 de julio de 2013.
- COLECTIVO DE AUTORES: «Diagnóstico del proceso de comunicación interna en el Ministerio de Justicia», *Anuario CIJ 2013*.
- COLECTIVO DE AUTORES: «Validez jurídica: un estudio de caso», *Anuario CIJ 2007*.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Editora Política, La Habana, 2019.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA. Tabloide, La Habana, 2019.
- DÍAZ, ELÍAS: *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 1998.
- DÍAZ-CANEL BERMÚDEZ, MIGUEL M.: «Discurso en la sesión constitutiva de la IX Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, *Granma*, 18 de abril de 2018. Edición especial.
- _____: «Intervención en la clausura de la tercera sesión extraordinaria de la IX Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular», *Granma*, 15 de abril de 2019.
- DOIMEADIOS GUERRERO, DIANET; EDILBERTO CARMONA TAMAYO E IRENE PÉREZ: «Cuba ratifica la nueva Constitución con el 86,85% de los votos emitidos, según datos preliminares». <http://www.cubadebate.cu/noticias>. Consulta: 18 de noviembre de 2019.
- FERRO, RUBÉN REMIGIO: «Informe de rendición de cuenta del Tribunal Supremo Popular en el octavo período de sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular», *Granma*, 26 de diciembre de 2011.
- FONTICOBIA GENER, O.: «Resarcir... pero ¿a qué plazo?», *Granma*, 1 de junio de 2015, Edición única.

- FONTICOBIA GENER, O.: «Simplificar trámites para fortalecer sistemas de dirección», *Granma*, 8 de julio de 2013, Edición única.
- Gaceta Oficial de la República de Cuba No. 19, extraordinaria, Ministerio de Justicia, La Habana, 15 de agosto de 2019. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/pdf/GOC-2019-EX19.pdf>.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO Y CÉSAR A. RODRÍGUEZ: *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*.
- García Villegas, Mauricio: «Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de las reglas en América Latina», en: César Rodríguez Garavito (Coordinador): *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Grupo editorial Siglo XXI, Argentina, 2011. <http://www.canaljusticia.org>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- HART, ARMANDO: «Derecho y orden social», *Juventud Rebelde*, 21 de agosto de 2013.
- KATZ, CLAUDIO: «Actualización o veneración de la teoría de la dependencia». <https://katz.lahaine.org/b2-img/pdf>.
- _____: *Las disyuntivas de la izquierda en América Latina*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2010.
- LANNELO, PABLO: «El pluralismo jurídico», en Boaventura de Sousa Santos.
- LUCAS, JAVIER DE: «Teoría del Derecho y sociología del Derecho». <https://rua.ua.es/>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- LLAMOS CAMEJO, JOSÉ Y JORGE L. MERENCIO: «La casa y el orden se deben casar», *Granma*, 16 de junio de 2019, Edición única.
- LLANO FRANCO, JAIRO VLADIMIR: *Pluralismo jurídico, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo: perspectiva desde la ciencia jurídica*, Universidad Libre de Colombia-Seccional Cali.
- «Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021». <http://www.granma.cu/>
- MACHADO RODRÍGUEZ, DARÍO: «Decidió el soberano». <http://www.cubadebate.cu/opinion/2019/03/04/decidio-el-soberano/#.XS9rIPSS21s>. Consulta: 18 de noviembre de 2019.
- MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, LETICIA: «Por el ejercicio pleno de la justicia en Cuba», *Granma*, 8 de febrero de 2019.
- MENESES, MARIA PAULA (COMPILADORA): *Antología Esencial*, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- MERENCIO CAUTÍN, JORGE LUIS: «La batalla económica sigue siendo nuestra tarea principal», *Granma*, 30 de noviembre de 2018.
- MONDELO GARCÍA, JOSÉ WALTER: *Constitución y orden jurídico en la Revolución Cubana*, Editorial Oriente, Santiago de Cuba, 2018.

- MUNÉVAR QUINTERO, CLAUDIA ALEXANDRA: «La investigación socio-jurídica en nuevos objetos de regulación: desafíos metodológicos de alcance inter, trans y multidisciplinar en el estudio del derecho ambiental». <https://editorial.ucatolica.edu.co/>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- NAVARRETE CALDERÓN, CARIDAD Y ALINA MOURELLE S.: «Espacios de prevención socio-criminológica. Una mirada en el ámbito de una circunscripción habanera». *Anuario CIJ* 2007.
- NOGUERA-FERNÁNDEZ, ALBERT: «Reformulando la sociología jurídica: transformaciones del derecho en la mundialización y nueva ciudadanía», Universidad de Extremadura, España, 2009. [https:// www.redalyc.org/](https://www.redalyc.org/)
- ODRIOSOLA GUITART, SILVIA Y JUAN TRIANA CORDOVÍ: «Estrategia de desarrollo y crecimiento económico en Cuba: dos caras de una misma moneda», *Economía y Desarrollo* (revista de la Facultad de Economía de la Universidad de La Habana), año XV, vol. 153, Edición especial, 2015.
- ORDÓÑEZ GÓMEZ, FREDDY: «Otra Sociología Jurídica: aportes teóricos desde nuestra América». <https://www.ambitojuridico.com/>
- «Registros civiles de Cuba en constante perfeccionamiento», en digital@juventudrebelde.cu/http://www.juventudrebelde.cu/. Consulta: 22 de noviembre de 2019.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (COORDINADOR): *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Grupo editorial Siglo XXI, Argentina, 2011. <http://www.canaljusticia.org>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, EDUARDO: «¿Es posible una sociología jurídica crítica? Elementos para una reflexión», en *Opinión Jurídica*, vol. 9, No. 17, enero-junio de 2010, Medellín, Colombia.
- SÓÑORA CABALEIRO, MARISOL; DAILE SIMÓN ROMERO; GERARDO MACHADO ALFONSO Y OTROS: «Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica», *Anuario CIJ* 2014-2015.
- SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE: «Construyendo la epistemología del sur. Construyendo las Epistemologías del Sur», *Antología Esencial*, vol. 1, CLACSO, 2018. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/> Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- _____: «El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política». <http://dialnet.unirioja.es>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- TANTALEÁN ODAR, REYNALDO MARIO: *Tipología de las investigaciones jurídicas*. <https://dialnet.unirioja.es>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.

- TIRADO ACERO, MISAEL: «La Sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos. Prolegómenos». *Derechos y Valores*, vol. XIII, No. 25, enero-junio, 2010. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271016>.
- TRIANA CORDOVÍ, JUAN: «Actualizando el modelo económico cubano: una perspectiva desde la teoría del desarrollo». <http://scielo.sld.cu/>. Consulta: 9 de diciembre de 2019.
- WITKER, JORGE: *La investigación jurídica*, McGraw-Hill, México D.F., 1995.

Publicaciones seriadas

- Anuario Estadístico 2018*. Minjus. Dpto. Independiente de Estadística Jurídica, La Habana, 2019.
- Anuario CIJ 2007*.
- Anuario CIJ 2013*.
- Anuario CIJ 2014-2015*.

EL DELITO DE LA TRATA DE PERSONAS EN CUBA DESDE LA PERSPECTIVA JUVENIL

People smuggling crime in Cuba according to youthful population's perspective

**Dra.C. Mercedes de Armas Alonso
MSc. Daile Simón Romero
MSc. Danay Vignier Figueredo**

Resumen

El presente trabajo es resultado de un estudio científico destinado a profundizar en la percepción social de los jóvenes cubanos acerca de la trata de personas en el país en los momentos actuales, a partir de considerarla una problemática de alta presencia y complejidad a nivel mundial, aun cuando no se constituya en un fenómeno de significativas proporciones en Cuba, donde la percepción del riesgo tiende a ser baja entre la población juvenil.

Se tomó como premisa que este conocimiento podría servir para concienciar a la sociedad acerca de dicho flagelo y avanzar en el camino del enfrentamiento a esta flagrante violación de los derechos humanos. Se defiende la tesis acerca de la importancia de comprender sus causas, muchas veces ancladas en situaciones de desventaja y vulnerabilidad social.

Palabras clave: percepción social, trata de personas, jóvenes.

Abstract

This investigation is the result of a scientific study destined to deepen in Cuban young people's social perception concerning people smuggling in the country actually, since it is considered a world-wide level complex great problem, with a very high presence almost everywhere, even though it is not really a phenomenon of significant proportions in Cuba, where perception of risk among youthful population tends to be low.

It was taken as a premise the fact that this knowledge could be used for making society more conscious about this flagellum so as to pave the way for getting better results when facing this flagrant human right

violation. Great emphasis is given to the thesis about the importance of understanding its causes, which in many cases, are due to disadvantage and social vulnerability situations.

Key words: *social perception, people smuggling, youthful population.*

Introducción

Aunque el delito de la trata de personas en Cuba no alcanza las dimensiones observadas en otros países y regiones, los cubanos no están libres de su presencia. Por ello, desde el triunfo de la Revolución, se han instrumentado políticas sociales tendientes a la protección de personas en situación de vulnerabilidad, en especial mujeres, niñas, niños, adolescentes y jóvenes, los cuales son ampliamente respaldados por las normas jurídicas nacionales que amparan a las víctimas y sancionan severamente a los delincuentes.

Asimismo, los logros en materia de protección social y seguridad ciudadana, la igualdad de oportunidades para todos, las políticas y programas para el empoderamiento de la mujer, el acceso universal a los servicios de salud, educación, cultura, deporte y recreación, de conjunto con las acciones de las entidades estatales y no estatales, mantienen en el país una estructura y tejido social eminentemente preventivo.¹

El país cuenta con el Plan de Acción Nacional para la Prevención y Enfrentamiento a la Trata de Personas en Cuba y la Protección a las Víctimas 2017-2020,² aprobado por el Consejo de Estado en febrero de 2017, así como con una comisión para implementar las acciones multidisciplinarias contenidas en el documento, cuyo antecedente fundamental es el Plan de Acción Nacional para la Infancia, la Adolescencia y sus Familias (PANIAF), de Seguimiento a la IV Conferencia Mundial de la Mujer y de Prevención y Enfrentamiento a las Drogas, entre otras experiencias a nivel nacional.

Para su confección se nutrió de los documentos Conceptualización del Modelo Económico y Social Cubano de Desarrollo Socialista, y Bases del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta el 2030: Visión de la Nación, Ejes y Sectores Estratégicos, además de protocolos y compromisos internacionales como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.³

¹ Informe de Cuba: «Prevención y enfrentamiento a la trata de personas y la protección a las víctimas 2017», 2017, p. 3.

² Gaceta Oficial No. 33, extraordinaria, 2 de agosto de 2017.

³ Ídem.

El plan tiene tres ejes centrales: la prevención, protección y enfrentamiento con un carácter multisectorial, por lo cual le tributan programas y acciones de distintos organismos, instituciones y organizaciones políticas y de masas, y de la sociedad civil cubana.

Posee un enfoque de género y de derechos humanos, y su interés supremo son las víctimas y sus familiares, además del trabajo que prevé desarrollar con toda la población cubana para incrementar la percepción de riesgo.

A través de sus objetivos se privilegia la cooperación y participación de los actores nacionales que tienen un importante encargo social en ese sentido y promueven la cooperación internacional.

El informe cubano de Prevención y Enfrentamiento a la Trata de Personas y la Protección a las Víctimas 2017 enunció un conjunto de progresos, entre los cuales sobresalen: avances legislativos; baja incidencia de víctimas de la trata de personas en Cuba; políticas y programas destinados al empoderamiento de la mujer; coordinación de los distintos ministerios, organizaciones e instituciones de la sociedad; avances en la cooperación internacional; creación de la Dirección de Protección a la Familia y asuntos jurisdiccionales de la Fiscalía General de la República (FGR); funcionamiento de la Línea Telefónica Única de la FGR; diversas modalidades de capacitación y preparación para actores sociales con esa responsabilidad; el carácter preventivo del Sistema Nacional de Salud y el papel de los médicos en la detección temprana y atención a potenciales víctimas.

Sin embargo, también son muchos los retos y desafíos que deben ser superados para garantizar la efectividad del plan, la disminución de los factores de riesgo y del delito en sí. De dicho grupo sobresalen: la baja percepción de peligro en la población y de sus formas de manifestación; lo novedoso del problema en el ámbito social cubano; la insuficiente información y capacitación de los responsables de velar por este fenómeno; el incremento de las conductas migratorias con la apertura para viajar a otros países; el acceso cada vez mayor a Internet y a las redes sociales y su uso no siempre responsable; la creciente transnacionalización del delito; y la cultura patriarcal de la cual somos herederos.

Asimismo, se hace necesario diseñar medidas diferenciadas para la atención a las víctimas en situaciones de riesgo, en particular niñas, niños y adolescentes, así como mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad y en situación de vulnerabilidad económica y social; incrementar e incentivar las investigaciones para contar con información sistemática y científica sobre el tema; potenciar los espacios comunitarios y familiares para una mejor labor de prevención e identificación de los principales

factores de riesgo, y acrecentar la comunicación y la visibilización de la existencia de este fenómeno en la nación.

El estudio partió del problema de investigación: ¿Cómo es la percepción social que tienen los jóvenes acerca de la trata de personas en Cuba en los momentos actuales?

Delineó como objetivo general: Determinar la percepción social que tienen los jóvenes acerca de la trata de personas en Cuba en los momentos actuales, lo cual coadyuvará a diseñar políticas comunicacionales o de otra índole que podrían incrementar la percepción de riesgo ante este fenómeno.

Los instrumentos aplicados fueron de corte cualitativo y cuantitativo: método comparativo, análisis de documentos, cuestionario y entrevista.

El estudio se realizó por interés del Observatorio Nacional de Drogas del Minjus en tres provincias, una de la zona occidental (La Habana), una de la central (Villa Clara) y otra de la oriental (Santiago de Cuba).

En La Habana se laboró en el territorio de Playa y en las otras dos, en los municipios cabecera.

Se aplicaron 300 cuestionarios en seis centros estudiantiles, tales como universidades, preuniversitarios y secundarias básicas.

Se efectuaron ocho entrevistas grupales con la participación total de 132 personas jóvenes (hasta 35 años de edad).

Se analizaron el Plan de Acción Nacional para la Prevención y Enfrentamiento de la Trata de Personas y la Protección a las Víctimas (2017-2020) y el marco jurídico cubano e internacional relacionado con la trata de personas.

Finalmente, para analizar el tratamiento que en diferentes países se ofrece a las víctimas, se estudiaron las legislaciones de la Unión Europea, Alemania, Perú y Argentina caracterizadas por poseer instrumentos jurídicos de avanzada en la materia.

Conocimiento de la población cubana acerca de la trata de personas

A la interrogante de si conocían qué es la trata de personas, la inmensa mayoría de los encuestados (95%) respondió de manera afirmativa. Solo el 5% manifestó no tener nociones sobre este particular.

Asimismo, en la mayoría de las entrevistas grupales se pudo constatar la presencia de conocimientos, al relacionarla con la captación de personas de un territorio para ser sometidas a la explotación, venta de órganos

o prostitución de forma engañosa. Entre los delitos relacionados con la trata, en mayor medida fueron mencionados la prostitución, el trabajo infantil, el trabajo forzado, los secuestros, el tráfico de órganos y de drogas, así como su consumo.

Sin embargo, resultó contradictorio que 5 de cada 10 interrogados expresaron estar poco o nada informados sobre la trata, lo cual contrasta con el número tan elevado de los que manifestaron poseer conocimientos.

Quienes dijeron estar informados son en su mayor parte personas de 16 a 20 años y del sexo femenino.

Del grupo de los poco informados sobresalen los residentes de la provincia de La Habana.

Los nada informados se destacan por ser sujetos de 16 a 20 años de edad, hombres, con nivel de escolaridad primaria y habitantes de Villa Clara.

De las temáticas acerca de las cuales consideraron estar informados pueden mencionarse: Daños que produce (67,0%); cómo se manifiesta (49,0%); sus consecuencias sociales (45,0%); motivos que la provocan (40,0%) y a dónde dirigirse para conseguir ayuda (18,0%).

Según los encuestados, la radio, televisión o prensa, centros educacionales y la familia son las principales vías a través de las cuales obtuvieron esta información. Mientras que en la mayoría de las entrevistas grupales fueron mencionadas como fuentes informativas más relevantes: conversaciones con familiares, amigos o conocidos; medios audiovisuales como documentales, programas de televisión foráneos, en particular las series incluidas en el paquete que circula en el país, Internet y las redes sociales.

En sentido general, los entrevistados abogaron por ofrecer mayor información, en especial a través de los medios de comunicación masiva nacionales. Sugirieron diseñar programas creativos e inteligentes que permitan, con un lenguaje claro y sencillo, llegar sobre todo a niños y adolescentes, los más propensos a ser víctimas de la trata, además de informar en las escuelas por todas las vías a su alcance.

Buen número de las personas entrevistadas y más de nueve de cada diez de los encuestados, consideraron necesaria una mejor capacitación de la población sobre la trata de personas. Solo el 2% de quienes rellenaron el cuestionario opinó lo contrario, mientras el 5% no respondió.

Entre las principales temáticas sobre las que consideraron necesario instruir a la población estuvieron: conocer los lugares a donde dirigirse para recibir ayuda (73%); los fines para los que son utilizadas las víctimas (66%); los daños ocasionados a las personas (65%) y las vías más utilizadas para cometer el delito (61%).

A la pregunta de si conocían o habían oído hablar de los servicios existentes en Cuba para la atención a las víctimas de la trata de personas, el 72,0% de los encuestados respondió que no, mientras el 22% dijo sí. El 6% restante correspondió a la no respuesta.

Quienes ofrecieron respuestas positivas se destacan por tener de 16 a 20 años, con secundaria básica como nivel de escolaridad y de las provincias de La Habana y Santiago de Cuba.

Los que se pronunciaron de manera negativa son encuestados, en su mayor parte, de 21 a 30 años y del territorio villaclareño.

En las entrevistas se mostró total desconocimiento sobre las asistencias a los perjudicados.

Igual comportamiento se apreció al preguntarles si sabían a dónde debían dirigirse para solicitar ayuda en caso de encontrarse ante un hecho de trata de personas. Los estudiantes mencionaron a la Policía Nacional Revolucionaria. Los profesores de las facultades de Psicología, Derecho y Sociología de la Universidad Central Martha Abreu de Villa Clara, con mayor nivel educacional entre todos los entrevistados, no supieron dar respuesta a la interrogante.

En cuanto a los daños ocasionados por la trata de personas, encuestados y entrevistados coincidieron al reconocer la existencia de perjuicios tanto en el ámbito social como individual, si bien los más comentados por los segundos se encuentran los relacionados con los físicos y psicológicos.

Criterios acerca de si este fenómeno está presente en la sociedad cubana actual y si constituye una problemática social

En la mayoría de las entrevistas grupales los sujetos hicieron referencia a la magnitud del fenómeno a escala global y en específico en la región latinoamericana.

Hubo consenso en cuanto a sus grandes proporciones, pues abarca a la casi totalidad de las áreas geográficas del mundo, por no decir a todas, y cuenta con amplias redes delincuenciales que mueven incalculables sumas de dinero y otros recursos. En Latinoamérica, lamentablemente, según dijeron, son muchos los seres humanos implicados.

Según plantearon, en Cuba no es un fenómeno considerable, es probable que existan algunos casos, pero no puede hablarse de masividad. Son muchos los cubanos que han emigrado a lo largo del tiempo, pero lo hacen por determinadas estrategias familiares como pueden ser la reunificación

familiar o mejorar desde el punto de vista económico. Lo anterior no quiere decir que algunos no puedan caer en la prostitución o ser violentados de algún modo.

Algunas expresiones de los entrevistados indican la creencia de que se pudieran estar computando algunos casos, pero no se conocen, porque la población no cuenta con suficiente información o a las víctimas les resulta muy difícil establecer comunicación con el exterior.

Al preguntar a los encuestados si consideran que la trata de personas constituye un problema social en general, el 78% aprecia que sí, el 8% optó por el no, el 12% por el no sabe y el 2% por las no respuestas.

Entre quienes respondieron no saber sobresalen personas del sexo masculino, de 12 a 15 años de edad, de primaria y secundaria como mayores niveles de escolaridad concluidos y residentes en la provincia de La Habana. Entre los que marcaron la opción No, destacan sujetos de 16 a 20 años, mujeres, de secundaria básica y preuniversitario, y de Villa Clara.

En la casi totalidad de las entrevistas grupales realizadas se consideró que las personas más propensas para ser introducidas en la trata de personas son los jóvenes. En algunas se mencionaron, además, las de bajo nivel cultural y las que tienen una situación económica difícil.

Como principales países hacia los cuales se dirige la trata de personas desde Cuba señalaron a Estados Unidos por ser el más codiciado destino de la emigración cubana, Latinoamérica por su cercanía geográfica y cultural y Europa por los vínculos centenarios existentes, sobre todo con países como España e Italia.

Como vía más utilizada para concretar la trata de personas se mencionó a la emigración.

Entre los fines de la trata más indicados están la prostitución y el trabajo forzado, lo cual coincide con lo señalado en el primer acápite sobre los delitos relacionados, en mayor medida, con esta.

Principales factores de riesgo que pudieran estar influyendo en el fenómeno de la trata de personas en Cuba en la actualidad

Se aprecia coincidencia entre encuestados y entrevistados al enumerar los factores primordiales que ejercen influencia en el auge de este delito. Los más señalados por los entrevistados fueron la difícil situación económica existente, el deseo de emigrar, la necesidad de ayudar a sus familias y de cumplir determinadas metas personales.

Por su parte, los encuestados reconocieron como los factores que influyen en que las personas sean víctimas de la trata, en orden descendente: solucionar problemas económicos (72%), deseos de emigrar (56%), escasa educación sobre el tema (42%), bajos ingresos económicos (33%), solucionar problemáticas familiares (29%), escaso conocimiento acerca de la temática (27%), el mal uso de las redes sociales (22%), insatisfacciones con la vida personal (18%), insuficientes opciones de desarrollo profesional (17%), la apertura de viajes al exterior (12%) y factores culturales (8%).

Asimismo, en las entrevistas se apreció consenso acerca de que no hay suficiente percepción de riesgo, lo cual vinculan, en primer término, con la escasa información que la población maneja sobre el particular.

Tratamiento a las víctimas en los países objeto de estudio

Un adecuado tratamiento a las víctimas de la trata de personas resulta de vital importancia para devolverles la estabilidad que tanto necesitan en el camino de rehacer sus vidas deshechas por la violación de sus derechos más elementales.

Lograr que se recuperen lo más posible y se reinseren en la sociedad es un desafío de primer orden para las organizaciones e instituciones encargadas de esta labor.

En los países seleccionados para desarrollar este estudio de derecho comparado se regulan:

- Las condiciones de asistencia a las víctimas luego del rescate (alojamiento, manutención, alimentación, cuidados médicos y psicológicos).
- La forma de su participación en el proceso (declaraciones testimoniales, protección por represalias, entre otras).
- Las medidas destinadas a lograr la reinserción social de las víctimas (protección a su integridad física, facilitar el regreso a su lugar de origen, etc.).
- Lo anterior se concreta a través de diversos programas y proyectos.

En Alemania, para la protección de las víctimas menores de 16 años, se establece en el Artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, la posibilidad de mantener ausente al acusado cuando el menor emita una declaración.⁴ Con ello se pretende que los afectados participen sin que se sientan presionados por la presencia del posible victimario y luego el juez le informa al culpado del contenido de la entrevista realizada.⁵

⁴ Código de Procedimiento Penal de Alemania, 1987.

⁵ Ídem.

Por otro lado se da el derecho a un período de reflexión para que la víctima considere la posibilidad de participar como testigo dentro del proceso penal iniciado.⁶

Alemania ha buscado establecer a través de diversas investigaciones, una perspectiva más amplia del fenómeno delictivo por medio del estudio de las víctimas (predominan las mujeres), e integra al mismo tiempo el enfoque de los tratantes, las personas que contratan los servicios de explotación, personajes políticos y elementos policíacos. Además busca generar las bases para futuros estudios en la misma área.⁷

Desde el punto de vista institucional, se despliegan programas informáticos destinados a la protección de los datos personales de los individuos rescatados en los procesos penales.

Se mencionan, asimismo, proyectos encaminados al amparo de las mujeres y sectores identificados de vulnerables, como «Escape y la trata de personas. Protección y estructuras de apoyo para las mujeres y los menores de edad».⁸

Desde junio de 1973, Alemania es parte de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), encargada de buscar espacios para el diálogo dirigido a la cooperación en materia de seguridad del proceso penal y asistencia a las víctimas entre los estados que la integran.

Para dar una respuesta institucional, en 1987 se crea el Centro de Asesoramiento Especializado para Víctimas de la Trata de Personas entidad registrada en 1999, la cual estudia esta temática a través de los diversos fenómenos migratorios que se dan como consecuencia de los problemas económicos y políticos de la región.

En 2002, el país suscribió la Declaración de Bruselas sobre la Prevención y el Combate de la Trata de Seres Humanos, con la participación de los integrantes de la Unión Europea y otros países invitados, a fin de lograr entre sus objetivos la cooperación europea e internacional para adoptar medidas concretas, unificar prácticas, mecanismos y normativas en la lucha contra ese delito.

Por otro lado, en 2003, la OSCE elaboró un plan de acción integral que aborda aspectos de prevención e identificación de las víctimas.

Por su parte, en la Unión Europea, según el Artículo 11 de la Directiva 2011/36/UE, las víctimas de trata deben recibir apoyo y protección antes,

⁶ «Manual para la lucha contra la trata de personas», 2009.

⁷ Constance Gunderson: «Human Trafficking: The trafficking of women in northern Germany for the purpose of sexual exploitation», Alemania, 2012. www.revistas.uned.ac.cr. Consulta: 16 de mayo de 2022.

⁸ Karen Andrea Alvarado; Bernardo Romero-Vázquez y Gabriela Aguado-Romero: «Trata de personas, un fenómeno delictivo transnacional: Alemania e Israel», 2018.

durante y una vez finalizados los procedimientos criminales contra sus explotadores.⁹

La protección se considera uno de los objetivos centrales de la lucha contra la trata en la Unión. Desde el punto de vista de la persecución judicial penal, se agrega otra dimensión al valor de la detección de las víctimas, pues en la mayoría de las ocasiones estas son testigos de acciones ilícitas y, por tanto, piezas claves para la condena de los delincuentes.

Estudios de la Red Europea de Migración muestran que la petición de ayuda de las víctimas a las autoridades del Estado es poco frecuente; ello se debe a varias razones como: el control intensivo que los traficantes ejercen sobre ellas, la falta de autopercepción como víctima, incluso cuando la fase de explotación ha sido iniciada, el escaso conocimiento del idioma del país, el miedo a ser identificada como irregular o a la deportación, y el desconocimiento de sus derechos, entre otras.¹⁰ Un punto destacable de la directiva europea es la inclusión de una cláusula de no-persecución de las víctimas que hayan sido obligadas a participar en actividades ilícitas.

En Argentina se asegura a las víctimas el respeto y ejercicio plenos de sus derechos y garantías, proporcionándoles la orientación técnica para el acceso a servicios de atención integral gratuita (médica, psicológica, social, jurídica, entre otras).

Las personas victimizadas son entrevistadas por un psicólogo designado por el tribunal que esté atendiendo su caso y recibidas en una sala para la grabación con medios audiovisuales. El acto puede ser seguido a través de vidrio espejado, micrófono y equipo de video.

Cuando se trata de acciones de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por el profesional que asigne el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.¹¹

Para la atención a los perjudicados, en Perú se cuenta con:

- Guía de atención en centros de atención residencial.
- Albergues para su cuidado y supervisión.
- Tratamiento médico integral. El Ministerio de Salud lo brinda de manera gratuita en todos los establecimientos médicos. El apoyo es articulado con otros sectores como el Ministerio del Interior, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

Asimismo, este país tiene previsto aprobar la propuesta de protocolo para la atención a los dañados por la trata de personas, desde los enfoques

⁹ Mirentxu Jordana Santiago: «La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza».

¹⁰ Revista *CIDOB d'Afers Internacionals*, 2015.

¹¹ Ídem.

de derechos humanos, género e interculturalidad. Se hace alusión también a la capacitación de los profesionales que sistemáticamente atienden a las mujeres víctimas de explotación sexual.

En sentido general se plantea que los especialistas dan atención integral a los afectados y se preocupan por cubrir sus necesidades básicas de alojamiento, vestimenta, salud, educación, y se organizan talleres de danza, deporte, arte, manualidades, etcétera.

En Cuba, entre otras acciones, la Fiscalía General de la República (FGR) sostiene comunicación y da seguimiento y soporte a todas las víctimas de la trata y delitos conexos.

La Dirección de Protección de la Familia y Asuntos Jurisdiccionales de la FGR «ofrece atención a niños, niñas y adolescentes, particularmente a los que resultan de delitos o violencia de cualquier índole. Todos los menores de edad, perjudicados por el delito de Corrupción de Menores u otros que presentan elementos del delito de trata de personas, tienen en la fiscalía el control, seguimiento y atención necesaria, a sus necesidades, y se acciona con la familia y las autoridades que correspondan en cada caso».¹² Asimismo, los fiscales visitan de forma sistemática las instituciones de asistencia social destinadas a niños sin amparo filial, con vistas a efectuar evaluaciones referidas al respeto y protección de sus derechos y ante cualquier quebrantamiento de la legalidad.

Desde el mismo momento en que se ponen en conocimiento de la Policía Nacional Revolucionaria o por otra vía, hechos de este tipo cometidos contra niñas, niños y adolescentes, se les ofrece un tratamiento diferenciado que comprende el acompañamiento permanente por oficiales de la Dirección de Atención a Menores del Ministerio del Interior (Minint) y de otros órganos especializados de ese ministerio, así como por funcionarios del Instituto de Medicina Legal, en los casos que se requieran.

Para la atención a las víctimas de delitos funcionan tres Centros de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes (CPNNA) ubicados en las provincias de La Habana, Santa Clara y Santiago de Cuba.

En los territorios donde no existen, para realizar la exploración, se auxilian principalmente de especialistas de los Centros de Evaluación, Análisis y Orientación de Menores (CEANOM) y los psicólogos de los equipos multidisciplinarios y áreas de salud, los cuales son preparados adecuadamente en las metodologías de trabajo utilizadas en estos casos.

La Dirección de Atención a Menores del Minint se ocupa, en coordinación con los Servicios de Psiquiatría Infanto-Juvenil de los hospitales

¹² «Informe de Cuba sobre la prevención y enfrentamiento a la trata de personas y la protección a las víctimas», 2019, p. 3.

pediátricos y los centros comunitarios de Salud Mental pertenecientes al sistema nacional de salud y la consulta especializada en psicología y psiquiatría infanto-juvenil, de dar seguimiento especializado a los infantes y adolescentes víctimas de estos delitos.

Vale destacar que también se protege debidamente la identidad de los afectados, evitando la divulgación de la información que pueda traer consigo su identificación.

En el informe de Cuba sobre la prevención y enfrentamiento a la trata de personas y la protección a las víctimas, presentado ante los organismos internacionales correspondientes en 2019, se hace mención a ocho menores perjudicados en 2018, los cuales se incorporaron a sus centros de estudio, culminaron su curso escolar sin contratiempos y desarrollan una vida normal. «El único niño víctima del delito de corrupción de menores con elementos de trabajo forzado, estudia en la escuela de oficios y recibe el apoyo total de su familia, la comunidad y el seguimiento de la Fiscalía General de la República como vía para asegurar su protección en la sociedad».¹³

A modo de resumen

Los jóvenes participantes en el estudio consideran la trata de personas como una de las mayores vulneraciones a los derechos humanos de los seres humanos, que debe ser enfrentada con efectividad a través de todos los medios posibles.

A su juicio, ese delito se torna un fenómeno complejo, muy extendido en el planeta, aunque no lo aprecian así en el caso de Cuba. La mayoría estima que en la sociedad cubana no constituye un problema social, aun cuando de hecho puedan presentarse algunos casos.

El estudio puso de manifiesto que la percepción del riesgo es muy baja entre la población juvenil por lo que es fundamental ofrecerle mayor información sobre sus disímiles aristas, que le permitan comprender mejor su alcance y consecuencias nefastas.

Si bien es necesario continuar avanzando en el tratamiento a las víctimas de la trata, en los países estudiados se realizan ingentes esfuerzos por devolverles en alguna medida sus vidas y reinsertarlas a la sociedad.

Los resultados obtenidos muestran lo necesario de advertir las causas que la provocan, que en no pocas ocasiones se relacionan con desigualdades y vulnerabilidades sociales.

¹³ Ídem.

Bibliografía

- ALVARADO, KAREN ANDREA; BERNARDO ROMERO-VÁZQUEZ Y GABRIELA AGUADO-ROMERO: «Trata de personas, un fenómeno delictivo transnacional: Alemania e Israel», revista *Espiga* 17, No. 35 (junio, 2018). www.researchgate.net. Consulta: 16 de mayo de 2022.
- CASTRO BURUNATE, JESSICA Y LILIAN KNIGHT ÁLVAREZ: «Trata de personas: tolerancia cero», *Bohemia*, abril, 2019. www.bohemia.cu/. Consulta: 11 de abril de 2021.
- Código de Procedimiento Penal de Alemania*, República Federal de Alemania, 1987. www.oas.org. Consultas: 13 de julio de 2021 y 16 de mayo de 2022.
- Código Penal de Alemania*, República Federal de Alemania, 1998. www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609/. Consulta: 13 de septiembre de 2021.
- Código Penal de la República del Perú*: [lpderecho.pe/código-penal-peruano-actualizado/](http://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/). Consulta: 9 de julio de 2021.
- Código Penal y Código Procesal Penal de Argentina. Modificación*. www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/marco-legal.html. Consulta: 13 de julio de 2020.
- ESTRADA ZEPEDA, BEATRIZ EUGENIA: *Estudio Jurídico Social sobre Trata de Personas en Guatemala*, Fundación Sobrevivientes, 2009.
- Gaceta Oficial No. 33, extraordinaria, 2 de agosto de 2017.
- GUNDERSON, CONSTANCE: «Human Trafficking: The trafficking of women in northern Germany for the purpose of sexual exploitation», Alemania, 2012. www.revistas.uned.ac.cr. Consulta: 16 de mayo de 2022.
- HECHAVARRÍA ARGUDÍN, DAMILA: «Trata de personas en Cuba. Una mirada con perspectiva de género», Revista *Sexología y Sociedad*, Año 24, No. 56, junio de 2018.
- Informe de Cuba: «Prevención y enfrentamiento a la trata de personas y la protección a las víctimas 2017», La Habana, 2017, Disponible en: www.minrex.gob.cu. Consultas: 13 de febrero de 2019 y 10 de septiembre de 2021.
- JORDANA SANTIAGO, MIRENTXU: «La lucha contra la trata en la UE: los retos de la cooperación judicial penal transfronteriza». mirentxu.jordana@uab.cat. Consulta: 16 de mayo de 2022.
- Ley 26842 Código Penal-Código Procesal Penal, sanc. 19/12/2012; promul. 26/12/2012; publ.27/12/2012, <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/marco-legal.html>. Consulta: 5 de septiembre de 2021.
- Ley 30251, Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas del Código Penal, Artículo 153. www.búsquedas.elperuano.pe/

- normas legales/decreto-supremo-que-aprueba-el plan-nacional-contra-la-trata-decreto supremo-n017-2017-in-1530366-1/. Consulta: 5 de septiembre de 2021.
- Ley 62, Código Penal de la República de Cuba. www.parlamentocubano.gob.cu/. Consulta: 5 de septiembre de 2021.
- «Manual para la lucha contra la trata de personas», Programa Mundial contra la trata de personas, Naciones Unidas, Nueva York, 2009. www.unodc.org. Consulta: 16 de mayo de 2022.
- MEDINA CUENCA, ARNEL: «Los delitos contra el normal tráfico migratorio y otras figuras afines, desde una perspectiva cubana», La Habana. www.eumed.net/tesis-doctorales/2014/amc/trafico-trata-personas.htm/. Consulta: 24 de septiembre de 2021.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito: *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas*, Guía de Autoaprendizaje, Costa Rica, 2010.
- POMARES CINTAS, E.: «El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECP 13-15, 2013.
- Programa Mundial contra la Trata de Personas, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, «Manual para la Lucha contra la Trata de Personas», 2007.
- Protocolo de Palermo, 25 de diciembre de 2003. www.ohchr.org/. Consulta: 3 de mayo de 2020.
- Requena Espada, Laura; Andrea Giménez-Salinas Framis y Manuel de Juan Espinosa: «Estudiar la trata de personas. Problemas metodológicos y propuestas para su resolución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, España, 2012. criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-13.pdf/ Consulta: 16 de octubre de 2020.
- Revista *CIDOB d'Afers Internacionals*, No. 111, diciembre, 2015. www.cidob.org. Consulta: 16 de mayo de 2022.
- SANTOS BARRERA, ROSA MARÍA: «La trata de personas, sus modalidades e implicación en las relaciones internacionales». Tesis presentada al Consejo Directivo de la Escuela de Ciencia Política de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.
- SOMMER G., CHRISTIAN: «Trata de personas en Argentina. Sus recientes implicancias de persecución y asistencia a las víctimas», www.scielo.org.mx/. Consulta: 16 de octubre de 2020.
- ZHULALI DE ANDRÉS, EDLIRA: «Trata de personas: crimen de lesa humanidad, determinación del injusto penal de organización criminal». Tesis de Licenciatura, Granada, Editorial Comares, 2009.

TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. ESTUDIO DE CASO

Administrative proceedings and procedures. Case Study

Lic. Elena Rojas Estévez

Resumen

Se aborda la cuestión de los trámites y procedimientos tomando como punto de referencia la legislación cubana sobre arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios, al constituir esta un ejemplo claro del tema objeto de estudio en el presente artículo.

Palabras clave: trámites, procedimientos, simplificación administrativa, principio de buena fe.

Abstract

Since housing, room and space renting is a clear example of the principal subject matter that we are analyzing in this article, procedures and formalities related to this topic are treated in this work, taking into consideration what is established about it in Cuban legislation.

Key words: Formalities, Procedures, administrative Simplification, good faith Principle.

Introducción

Acerca de la cuestión del *trámite y procedimientos* y la necesidad de su limitación, resulta ilustrativa la cita que a continuación se reproduce:

El procedimiento administrativo no puede concebirse como una carrera de obstáculos, que ha de salvar el particular para conseguir la resolución de un expediente, ni tampoco como curioso entretenimiento de los burócratas, consistente en coleccionar documentos, pólizas, estampillas y diligencias para dejar constancia de los hechos más nimios o de trámites absolutamente irrelevantes; cierto

es que la forma es la superación del caos, *pero el formalismo es la descomposición de la forma*. Cuanto más se simplifica una forma, más se la ennoblece.¹

En la literatura revisada se conceptualiza el trámite como acción y efecto del verbo tramitar, del latín *tramitis* («camino»), compuesto por los pasos o diligencias necesarias para arribar a un resultado, y se aplica en general tal denominación a las gestiones burocráticas o papeleos necesarios para obtener una respuesta de la Administración Pública e iguales para todos, para no violar la igualdad jurídica.² Es el conjunto de pasos o la serie de acciones regulados por el Estado y llevados a cabo por los usuarios para obtener un determinado producto, garantizar la prestación adecuada de un servicio, el reconocimiento de un derecho, la regulación de una actividad de especial interés para la sociedad, o la debida ejecución y control de acciones propias de la función pública, con el propósito de facilitar el ejercicio de los derechos ciudadanos.³ Se trata de cualquier tipo de actuación orientada a la consecución de un fin en diferentes espacios, ya sea laboral, académico, bancario, institucional u otros, la que por lo general es de obligatorio cumplimiento y donde la formalidad puede estar en un rango de lo muy sencillo a un conjunto de procedimientos complejos, requeridos de un prolongado periodo de tiempo.⁴ Es una gestión o diligenciamiento que se realiza para obtener un resultado, en pos de algo, o los formulismos necesarios para resolver una cosa, lo cual habitualmente se realiza en las administraciones públicas y en menor escala en el sector privado, diversos y permanentes como parte del desenvolvimiento del ciudadano en una sociedad organizada, lo cual determina la existencia de muchos organismos públicos creados a tal fin.⁵ Es la actuación que implica una acción o conjunto de acciones para lograr obtener un beneficio o cumplir con una obligación en ámbitos como los de la educación, legales, financieros, o de salud, entre otros.⁶ En los trámites se involucran costes de tiempo y/o dinero, tanto para quienes los solicitan como para aquellos encargados de llevarlos a término, y se transforman en algunos casos, en

¹ Laureano López Rodó, refiriéndose a la simplificación de trámite e incremento de la productividad en el discurso de presentación en las Cortes de la Ley de Procedimientos Administrativos, pronunciado en la sesión de 15 de julio de 1958.

² DeConceptos.com, 2022, <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/tramite>

³ Cámara de Comercio de Bogotá. www.ccb.org.co/Preguntas-frecuentes/Tramites-registrales/Que-es-un-tramite.

⁴ DefiniciónABC, su diccionario hecho fácil, <https://www.definicionabc.com/negocios/tramite.php>.

⁵ <https://es.wikipedia.org/wiki/Tr%C3%A1mite>.

⁶ Paula Nicole Roldán: «Trámite», 2018.

barreras relevantes para el desarrollo y crecimiento, como es el caso de aquellos países con procedimientos y trámites costosos y lentos en la creación de empresas lo que repercute en un menor desarrollo económico.⁷

Además, encontramos la expresión «un mero trámite», usada en el lenguaje cotidiano para comunicar que algo debe realizarse obligatoriamente, aunque no trate de algo difícil y complejo o para indicar que su realización no debería ser fuente de preocupación o inquietud.⁸

A la simplificación se le considera un conjunto de principios y acciones que tienen por objetivo eliminar los obstáculos o costos innecesarios para la sociedad que genera el inadecuado funcionamiento de la administración pública. Abarca todos los aspectos vinculados con el desarrollo de procedimientos y servicios administrativos prestados en exclusividad por las entidades públicas, componente del proceso de modernización de la gestión pública, proceso permanente caracterizado por la continua redefinición de sus objetivos y por su integración sistémica en las entidades públicas.⁹ También se le considera una de las principales guías para la acción seguida por estas entidades como herramienta para orientar de la mejor manera la prestación de servicios que brinda el Estado.¹⁰ Es un problema que afecta a los ciudadanos, en general, así como también de orden económico-empresarial, vinculado en este último supuesto al grado de formalidad institucional económica de la sociedad, donde el Estado ha adquirido unas dimensiones y características que lo tornan complejo, burocrático, costoso y poco transparente, imponiendo barreras considerables con incidencia negativa en el funcionamiento de las actividades entre empresas, línea de razonamiento que lleva a la conclusión de que un mejor funcionamiento de los negocios, sin someterlos a sobre costos innecesarios permitirá que el desempeño dentro de la formalidad sea comparativamente mejor, y ser informal por lo contrario (en las diversas formas en que ello se manifieste) se torne en relativamente inconveniente.¹¹ La simplificación, en suma, es un proceso consistente en eliminar y compactar fases del proceso administrativo, requisitos, trámites en aras de ganar agilidad y oportunidad en la prestación de los servicios públicos o trámites administrativos.¹² Constituye parte integral de los esfuerzos

⁷ Ídem.

⁸ DefiniciónABC.

⁹ William Muñoz Marticorena: «Perú: la simplificación administrativa en el marco del proceso de modernización del estado. Reformas de trámites empresariales», 2011.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Fernando Paredes Núñez: «Simplificación administrativa: Enfoque y líneas de trabajo en materia legislativa», 2005.

¹² Ídem.

realizados por muchos países para mejorar el clima de inversión y la economía global, de manera que la reducción de la burocracia contribuya a la disminución de los obstáculos al desarrollo del sector privado y estimule el crecimiento económico, se reducen o eliminan requisitos administrativos superfluos, permitiendo así que el sector empresarial trabaje con mayor eficiencia y productividad, traducidos en una mayor formalización de la economía local, una mejor supervisión normativa, un mayor cumplimiento de las leyes y normas, y una disminución de las oportunidades de participación en prácticas corruptas.¹³

Se cita la expresión simplificación administrativa además, para referirse a una pluralidad de actuaciones necesarias por parte de la administración, las que pueden agruparse en categorías tales como: simplificación *normativa*, dirigida a reducir la complejidad del sistema normativo; simplificación *orgánica*, que conduce a mejorar las estructuras u organizaciones públicas; y simplificación *procedimental*, mediante la que se pretende intervenir sobre los procedimientos administrativos para hacerlos menos complejos y más eficientes, bifurcada, a su vez, en dos vertientes: la simplificación de los trámites contenidos en cada procedimiento, y la simplificación del número de procedimientos existentes.¹⁴

Desarrollo

Un buen ejemplo, si bien no el único, sobre la carrera de obstáculos ya aludida en la cita con la cual comenzamos este texto, que puede representar la realización de un determinado trámite o procedimiento, lo ha constituido en Cuba la legislación sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios.

Limitaciones relacionadas con la extensión de los artículos, impiden abordar otras áreas como la compraventa, donación, permuta, etcétera, donde se reiteran similares formas de proceder.

En este sentido, la muestra objeto de estudio lo constituye una gran parte de la legislación puesta en vigor sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios, incluso aquella ya derogada, en orden cronológico, si bien, no en todo su detalle, por lo menos dentro del cuerpo del artículo, para no hacer demasiado incómoda la lectura.

¹³ Sislen, David; Taimur Samad; Sarah Anthony; Luke Haggarty; Igor Artemiev: «Agilización de los trámites burocráticos en Lima. Cómo se beneficia el clima de inversión con la simplificación municipal», 2007, p. 1.

¹⁴ Eduardo Gamero Casado: «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado», 7 y 8 de febrero de 2014.

Comenzamos con la norma especial de superior jerarquía reguladora de la figura del arrendamiento: La Ley 65, «Ley General de la Vivienda», de 23 de diciembre de 1988, la cual en el Artículo 74 autoriza a los propietarios de viviendas a celebrar, al amparo de lo establecido en la *legislación civil* común, contratos de arrendamiento de hasta dos habitaciones con o sin servicio sanitario propio, mediante precio libremente concertado y sin someterse a aprobación previa alguna, sometiéndose a los tribunales de lo civil los litigios producidos como consecuencia del ejercicio de esta actividad.

Una modificación inicial al Artículo 74 la introduce el Decreto-Ley 171/97 sobre el «Arrendamiento de Viviendas Habitaciones o Espacios», de 15 de mayo de 1997. En el Por Cuanto Tercero del decreto-ley se fundamenta el cambio a partir de la necesidad de lograr un control estatal sobre esta actividad para evitar conductas ajenas al propósito del arrendamiento.

Expresa el Artículo 74 modificado: «Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común, *viviendas*, habitaciones con servicio sanitario propio o sin él, y *otros espacios* que se consideren parte integrante de una vivienda, mediante precio libremente concertado, *previa inscripción en la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente*». La modificación introdujo la *previa inscripción* en la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente, como requisito para poder arrendar, es decir, se transita de la posibilidad del arrendamiento sin la necesidad de la aprobación previa ya referida, a la obligatoriedad de su inscripción previa, con el ya declarado propósito de lograr un mayor control estatal que permita evitar comportamientos ajenos a la letra de la norma.

En el Artículo 74 modificado se introduce el tema de las prohibiciones, y en el Capítulo II se ponen en vigor un sistema de contravenciones/multas.

Es preciso llamar la atención sobre el Artículo 19 de este cuerpo legal relacionado con el tema de los recursos, donde se recoge que contra lo resuelto en Apelación no cabrá Recurso alguno en lo administrativo ni en lo judicial,¹⁵ donde se aprecia un desplazamiento hacia el Derecho Administrativo, definiendo este como el conjunto de normas jurídicas que regulan la relación existente entre el Estado y particulares-personas naturales-subordinados, donde no prevalece por tanto el acuerdo de

¹⁵ Como excepción está lo dispuesto mediante la primera de sus Disposiciones Finales donde al darse la posibilidad, incluso, de la *confiscación* de la vivienda, mediante Resolución fundada del director provincial de la Vivienda en que se encuentre ubicada la vivienda, habitación o espacio, puede intervenir la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular correspondiente, ante la ocurrencia reiterada de determinadas contravenciones.

voluntades y donde los órganos e instituciones a través de los que actúa la administración pública, tienen como nota distintiva, la capacidad para actuar con prerrogativas o poderes superiores a los que poseen los particulares. De ahí que cabe preguntarse acerca de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento y lo relativo, en este sentido, a su celebración *al amparo de lo establecido en la legislación civil común*, según continúa expresando, no obstante, el modificado Artículo 74.

Una referencia al Derecho Administrativo de Roberto Dormi indica: «El Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios que rigen el ejercicio de una de las *funciones del poder*, la administrativa. Trata sobre el circuito administrativo del obrar administrativo».¹⁶

La Resolución No. 255/97 del Instituto Nacional de la Vivienda (INV), de 29 de mayo de 1997, puso en vigor el Reglamento sobre el Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones o Espacios del Decreto-Ley 171/97.¹⁷ La previa inscripción en la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente, devenida requisito previo para el arrendamiento, se formaliza ahora a través de un incorporado documento nombrado *Escrito de Solicitud*, donde se debe aportar todo un conjunto de información (las generales del propietario, número de identidad permanente, así como los datos de otros copropietarios si los hubiera; dirección de la vivienda; partes de la vivienda que serán objeto del arrendamiento y facilidades con que cuentan. Si la vivienda se pretendiere arrendar en su totalidad, se le consignará además su dimensión en metros cuadrados, tanto del área construida como del exterior. Si se pretendiere arrendar espacios también se consignará la dimensión de estos en metros cuadrados; tipo de moneda (as) en la cual se cobrará; que el solicitante ni ninguno de sus convivientes ejercen la actividad por cuenta propia o transportista; firma del propietario, y fueren copropietarios la firma de estos).

Al documento, además, se anexan otros, producto a su vez de otros trámites a realizar, así como otras exigencias: Título que acredite la propiedad de la vivienda; Sello de Impuesto sobre Documentos por valor de diez (\$ 10) pesos; Certificación del Banco Popular de Ahorro, o en su caso, del Banco Nacional de Cuba de *estar al día* en el pago del crédito bancario otorgado para la adquisición de la vivienda, o el último recibo de pago en el que se haga constar la liquidación de dicho crédito; Certificación de la autoridad competente cuando se trate de arrendamientos en Zonas de Alta Significación para el Turismo o Especiales, si correspondiere.

¹⁶ A. Castanedo Abay: «Nociones generales acerca de la Administración Pública, como objeto de estudio y regulación jurídica del Derecho Administrativo», p. 13.

¹⁷ Gaceta Oficial No. 5, extraordinaria, 29 de mayo de 1997.

En caso de arrendar la vivienda en su totalidad y el propietario fuera a residir a otro lugar con su núcleo familiar o convivientes, este deberá consignar en el escrito de solicitud la dirección del inmueble donde vaya a residir. Y si este proviene de otros territorios del país y pretende domiciliarse por un periodo mayor de 90 días en una vivienda de la ciudad de La Habana, entonces se requerirá el cumplimiento de lo establecido en el Decreto 217 sobre «Regulaciones Migratorias Internas para Ciudad de La Habana y sus contravenciones» de 22 de abril de 1997, el que es aplicable también para los que, dentro del propio territorio de la ciudad de La Habana, pretendan domiciliarse en los municipios de La Habana Vieja, Centro Habana, Cerro y Diez de Octubre, excepto que la vivienda del propietario esté ubicada en el mismo municipio. Admitida la solicitud de inscripción, la Dirección Municipal de la Vivienda radica un expediente y se pronuncia sobre su *procedencia o no*. Si procede se le comunica al propietario para que se persone en el Registro de Contribuyentes de la Oficina de la Administración Tributaria Municipal correspondiente a su domicilio para su inscripción, sin lo cual no se le podrá conceder el documento acreditativo de la inscripción.

Por último, el Capítulo V «Del Contrato del Arrendamiento», de la resolución, detalla en su Artículo 21, las formalidades del contrato de arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios.

Y en ese camino ascendente entró en vigor la Resolución 320/01 del INV¹⁸ la cual en su Por Cuanto Segundo expresa que mediante la Resolución 7 del INV de 22 de febrero de 2000 se había establecido un Código de Conductas a los arrendadores de viviendas, habitaciones o espacios en el que se establecían conductas que, sin constituir delitos ni infracciones administrativas contempladas en el Decreto-Ley 171, eran propiciadoras de conductas socialmente inaceptables y moralmente incompatibles con los principios de nuestra sociedad (una especie de Código de Ética) y aunque se le reconoce «eficacia en su observancia», en el Por Cuanto Tercero, no obstante, se plantea que en el transcurso de su vigencia se ha probado también la necesidad de establecer reglas de obligatorio cumplimiento por los arrendadores y se detallan a continuación prohibiciones, medidas a aplicar, autoridades facultadas y recursos. El procedimiento de inconformidad excluye la vía judicial. Es decir, se transita de un Código de Conductas, especie de Código de Ética, a una norma esencialmente restrictiva.

Con posterioridad la Resolución 270/03 del INV¹⁹ derogó las referidas resoluciones R/320/01 y la R/255/97. En el Por Cuanto Quinto expresa

¹⁸ Gaceta Oficial No. 6, extraordinaria, 20 de junio de 2001.

¹⁹ Gaceta Oficial No. 12, extraordinaria, 15 de julio de 2003.

que *el surgimiento de tendencias y conductas negativas* (viviendas como casa de citas u otras prácticas que favorecen la prostitución, el proxenetismo, el desmedido enriquecimiento, afectación a la moral) que desvirtúan la esencia del arrendamiento, lo cual requiere según expresa en su Por Cuanto Sexto perfeccionar el control de esa actividad y evitar su desnaturalización.

Para la limitación o eliminación de estas tendencias y conductas negativas y la perfección del control se dispuso, entre lo que consideramos más significativo, lo siguiente: La *Solicitud* por parte del propietario, de la inscripción en la Dirección Municipal de la Vivienda del arrendamiento, se especifica ahora, que debe ser personal y mediante una *Declaración Jurada* ante el funcionario designado en la que constarán las generales del o los propietarios precisadas hasta el detalle (nombres y apellidos, edad, estado civil, número de identidad permanente, centro de trabajo, profesión u oficio); la exigencia de declarar todas las áreas comunes de la vivienda y el área de cada una en metros cuadrados, aun si lo que solicita arrendar es habitaciones y espacios (es lo mismo que si se arrendara la vivienda completa); si ha ampliado la vivienda en los últimos tres años; si no tiene intención de salir del país por más de tres meses; si tienen antecedentes penales el propietario o sus convivientes y centro de trabajo u ocupación de cada miembro del núcleo que sea mayor de edad.

Con relación a los documentos que se anexan a esta declaración, se exigen: certificación del banco en el que conste la *liquidación de la deuda* contraída con el Estado para la adquisición de la vivienda (aquí se obliga a la liquidación del crédito con el banco, contra la posibilidad anterior de solo estar al día en el pago del crédito bancario); aval del centro de trabajo firmado por su jefe inmediato superior, si fuera trabajador, donde conste su ocupación laboral y valoración de su conducta; certificación de antecedentes penales del propietario y sus convivientes mayores de edad; croquis y dictamen emitido por el arquitecto de la comunidad, sobre habitabilidad y metraje; certificación de la Dirección Municipal de Trabajo y Seguridad Social de que el promovente y sus convivientes no son cuentapropistas ni transportistas; y autorización de la Dirección Municipal de Trabajo y Seguridad Social para prestar servicios gastronómicos.

Se produce la inserción de un nuevo mecanismo, colectivo, para la autorización del arrendamiento, con potestad para denegar la inscripción, una comisión, en cada municipio, integrada por representantes de la Dirección Municipal de la Vivienda y designados por el director municipal, el que la presidirá, y oír el parecer de aquellas instituciones que se considere necesario para tomar la decisión si autoriza la inscripción del arrendamiento o no.

Se introducen o precisan nuevos *impedimentos* para otorgar la autorización del arrendamiento:

- a personas residentes permanentes en el exterior, aunque se encuentren temporalmente en Cuba;
- que manifiesten que saldrán del país por más de tres meses o por cualquier vía se conozca que emigrará;
- a personas que adquirieron la propiedad de la vivienda por asignación estatal con posterioridad al 1 de julio de 2001, o la hayan ampliado o construido con posterioridad al 20 de junio de 2001.
- a quienes no tengan una conducta acorde con la moral y las buenas costumbres en la comunidad o en el centro de trabajo. En la comunidad ha de hacerse extensivo este aspecto a todos los convivientes.
- los casos donde los propietarios o sus convivientes tengan antecedentes penales, estén en procesos judiciales o cumplan o hayan cumplido sanción por delitos que lo dañan moralmente ante la opinión pública;
- arrendar viviendas completas en divisa (lo que es solo posible en caso de que sea a cubanos residentes permanentes en el país);
- que se pretenda arrendar por habitaciones y estas sean más de dos;
- si el solicitante o sus convivientes incurrieron en algunas de las contravenciones u otras violaciones previstas en la legislación de la vivienda, o se encuentren en proceso por dichas violaciones;
- si el arrendamiento es por habitaciones y se solicita arrendar la misma cantidad que posee la vivienda;
- si el arrendamiento implica una reducción del espacio y resulte que el núcleo familiar dispondría de menos de 10 metros cuadrados por persona;
- a los que con anterioridad se le haya cancelado de oficio o a instancia de parte el arrendamiento;
- cuando al arrendar la vivienda completa el núcleo familiar del arrendador pase a vivir en condiciones de hacinamiento; y
- si el solicitante o sus convivientes fueron cuentapropistas y por cualquier causa le fue cancelada la licencia.

En caso del que arriende la vivienda completa y fuera a residir a otro lugar con su núcleo familiar, ahora tiene además que aportar el croquis de esta, relación nominal y ocupación laboral de quienes viven en la misma, además de que todo cambio de domicilio del arrendador que esté en este caso, debe ser informado a la Dirección Municipal de la Vivienda y constar en el expediente de arrendamiento.

Por su parte, la Dirección Municipal de la Vivienda practicará todas las diligencias investigativas necesarias para:

- hacer una caracterización socio-laboral del o los solicitantes y sus convivientes, incluyendo o tomar el criterio, por escrito, del jefe del solicitante sobre la conducta de este.
- verificar la autenticidad de los documentos ofrecidos y de la información aportada o que no siendo aportada se estime necesaria para el cumplimiento de los requisitos que por el presente se establecen y tomar el criterio, escrito, de las organizaciones sociales y de masas de la comunidad; y
- realizar informe conclusivo.

A pesar de todo ese despliegue de obstáculos, *nuevas conductas y tendencias ilegales*, y la necesidad de su enfrentamiento efectivo, determinan la puesta en vigor del Decreto-Ley 233/03, de 2 de junio de 2003,²⁰ modificativo de la Ley 65, «Ley General de la Vivienda», con otra redacción para su Artículo 74.

Un giro en lo que hasta ahora había tenido lugar se presentó con la Resolución 346/05, de 18 de noviembre de 2005,²¹ nuevo reglamento en vigor sobre el «Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones o Espacios». En su Por Cuanto Quinto expresa:

Logrados los objetivos de ordenamiento y depuración que fueron razón de ser del referido reglamento se hace necesario dictar una nueva norma capaz de adaptar la actividad al momento histórico concreto que vive hoy nuestro país e introducir *nuevos conceptos* en la actividad que se regula, todo esto con el *objetivo de perfeccionar la misma y de simplificar el trámite a la población*»

Posteriormente se dictaron otras regulaciones, pero hasta aquí fueron recogidas en la muestra, por reunir las características de servir de ejemplo de un proceder que más que obstáculos, necesitó de un análisis de las causas de las continuas violaciones y de otras vías para su superación.

Las tablas que a continuación se aportan tienen el objetivo de brindar una información resumida que facilite la comprensión y una mejor visualización de lo que hasta este momento ha sido descrito.

²⁰ Gaceta Oficial No. 12, extraordinaria, 15 de julio de 2003.

²¹ Gaceta Oficial No. 34, extraordinaria, 26 de diciembre de 2005.

Tabla 1
Resumen Artículo 74. Modificaciones

Norma	Artículo 74
Ley 65, «Ley General de la Vivienda», de 23 de diciembre de 1988	Se autoriza a los propietarios de viviendas a celebrar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común, contratos de arrendamiento de <i>hasta dos habitaciones</i> con o sin servicio sanitario propio, mediante precio libremente concertado y <i>sin someterse a aprobación previa alguna</i> . Los litigios que surjan con motivo del arrendamiento de habitaciones se someterán a los tribunales de lo civil.
Decreto-Ley 171/97 sobre el «Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones o Espacios», de 15 de mayo de 1997	Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común, <i>viviendas, habitaciones</i> con servicio sanitario propio o sin él, y otros espacios que se consideren parte integrante de una vivienda, mediante precio libremente concertado, <i>previa inscripción</i> en la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente.
Decreto-Ley 233/03, de 2 de junio de 2003	Los propietarios de viviendas podrán arrendar, al amparo de lo establecido en la legislación civil común, <i>viviendas, hasta dos habitaciones con servicio sanitario propio o sin él, y otros espacios</i> que se consideren parte integrante de una vivienda, mediante precio libremente concertado, <i>previa autorización</i> de la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente.

La siguiente tabla resume los fundamentos de hecho que sirvieron de fundamento a cada una de las normas promulgadas y donde de forma clara se marca la ineficacia de las diferentes normativas, a pesar de la instrumentación de prácticas cada vez más restrictivas:

Tabla 2
Fundamentaciones

Norma	Fundamentación
Decreto-Ley 171/97 sobre el «Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones o Espacios», de 15 de mayo de 1997	Necesidad de lograr un control estatal para evitar conductas ajenas al propósito del arrendamiento.

Norma	Fundamentación
Resolución 320/01 del INV	Necesidad de establecer reglas de obligatorio cumplimiento por los arrendadores.
Resolución 270/03 del INV	Surgimiento de tendencias y conductas negativas.
Decreto-Ley 233/03, de 2 de junio de 2003	Nuevas conductas y tendencias ilegales, y la necesidad de su enfrentamiento efectivo.

Lo señalado para el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios se repitió en la permuta, la donación y otras temáticas, también súper reguladas y violadas y vueltas a regular y violar, todo lo cual necesita ser estudiado con profundidad, aun cuando esta normativa ya no se encuentre vigente.

En un acercamiento a la legislación de países ubicados en el entorno latinoamericano se observa la presencia de normas especiales, mayormente con un rango normativo de leyes, que tienen por objeto la cuestión del trámite y su simplificación, como parte de la comprensión del costo social que representa el exceso de trámites y procedimientos administrativos.

Entre los contenidos abordados en ellas, nos referiremos al principio de buena fe, por su relación con el hecho de que la aparición de conductas impropias en la realización de un determinado trámite no provoca ni su paralización, ni su complejización.

Venezuela, mediante el Decreto No. 1.423, 17 de noviembre de 2014,²² regula minuciosamente el principio, para lo cual se destina un Capítulo, el No. II, llamado Presunción de Buena Fe, según el cual, en su Artículo 24, en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se tomará como cierta la declaración de las personas interesadas, salvo prueba en contrario, si bien se aclara que los trámites administrativos deben rediseñarse para lograr el objetivo propuesto en la generalidad de los casos. Se determina que los trámites deben ser estructurados de forma tal, que el solicitante deba consignar los instrumentos probatorios o de verificación de requisitos solo a los efectos de control y seguimiento, y en ocasión posterior al resultado de la tramitación, sin que dicha consignación impida el cumplimiento del objeto del trámite, exceptuando razones de seguridad de la nación o la imposibilidad de verificación posterior de la información.

En consecuencia el Artículo 25 dicta que los órganos y entes de la Administración Pública sujetos a la aplicación de este decreto no exigirán a

²² Decreto No. 1.423, 17 de noviembre de 2014, Nicolás Maduro Moros, Presidente de la República.

las personas interesadas pruebas distintas o adicionales a aquellas expresamente señaladas en él, y el Artículo 26 plantea que los órganos y entes de la Administración Pública se abstendrán de exigir algún tipo de prueba para hechos que no hayan sido controvertidos, pues mientras no se demuestre lo contrario, se presume cierta la información declarada o proporcionada por la persona interesada en su solicitud o reclamación.

El Artículo 27 autoriza la aceptación por la Administración Pública de instrumento privado en sustitución de instrumento público y de copia simple o fotostática en lugar de original o copia certificada de documentos que hayan sido protocolizados, autenticados o reconocidos judicialmente, salvo los casos expresamente previstos. También, a través del Artículo 31 se da la posibilidad a los órganos y entes de la Administración Pública, en sus respectivas áreas de competencia, de realizar un inventario de los documentos y requisitos cuya exigencia pueda suprimirse de conformidad con la presunción de buena fe, aceptando en sustitución de los mismos las declaraciones juradas realizadas por las personas interesadas o su representante con carta poder.

En Ecuador, la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, de 10 de octubre de 2018, define para este contenido los principios de Control posterior, Presunción de veracidad y Responsabilidad sobre la información.²³

El principio de Control posterior se define por la verificación, por regla general, del cumplimiento del ordenamiento jurídico aplicable a un trámite administrativo con posterioridad al otorgamiento de la correspondiente autorización, permiso, certificado, título habilitante o actuación requerida en virtud de un trámite administrativo, empleando mecanismos meramente declarativos determinados por las entidades y reservándose el derecho a comprobar la veracidad de la información presentada y el cumplimiento de la normativa respectiva. Si de la verificación resulta que la misma no se sujeta a la realidad o que ha incumplido con los requisitos o el procedimiento establecido en la normativa para la obtención de la autorización, permiso, certificado, título habilitante o actuación requerida en virtud de un trámite administrativo, la autoridad emisora de dichos títulos o actuación podrá dejarlos sin efecto hasta que el administrado cumpla con la normativa respectiva, sin perjuicio del inicio de los procesos o la aplicación de las sanciones que correspondan de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, lo cual no impide la implementación de mecanismos de control previo con el fin de precautelar la vida, seguridad y salud de las personas.

²³ Artículo 3, Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, 10 de octubre de 2018.

El de Presunción de veracidad dice que, salvo prueba en contrario, los documentos y declaraciones presentadas por las y los administrados, en el marco de un trámite administrativo y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, se presumirán verdaderos, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales por faltar a la verdad en lo declarado o informado.

El principio de Responsabilidad sobre la información alude a la responsabilidad exclusiva de las y los administrados por la veracidad y autenticidad de la información proporcionada en la gestión de trámites administrativos.

Nicaragua, a través de la Ley No. 691, «Ley de Simplificación de Trámites y Servicios en la Administración Pública», de 30 de julio de 2009, Artículo 8, bajo la denominación de principio de Veracidad de la información,²⁴ sanciona que la Administración Pública presumirá las declaraciones, documentos, intervenciones y actuaciones de los usuarios como verdaderas, bajo advertencia al usuario que en caso contrario el trámite y resultado final de la gestión quedará sin validez alguna y se podrá proceder por la vía legal correspondiente cuando así lo amerite.

Desde otros referentes teóricos podemos acercarnos al tema de la excesiva regulación jurídica de las relaciones sociales y a lo que nos conduce, de lo cual lo expresado con relación a procedimientos y trámites es un ejemplo, examinado a través de una parte de lo establecido en materia de arrendamiento de viviendas y otros espacios en Cuba.

Narciso Cobo Roura en «Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio» señalaba cómo toda norma encierra una expectativa de conducta, así como encierra o tutela un determinado valor y donde puede pasar que se establezcan determinadas conductas cuya exigencia resulte, por el contrario, disfuncional y generadora de contradicciones. De ahí que el cumplimiento o incumplimiento de una norma constituye un indicador, nada despreciable, de qué tan acertada o errada fue la elección del modelo de conducta a seguir. Indicador este, según el autor, al que no se le ha prestado la debida atención, lo cual genera un costo social, por ejemplo, la corrupción, y constituye uno de los fenómenos que afectan nuestra transición socialista.²⁵

Finalmente concluye: «El Derecho tiene que ser capaz de detectar sus propias frustraciones normativas y suprimirlas. Por ejemplo, la cuestión de la *compra-venta de la vivienda*. Es ilusorio suponer que, por haberla

²⁴ Artículo 8, Ley No. 691, «Ley de Simplificación de Trámites y Servicios en la Administración Pública», de 30 de julio de 2009, publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 144, 3 de agosto de 2009.

²⁵ Narciso Cobo Roura: «Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio», pp. 128-129.

regulado de forma casi prohibitiva en nuestra norma, no va a tener lugar. Ha continuado, y de paso ha contaminado a tantos ciudadanos como no somos capaces de imaginar. En Derecho no puede razonarse de esa forma; este tiene que fluir, para contribuir a la transformación, para desempeñar un papel dinamizador. En cambio, ocurre lo contrario, lo que afecta el tejido humano, a la sociedad. Todo esto acarrea afectaciones al sistema de valores».²⁶

Desde otro ángulo recordemos a Hans Kelsen cuando se refería a que el orden jurídico no puede evitar todos los conflictos posibles a través de la regulación de la existencia completa del hombre y solo podía someter a este a muy específicas acciones y omisiones «[...] jamás puede el hombre, en la totalidad de su existencia, en el conjunto de sus actos externos e internos, en sus acciones, sus voliciones, sus pensamientos y sentimientos, verse limitado en su libertad por un orden jurídico».

«[...] solo puede considerarse jurídicamente garantizada esa esfera de libertad... en la medida en que el orden jurídico prohíbe que se la intervenga».²⁷

Habermas, por su parte, habla de juridización del mundo social/colonización del mundo de la vida producido al someter historias de vida y formas de vivir concretas y contextualizadas a una burocratización y monetarización abstractas, donde la regulación jurídica destruye la dinámica orgánica y los patrones internos de autoproducción y autoreproducción de las diferentes esferas sociales (economía, familia, educación, etc.), lo que promueve la desintegración social, descaracterizándose a sí mismo y a las esferas sociales que regula, y produciendo una falta de interdependencia y comunicación entre los diferentes subsistemas sociales.²⁸

Frederic Munné, uno de los autores del llamado pensamiento complejo, en la dialéctica entre orden y caos alerta acerca de un «[...] excesivo orden social que provoca la transformación del sistema».²⁹

En esta matriz de pensamiento, Pilar Jiménez Alcocer dice: «El sistema jurídico ha de poder conjugar un alto grado de complejidad interna para responder a las demandas de otros subsistemas sin colapsarse, es decir sin quebrar su propia coherencia interna o la integración de sus decisiones».³⁰

²⁶ *Ibidem*, p. 157. Esta cita es anterior a la autorización de la compraventa de viviendas.

²⁷ Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*, 1928.

²⁸ Boaventura Sousa Santos: «Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática», 2003.

²⁹ Frederic Munné: «Complejidad y Caos: más allá de una ideología del orden y el desorden», 1995.

³⁰ Carlos María Cárcova: «Complejidad y Derecho», 1998.

Boaventura Sousa Santos lo resume así: «De alguna manera vivimos en sociedades con una doble crisis: crisis de regulación y crisis de emancipación»,³¹ con el agravante de que para nuestros problemas modernos no tenemos soluciones modernas, lo cual otorga un carácter transicional a nuestro tiempo, donde se impone «[...] un esfuerzo muy exigente por reinventar la emancipación social».³² Tarea urgente en tanto, la sobreutilización del Derecho da lugar, por el contrario, a una pérdida de su centralidad como fuente de legitimidad del Estado.³³

El doctor Jorge Luis Acanda sugiere: «La concepción de la política, que vincula el poder como imposición, debe complementarse con otra que la vincule con el consenso. Es decir, con la capacidad de ese poder de instalarse en la producción espiritual de la sociedad, con el objetivo de conformarla de acuerdo con sus intereses. Que permita, por tanto, extender el campo de lo político a todas las instancias y estructuras que socializan a los individuos, ya que desde este se consolida el poder o se le desafía».³⁴

Para finalizar, consideramos que la excesiva regulación de las relaciones sociales a través del Derecho, la no atención oportuna al indicador de la ineficacia normativa, el deslizamiento hacia el Derecho Administrativo en aras de intentar lograr a través de mecanismos cada vez más restrictivos la eficacia jurídica de la norma y la conducta (valores) que con ella se pretende establecer, contribuye, entre otros, a la producción de efectos tan nocivos para las sociedades como es el de la corrupción, lejos del cumplimiento del objetivo de la norma.

Tener en cuenta el principio de buena fe daría la oportunidad de atacar las violaciones de lo establecido y evitar el colapso del sistema jurídico cuando es sometido a presiones que dañan considerablemente su validez producida por una notoria falta de eficacia.

³¹ Boaventura Sousa Santos: «La Sociología de las Ausencias y la Sociología de las Emergencias: para una ecología de saberes», en *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*, 2006.

³² Ídem.

³³ Boaventura Sousa Santos: «Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática», 2003.

³⁴ O. S. D'Angelo Hernández: *Autonomía integradora y transformación social: El desafío ético emancipatorio de la Complejidad*, 2004.

Bibliografía

- CÁRCOVA, CARLOS MARÍA: «Complejidad y Derecho». https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10348/1/doxa21-2_05.pdf, 1998.
- CASTANEDO ABAY, A.: «Nociones generales acerca de la Administración Pública, como objeto de estudio y regulación jurídica del Derecho Administrativo», *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, t. II.
- Cobo Roura, Narciso: «Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio», *Temas* No. 50-51: 126-162, abril-septiembre de 2007.
- D'ANGELO HERNÁNDEZ, O. S.: *Autonomía integradora y transformación social: El desafío ético emancipatorio de la Complejidad*, 2004.
- GAMERO CASADO, EDUARDO: «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo adecuado», IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014, https://www.academia.edu/9429492/Hacia_la_simplificacion_de_los_procedimientos_administrativos
- KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho*, 1928.
- LÓPEZ RODÓ, LAUREANO: «Discurso de presentación en las Cortes de la Ley de Procedimientos Administrativos», pronunciado en la sesión de 15 de julio de 1958.
- MUNNÉ, FREDERIC: «Complejidad y Caos: más allá de una ideología del orden y el desorden». <http://smcomplejidad.com/complejidad-y-caos-mas-alla-de-una-ideologia-de-orden-y-del-desorden/>, 1995.
- MUÑOZ MARTICORENA, WILLIAM: *Perú: la simplificación administrativa en el marco del proceso de modernización del estado. Reformas de trámites empresariales*. http://repositorio.ucss.edu.pe/bitstream/handle/UCSS/113/Mu%c3%b1oz_William_libro_2011-II.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- NICOLE ROLDÁN, PAULA: «Trámite». Economipedia.com <https://economipedia.com/definiciones/tramite.html>, 4 de noviembre, 2018.
- PAREDES NÚÑEZ, FERNANDO: «Simplificación administrativa: Enfoque y líneas de trabajo en materia legislativa». http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/centro_doc/ivirtuales/simplificacion_administrativa.pdf.
- SISLEN, DAVID; SAMAD TAIMUR; ANTHONY, SARAH; HAGGARTY, LUKE; ARTEMIEV, IGOR: «Agilización de los trámites burocráticos en Lima. Cómo se beneficia el clima de inversión con la simplificación municipal». Enero, 2007, No. 99, *en breve*. http://siteresources.worldbank.org/INTENBREVE/Newsletters/21243589/Jan07_99_RedTapeLima_SP.pdf.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: «La Sociología de las Ausencias y la Sociología de las Emergencias: para una ecología de saberes», en *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*. Agosto, 2006. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/santos/Capitulo%20I.PDF>.

SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: «Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática», Artículo en formato PDF www.ces.uc.pt/bss/index.htm, 2003.

Legislación

Ley 65, «Ley General de la Vivienda», 23 de diciembre de 1988.

Decreto-Ley No. 171/97 sobre el «Arrendamiento de Viviendas Habitacionales o Espacios», 15 de mayo de 1997.

Decreto-Ley No. 233/03, 2 de junio de 2003.

Decreto No. 1.423, 17 de noviembre de 2014, Nicolás Maduro Moros Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. http://www.saren.gob.ve/wp-content/themes/wordpress_saren_theme/descargas/leysimplificaciontramites.pdf

«Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos», 10 de octubre de 2018, Ecuador. <https://www.fomentoacademico.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/ley-de-optimizacio%C3%81n-de-tramites-administrativos.pdf>.

Ley No. 691, «Ley de Simplificación de Trámites y Servicios en la Administración Pública», 30 de julio de 2009, Nicaragua. <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b34f77cd9d23625e06257265005d21fa/bb5293d9dbca322b0625765b004fe8e8?OpenDocument>.

PROCESO LEGISLATIVO

CREACIÓN NORMATIVA: ANÁLISIS DEL ESCENARIO NACIONAL E INTERNACIONAL

Normative creation: National and international scene analysis

MSc. Daimig Sánchez de la Torre
Lic. Elena Rojas Estévez

Resumen

Se aborda la creación normativa a partir de la caracterización de los procesos cubano y foráneo, resultado de una investigación llevada a efecto por las autoras con el propósito de contribuir al desarrollo de la profunda labor legislativa en curso en el país.

Palabras clave: Creación normativa, evaluación legislativa, evaluación ex-ante, evaluación ex-post, calidad de las normas jurídicas, mecanismos de control de eficacia.

Abstract

The topic concerning normative creation, is approached through this investigation based on Cuban and foreign characterization process ; this is the result of a study developed by the authors in order to contribute to the development of the deep legislative work that is taking place in our country at present.

Key words: Normative creation, legislative evaluation, ex-before evaluation, ex-post evaluation, legal quality norms, efficiency control mechanism.

Introducción

Con la finalidad de contribuir –desde nuestros modestos esfuerzos– a la labor que realiza la Dirección de Legislación del Ministerio de Justicia (Minjus) en la búsqueda de mejores prácticas y la determinación de indicadores de calidad de las normas jurídicas, el Centro de Investigaciones

Jurídicas llevó a cabo la investigación titulada: «El modelo cubano de creación normativa: apuntes para su perfeccionamiento».

El presente artículo se conformó a partir de los resultados finales obtenidos en la mencionada investigación, relativos a la caracterización del proceso de creación normativa cubano y al análisis de las legislaciones foráneas. Nuestro escenario actual, matizado por una profunda transformación de las bases jurídicas del Estado y del fortalecimiento institucional, advierte la necesidad de sistematizar y actualizar el proceso de creación o elaboración normativa, como se denomina indistintamente, para que este se adecue a las nuevas exigencias.

La caracterización del proceso cubano de creación normativa

Como se ha reiterado, el escenario cubano, desde el ámbito jurídico está caracterizado por una transformación legislativa significativa e intensa, marcado además por profundos análisis que han permitido replantearse el proceso de construcción de las normas, implementándose para ello nuevos mecanismos de participación.

El nuevo texto constitucional en su Artículo 165 establece que las leyes y decretos-leyes que emitan la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) o el Consejo de Estado, según corresponda, entran en vigor en la fecha que, en cada caso, determine la propia disposición normativa. Que las disposiciones jurídicas independientemente de su rango, siempre que sean de interés general, deberán publicarse en la Gaceta Oficial de la República. La misma norma hace referencia expresa a la ley que en su momento regule el procedimiento a seguir para la elaboración, publicación y entrada en vigor de las disposiciones normativas.

Es precisamente esa remisión expresa a una norma de desarrollo lo que constituye una novedad, pues se aspira a contar con un cuerpo normativo que aglutine y uniforme el proceder a seguir para dos momentos importantes del acontecer legislativo, la elaboración de la norma y su posterior publicación y entrada en vigor, debido a que su discusión y aprobación, como momento también de este proceso, estará determinado según el rango de la norma en estudio.

Al encontrarnos en un proceso de transición y perfeccionamiento constante de nuestro ordenamiento jurídico, la actividad legislativa se encuentra aún regida por diversas disposiciones normativas, tales como:

Acuerdo del Consejo de Estado (12 de noviembre de 2012): procedimiento para la elaboración, aprobación y publicación de las normas jurídicas

emitidas por el Consejo de Estado y el Consejo de Ministros, relacionados con la implementación de los Lineamientos.

Entre los aspectos más sobresalientes se encuentran: establecimiento de reglas para la interrelación de los órganos y organismos involucrados en la labor legislativa; carácter planificado, pues el proceso debe estar en correspondencia con la proyección estratégica aprobada; elaboración de todas las regulaciones que se requieran para la instrumentación legal de una política basada en una adecuada economía procesal; agilización y flexibilización de los plazos en los distintos trámites que integran el procedimiento legislativo. Se establece además la derogación expresa y para el caso que implique modificación parcial se deberá actualizar y hacer concordar. Las comisiones creadas al respecto poseen un grupo jurídico que es el responsable de la elaboración del proyecto.

Ley No. 131, «Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado». En relación con el procedimiento legislativo, el Artículo 120 regula el proceder ante la iniciativa legislativa de la Asamblea Nacional del Poder Popular. En tal sentido, establece que cuando considere oportuno legislar sobre un tema que no ha sido objeto de proyecto de ley debe elaborar sus bases, establecer los principios fundamentales que considere tratar en la legislación. Fijar conceptos, finalidad y alcance. Se encarga dicho proyecto a quien se considere, según iniciativa legislativa, como órgano u organismo correspondiente.

Por su parte, el Artículo 121 establece el requerimiento para quien promueve la iniciativa legislativa de designar un ponente para que lo represente en la tramitación del procedimiento. Mientras el Artículo 122 prevé los aspectos a considerar en la fundamentación de los proyectos de ley.

Uno de los aportes de esta legislación lo constituye la facultad del presidente de la asamblea de crear grupos de trabajo conformados por diputados y especialistas para informar si el anteproyecto cumple los requisitos establecidos (Artículo 123.2).

El Artículo 125 establece las fases del procedimiento legislativo. Dos elementos a destacar en este proceso lo constituyen la publicidad que se le da a los proyectos desde el mismo momento que son admitidos, se encuentran disponibles en el sitio web de la asamblea para ser revisados por todos aquellos que así lo deseen. Este aspecto se conjuga además con la participación ciudadana, al acceder a los proyectos a través de los canales habilitados oficialmente y emitir o formular dudas, inquietudes, sugerencias y propuestas al respecto, las cuales son analizadas por la comisión que se crea para ello en correspondencia con el Artículo 135.

Concluido el proceso de análisis se hacen correcciones por las comisiones de conjunto con el ponente y se informa al presidente los resulta-

dos obtenidos (Artículo 131). Después de las correcciones realizadas al proyecto se remite al Consejo de Estado para su análisis (Artículo 133), órgano encargado en proponer su presentación en sesión plenaria para su debate o devolverlo para subsanación por insuficiencias detectadas (Artículo 134).

En las sesiones de la asamblea se realizan encuentros previos de análisis de los anteproyectos, se escuchan a los ponentes de cada una de las propuestas legislativas, se coordina el mayor número de encuentros con distintos sectores (operadores, destinatarios y diputados de diferentes regiones del país).

En cuanto al control constitucional conferido a la ANPP, en virtud del Artículo 108 de la Constitución, se establece que el mismo puede recaer en cuestiones de forma (inobservancia del procedimiento establecido) y de contenido (contradicción total o parcial de lo dispuesto en la Constitución).

El Artículo 156 hace referencia a quienes pueden promover la declaración de inconstitucionalidad. Se regulan, además, los requerimientos del escrito de cuestión de inconstitucionalidad además del proceder de la asamblea. Estas mismas reglas serán válidas para el control de legalidad (Artículo 168).

Ley No. 134/2020, «Ley de Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros». En virtud de esta normativa se logra regular de manera orgánica, sistémica y unitaria, la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros en correspondencia con las prescripciones constitucionales.

Sobre el tema en estudio, la normativa distingue entre el proceder conforme a la potestad reglamentaria del Consejo de Ministros y su facultad de iniciativa legislativa ante la Asamblea Nacional del Poder Popular.

En relación con el procedimiento reglamentario del Consejo de Ministros se establece en el Artículo 35 que las disposiciones reglamentarias (decretos y acuerdos) que emite no pueden vulnerar lo establecido en la Constitución, las leyes, los decretos-leyes y los decretos presidenciales, ni regular las materias que la Constitución y las leyes reconocen como competencia de otros órganos estatales, provinciales o municipales.

Por su parte, en el Artículo 36 se enuncian las instancias con iniciativa reglamentaria ante el Consejo de Ministros.¹ Mientras en el precepto que le precede se establecen los requerimientos del procedimiento a seguir para hacer efectiva su iniciativa reglamentaria ante este órgano.²

¹ Ver Artículo 36.

² Ver Artículo 37.1.

Es precisamente este órgano quien determina la procedencia o no de la propuesta presentada, así como designa los responsables de la redacción del proyecto de disposición reglamentaria, estableciéndose además la exigencia de estudios, informes y consultas en la fase de elaboración como elementos previos y necesarios, conforme a los artículos 38; 39 y 40.

En el caso de que dichas disposiciones se refieran a derechos e intereses de las personas, se consigna en el Artículo 45 la posibilidad de su divulgación con la finalidad de conocer las diversas opiniones al respecto. Una vez que es concluido el proyecto, se remite al Ministerio de Justicia, acompañado de un resumen del expediente con las actuaciones para que dictamine sobre su pertinencia y legalidad (Artículo 42).

Cumplidos los trámites anteriores, el Primer Ministro presenta el proyecto al Consejo de Ministros, que, de ser adoptado, se dispone entonces la emisión del decreto correspondiente.

En relación con la iniciativa de proyectos legislativos se establecen las instancias que pueden presentar a este órgano propuestas para el ejercicio de la iniciativa legislativa.³ En el Artículo 89 se disponen los requerimientos para proceder con dicha propuesta de iniciativa legislativa.⁴ Una vez presentada y aceptada la propuesta, el Consejo de Ministros determina los responsables de la elaboración del proyecto, para el cual, al igual que en el procedimiento de potestad reglamentaria será exigido (Artículo 91), cuantos estudios, informes y consultas se estimen necesarios, los que se integrarán al expediente correspondiente. Concluida su redacción y previo a la presentación ante el consejo es remitido al Minjus para que determine su pertinencia y legalidad, según el Artículo 92. Posteriormente se presenta al Consejo de Ministros para su aceptación, de ser aprobado se procederá conforme a la Constitución y a las leyes.

Decreto No. 62 de 30 de enero de 1980. Normas de publicación en la Gaceta Oficial, el cual, entre otros aspectos, define los elementos que determinan el carácter general de las disposiciones legales emitidas por los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado (OACE), su forma de publicación y entrada en vigor. Cabe señalar la facultad otorgada al Ministerio de Justicia en el apartado sexto de examinar las disposiciones de carácter general que se publican en la Gaceta Oficial, para en el caso de detectar alguna irregularidad, comunicarla al Consejo de Ministros o a su Comité Ejecutivo.

Acuerdo del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2018. Instituye nuevos elementos de técnica legislativa y reglas de redacción aplicables a los proyectos normativos de cualquier rango.

³ Ver Artículo 88.

⁴ Ver Artículo 89.1.

Resolución No. 223 de 2018 del Ministerio de Justicia. Metodología para la elaboración de resoluciones e instrucciones. De esta manera se logra uniformar la técnica a utilizar en la redacción de todos los tipos de normas jurídicas que se originan en los distintos órganos y organismos del Estado y los de la sociedad en su conjunto, marcando un paso de avance en este sentido.

Resolución 403/2021, «Metodología para la Elaboración de Dictámenes de Proyectos de Disposiciones Normativas». Aplicable a los dictámenes de proyectos de disposiciones normativas dictadas por los órganos del Estado facultados expresamente por la Constitución de la República de Cuba y las resoluciones e instrucciones que dictan los jefes de los órganos, organismos de la Administración Central del Estado y de los órganos locales del Poder Popular, los directores o presidentes de las organizaciones superiores de dirección empresarial, empresas, empresas filiales, unidades empresariales de base, unidades presupuestadas, otras entidades nacionales y aquellas autoridades facultadas expresamente por la ley.

Otro progreso notable durante esta etapa, fue también la aprobación de la política para el perfeccionamiento de la actividad legislativa en el país (2019), con la cual se le daba continuidad a la diseñada por el Consejo de Ministros en 2016, estableciéndose los principios que han de regir esta actividad.

Con este acercamiento a lo legislado en torno al tema hemos apreciado:

Aspectos positivos

- El proceso de creación normativa cubano se encuentra en construcción y perfeccionamiento, enriqueciéndose con elementos nuevos que se incorporan desde la práctica. Un ejemplo de ello son las consultas a expertos y especialistas que se realizaron previa a la presentación del anteproyecto del Código de las Familias a la asamblea.
- Aún latente cierta dispersión normativa sobre el tema, aunque se ha ganado en estructura y organización. Se han derogado algunas normativas, y se han emitido nuevas disposiciones, en este grupo algunas se encuentran sujetas a evaluación.⁵
- La fase prelegislativa ha ganado en reconocimiento legal. Los estudios, conciliaciones previas y consultas a expertos, entre otros, son exigidos para la presentación del anteproyecto.

⁵ Ver Acuerdo del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2018 sobre «Metodología para la elaboración de las Disposiciones Jurídicas», Disposición Especial Única y Ley No. 134, «Ley de organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros». Disposición Transitoria Única.

- La fase legislativa (deliberación, aprobación, promulgación y publicación) posee una regulación detallada de cada uno de esos momentos.
- Los mecanismos de control constitucional y de legalidad, la publicidad y transparencia del proceso, la participación ciudadana y la elaboración de dictámenes por parte del Minjus de los proyectos, así como la capacitación y actualización constante de operadores jurídicos, diputados y directores, entre otros, son algunos de los aportes que han coadyuvado a un salto cualitativo de nuestro proceso legislativo.

Aspectos negativos

- No aparece reglado un procedimiento para la elaboración, aprobación y promulgación de las normas (resoluciones e instrucciones) que los organismos de la Administración Central del Estado y demás instancias con potestad reglamentaria. Consideramos que a la par de las disposiciones metodológicas ya emitidas y referidas con anterioridad, el Minjus debiera dotar a estas disposiciones de menor jerarquía de un proceso reglado por el que transiten desde su génesis hasta su publicación, teniendo en cuenta asimismo las normas internas de la administración para la circulación y discusión de las disposiciones propuestas. No olvidemos que las resoluciones constituyen las disposiciones normativas más socorridas para instrumentar cambios y soluciones a problemas concretos que presenta la sociedad de una forma más ágil, regulándose a través de ellas un abanico de aspectos que en ocasiones están contenidas en normas de mayor rango. De lo cual se desprende la necesidad de uniformar, hacer público y transparente su proceso de creación.
- La fase poslegislativa está omitida en los cuerpos normativos. Esta fase no solo en Cuba sigue siendo un aspecto casi olvidado o poco visualizado, en el análisis de legislaciones foráneas se ha podido constatar su incipiente desarrollo, sin embargo, las experiencias aportadas en este sentido por algunos países han sido traídas a colación en el presente trabajo.
- Se carece de un mecanismo de control de la eficacia de las normas promulgadas. Aún pendiente la implementación de un mecanismo que permita dar seguimiento o control de la aplicación de las disposiciones normativas vigentes para constatar el grado de eficacia en la consecución de los objetivos.

- Consideramos oportuno consolidar los indicadores que contribuyan a la calidad de la elaboración de las disposiciones jurídicas, así como la creación de una entidad especializada cuya finalidad sea la de evaluar la calidad de las normas de manera periódica y sistemática, a partir de estudios socio-jurídicos que entre otros aspectos analicen su eficacia, grado de cumplimiento, el nivel de consecución de los objetivos previstos y los resultados obtenidos. Esa entidad pudiera fungir también como instancia rectora y coordinadora de estas investigaciones, pues las mismas podrían ser solicitadas a centros de investigaciones y a las universidades, según sea el caso, y deberá mantener un vínculo estrecho con los órganos u organismos que han emitido esas disposiciones. Dicha entidad pudiera pertenecer al Minjus, pero en todo caso, no debiera supeditarse a la Dirección de Legislación, que debido a las funciones asignadas desempeña un rol trascendental en el proceso de elaboración de las normas.

Análisis de legislaciones foráneas

En este marco se sometieron a estudio un conjunto de legislaciones foráneas, así como otras bibliografías sobre la determinación de las *vías o los mecanismos de control de eficacia* que a continuación exponemos, si bien no en su totalidad, en tanto excede el límite establecido para publicaciones de este tipo y que son las siguientes:

Evaluación legislativa, en sus dos variantes: ex ante y ex pos

A grandes rasgos, podemos caracterizar su estado actual de la siguiente manera:

- La evaluación legislativa es un concepto novedoso y reciente para la doctrina.
- Son pocos los órganos legislativos en los que esta se efectúa de forma organizada y sistemática.
- Se carece, además, en sentido general, de una metodología sistematizada que evalúe los procesos legislativos.

Según señala Javier Pardo, la evaluación legislativa es «una expresión con la que se quiere hacer esencialmente referencia al análisis interdisciplinar de los efectos de los actos legislativos. A través de la misma se pretende, pues, controlar la *calidad* de la ley, es decir, como también se ha

apuntado, su acierto, adecuación, técnica, incluso, entendida pues dicha calidad en su sentido más alejado de la posibilidad de un control jurisdiccional tal y como este es ejercido todavía en la actualidad. Se trataría en consecuencia, ha de insistirse, de un control de su *racionalidad*, lo cual presupone desde luego su *factibilidad*».⁶

Las evaluaciones se han clasificado, en términos generales, bajo dos supuestos esenciales: evaluación *ex ante* y evaluación *ex pos*.

La primera se refiere a los procesos de elaboración y diseño de la norma y su objetivo es analizar, señalan Alejandra Riveros y Flavio Cortés, los efectos y externalidades que podría generar la aplicación de una ley, lo cual puede constituir una herramienta provechosa para la toma de decisiones.⁷

Visualización creciente de la necesidad de procedimientos de evaluación ex pos para analizar los impactos de la regulación y propiciar la rendición de cuentas de las autoridades.

La evaluación *ex pos*, concepto incipiente en muchos países, tiene como meta determinar si el marco regulatorio vigente ha cumplido con los objetivos deseados, si la regulación fue suficientemente eficiente y eficaz en su implementación y en qué medida los impactos esperados y no esperados de la intervención regulatoria se concibieron adecuadamente, así como también el tema de la obsolescencia, lo cual determina la necesidad de su inclusión entre las funciones centrales de las instituciones regulatorias, elemento esencial de una legislación de alta calidad.

En Colombia, las comisiones de regulación son, principalmente, las que aplican la evaluación *ex pos* de las regulaciones y son las que deben emprender revisiones de sus marcos regulatorios cada tres años, de acuerdo con el Decreto 2696 de 2004, y publicarlas en sus sitios web en los cinco días hábiles después de enviar al Presidente de la República la evaluación completa.⁸ La revisión debe incluir un análisis de impacto del marco regulatorio en general, junto con una evaluación de la sostenibilidad, la viabilidad y el dinamismo del sector, indicando el efecto de las regulaciones en vigor y el modo en que han afectado tanto al sector priva-

⁶ Javier Pardo Falcón: «La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado Autonómico Español», 1989.

⁷ Alejandra Riveros y Flavio Cortés: «Un enfoque de gestión para mejorar la eficacia legislativa en Chile», 2015.

⁸ Fuente: CRA (2010), Evaluación general del marco regulatorio, Bogotá, y CRC (2007), Impacto del marco regulatorio en su conjunto, en relación con la sostenibilidad, viabilidad y dinámica del sector de las telecomunicaciones, Bogotá. En: OCDE (2014): «Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa», <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>, pp. 147-150.

do como a los ciudadanos y la sociedad en su conjunto. Cada comisión de regulación es responsable de preparar los términos de referencia de dicho análisis, que están sujetos a un proceso de consulta.

El Departamento de Evaluación de la Ley de 2010, en Chile, se concibió específicamente para realizar, de una manera sistemática, evaluaciones de leyes *ex pos*.

En España la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del «Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», incorpora la evaluación *ex pos* de las normas y en su preámbulo señala: «en aras de una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento [...] se fortalece la evaluación *ex pos*, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado», señalando a continuación que «resulta esencial un adecuado análisis de impacto de las normas de forma continua, tanto *ex ante* como *ex pos*».⁹

Aparece regulada en su Artículo 130, donde se establece el deber de las administraciones públicas de revisar periódicamente «su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas».

En México, el Artículo 70 de la Ley General de Mejora Regulatoria de 2018, enfoca ambas formas de evaluación y expresa que, para asegurar la consecución de los objetivos de esta ley, los Sujetos Obligados adoptarán esquemas de revisión, mediante la utilización del *Análisis de Impacto Regulatorio* de:¹⁰

I. Propuestas Regulatorias, y

II. Regulaciones existentes, a través del Análisis de Impacto Regulatorio *ex pos*, conforme a las mejores prácticas internacionales.¹¹

⁹ Federico de Montalvo Jääskeläinen: «La evaluación *ex pos* de las normas: un análisis del nuevo modelo español», 2012.

¹⁰ Artículo 66. El Análisis de Impacto Regulatorio es una herramienta que tiene por objeto garantizar que los beneficios de las Regulaciones sean superiores a sus costos y que estas representen la mejor alternativa para atender una problemática específica.

¹¹ Ver Lineamientos para el análisis de impacto regulatorio *ex pos* del Estado de Guanajuato, México, <https://mejoraregulatoria.strc.guanajuato.gob.mx/wp-content/uploads/2022/01/Lineamientos-AIR-ex-post.pdf>

Participación ciudadana. En este sentido, el tema de la eficacia de las normas y, por ende, de sus niveles de calidad, no solo como una preocupación de grupos especializados sino como una demanda ciudadana. Es la práctica ciudadana para exigir rendición de cuentas a la autoridad por el éxito o fracaso de las normas que genera e implementa.

En Venezuela, entre otras legislaciones revisadas, el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional¹² en el Título VIII, Del Protagonismo Popular y la Participación Ciudadana, Artículo 127, Estímulo de la participación popular, establece que:

La Asamblea Nacional estimulará la participación popular con el objeto de consolidar la condición de pueblo legislador, de acuerdo con lo siguiente:

1. Manteniendo comunicación permanente con la ciudadanía, a la cual informará veraz y oportunamente de su actuación, y le rendirá cuenta, a través de los consejos comunales, las comunas, las organizaciones comunitarias, los movimientos sociales organizados y otros espacios o foros creados por la iniciativa popular.
2. Promoviendo la constitución, por iniciativa popular, de los comités de legislación en los sistemas de agregación comunal, como instancias de articulación entre el Poder Popular y la Asamblea Nacional, para el fortalecimiento del parlamentarismo social de calle y el desarrollo del pueblo legislador.
3. Atendiendo y difundiendo las iniciativas legislativas, constitucionales, constituyentes y otras propuestas que se originen en el seno de la sociedad.
4. Propiciando las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, así como los procesos de consulta popular y el referendo, en los términos que consagran la Constitución de la República y la ley.
5. Garantizando, con la sanción de la ley sobre la materia, la aplicación de las normas sobre participación popular previstas en la Constitución de la República, para lo cual se dotará de la organización, los métodos, medios y mecanismos de funcionamiento necesarios, que garanticen la más amplia participación popular en los procesos de formación de leyes, en el control de la gestión del gobierno y la administración pública y, en general, en todas las materias de su competencia.¹³

¹² Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2016/07/RIDAN.pdf>

¹³ Ver también Artículo 128, Participación de la ciudadanía en las sesiones; el Artículo 101, Consultas durante la formación, discusión o aprobación de leyes y Artículo 112, Tratamiento de las iniciativas de acuerdos de origen popular.

Establecimiento de las disposiciones institucionales para la mejora regulatoria, es decir, un marco jurídico coherente en la forma de una ley o regulación como una manera de construir una base sólida para la estrategia (de mejora regulatoria) mediante la descripción de prioridades, la asignación de responsabilidades en el gobierno y la garantía de rendición de cuentas, etc. Ejemplos de ello son: La Ley General de Mejora Regulatoria (LGMR) de 18 de mayo de 2018 en México,¹⁴ el Decreto No. 202, Ley de Mejora Regulatoria, de 9 de enero de 2019 en El Salvador, y la Ley No. 167-21 de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites en la República Dominicana.

Establecimiento de órganos encargados para la evaluación de las normas. Su necesidad parte de que el órgano de evaluación legislativa puede llevar a cabo una tarea eminentemente técnica que no se solape con el control político, por lo que debe estar integrado en exclusiva por personal cualificado: técnicos o expertos en las materias objeto de análisis y con prestigio probado. Especialización y celeridad en los procesos de evaluación son objetivos esenciales de estos órganos.

El Congreso chileno estableció el Departamento de Evaluación de la Ley de 21 de diciembre de 2010, en este caso, para de una manera sistemática realizar evaluaciones de leyes *ex pos*.

En México, mediante la Ley General de Mejora Regulatoria (LGMR), de 18 de mayo de 2018, se encuentra vigente un Sistema Nacional de Mejora Regulatoria, aunque este tema no se inaugura con esta norma.

La estructura de este Sistema Nacional (Artículo 10) la conforman: I. El Consejo Nacional; II. La Estrategia; III. La Comisión Nacional; IV. Los Sistemas de Mejora Regulatoria de las Entidades Federativas; V. Los Sujetos Obligados, y VI. El Observatorio.

Con el número III, se encuentra la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria, *órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, con autonomía técnica y operativa, la cual tiene como objetivo promover la mejora de las Regulaciones y la simplificación de Trámites y Servicios, así como la transparencia en la elaboración y aplicación de los mismos, procurando que estos generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad* (Artículo 23).

Las funciones de la CONAMER se llevan a cabo en el ámbito nacional y federal.

El Salvador, a través del Decreto No. 202, pone en vigor la Ley de Mejora Regulatoria, de 9 de enero de 2019, la que también establece un

¹⁴ Ley General de Mejora Regulatoria, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo de 2018. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 20-05-2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMR_200521.pdf.

Sistema de Mejora Regulatoria, cuyo objeto, definido en su Artículo 8 será estructurar y coordinar la ejecución de las acciones tendientes a la Mejora Regulatoria. La rectoría del Sistema de Mejora Regulatoria corresponderá al Órgano Ejecutivo, según establece el Artículo 10, por medio del organismo al que corresponda dictar y vigilar el cumplimiento de las políticas de Mejora Regulatoria, el cual gozará de autonomía funcional y técnica, denominado el «Organismo», cuya creación corresponde al Consejo de Ministros.¹⁵

Ley No. 167-21 de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites en República Dominicana (Artículo 27), determina que el Ministerio de Administración Pública (MAP) es el órgano de supervisión y coordinación de la mejora regulatoria y simplificación de trámites y estará a cargo de establecer los lineamientos para garantizar la calidad de las regulaciones y la generación de trámites eficientes, transparentes y ágiles.¹⁶ Se crea, además, el Consejo Consultivo de Mejora Regulatoria, dependiente del Ministerio de Administración Pública (MAP), como organismo consultivo en la coordinación, orientación y políticas de mejora regulatoria y simplificación de trámites (Artículo 29).

Establecimiento de criterios orientadores de evaluación. Son aquellos procedimientos metodológicos y enfoques que se utilizarán para reunir, procesar y evaluar la información; creación de un modelo de evaluación de leyes técnicamente sólido y que pueda repetirse en diversos tipos de normas jurídicas; inclusión gradual de técnicas de cuantificación en las metodologías y mejorar las prácticas de recolección de datos; utilizar técnicas diversas para comprender las perspectivas ciudadanas relacionadas con las leyes y su impacto, así como el desarrollo de un sistema de establecimiento de prioridades de las leyes a evaluar.

Por último, la *Evaluación sistemática, además de regulaciones, de programas e instituciones para la mejora regulatoria a fin de hacer la regulación más eficiente y efectiva.*

Las exigencias actuales en el ámbito legislativo cubano han permitido conservar aquellas experiencias adquiridas con la aplicación de las normativas aprobadas en el transcurso del tiempo relativas a esta temática, así como enriquecerlas a partir de novedosos métodos que se han implementado de manera gradual. Ello nos permite aseverar que el proceso de creación normativo cubano se encuentra en construcción, basado en una revisión y actualización constante, que le brinda mayor organicidad

¹⁵ Decreto No. 202, Ley de Mejora Regulatoria, de 9 de enero de 2019. *Diario Oficial*, Tomo 422, Número 5, San Salvador, miércoles 9 de enero de 2019.

¹⁶ <https://www.google.com/search?q=Ley+No.+167-21+de+Mejora+Regulatoria+y+Simplificaci%C3%B3n+de+Tr%C3%A1mites+en+Rep%C3%BAblica+Dominicana>.

y sistematicidad. Se evalúan sobre la marcha los resultados que se van obteniendo con su implementación y se van incorporando aquellas propuestas validadas desde la práctica. Un proceso legislativo que se perfecciona a tono con las tendencias doctrinales actuales y a su vez más genuino, pues son un reflejo de nuestra realidad social, económica y política, lo cual está dado por la convergencia de la academia y la práctica como binomio perfecto. No obstante, se han identificado algunos aspectos en los que se debe trabajar, tomando como referente los mecanismos que se vienen implementando a nivel internacional en aras de perfeccionar el proceso de elaboración, publicación y entrada en vigor de las disposiciones normativas y la calidad de las disposiciones jurídicas.

Bibliografía

- CARRILLO GARCÍA, YOEL: «El proceso legislativo interno. Un modelo para sus análisis». Tesis para optar por el grado de Doctor. Santiago de Cuba, julio, 2008.
- _____: «Régimen político y calidad de las leyes en Cuba», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIII, No. 128, mayo-agosto de 2010. <https://www.juridicas.unam.mx>.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO: «La Legalidad Socialista» presentado en el simposio Política, Ideología y Derecho (1985) y publicado en un libro homónimo por la Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1985.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, FEDERICO DE: «La evaluación *ex pos* de las normas: un análisis del nuevo modelo español». https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.36._Federico_de_Montalvo_Jaaskelainen.pdf, 2012.
- OCDE (2014), «Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa, OECD Publishing». <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>.
- PARDO FALCÓN, JAVIER: «La evaluación de las leyes: consideraciones sobre sus fundamentos y posibilidades de implantación en el Estado Autónomico Español», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/03_EST_02pardo.pdf, 1989.
- Resumen Ejecutivo, «La Evaluación de las Leyes en Chile», <https://www.oecd.org/about/50194073.pdf>.
- RIVEROS, ALEJANDRA Y FLAVIO CORTÉS: «Un enfoque de gestión para mejorar la eficacia legislativa en Chile». <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/>

wp-content/uploads/2015/02/descargar-un-enfoque-de-gestion-para-mejorar-la-eficacia-legislativa-en-chile.pdf, 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, YUMIL: *Apuntes sobre el Proceso Legislativo en Cuba*. Asamblea Nacional del Poder Popular, 2020.

Sánchez de la Torre, Daimig; Elena Rojas Estévez; Caridad B. González Díaz; Tania Muñoz Lobato; Gerardo Machado Alfonso: «El modelo cubano de creación normativa: apuntes para su perfeccionamiento». Informe final de investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba, 2019.

«Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio», *Temas*, No. 50-51: 126-162, abril-septiembre de 2007.

Legislación

Cuba

Constitución de la República, 2019.

Acuerdo del Consejo de Estado de 12 de noviembre de 2012.

Acuerdo del Consejo de Estado de 2018, sobre metodología para la elaboración de disposiciones jurídicas (GOC-2018-832-EX76).

Ley No. 131 de 2020 «Ley de organización y funcionamiento de la Asamblea Nacional del Poder Popular y del Consejo de Estado de la República de Cuba» (GOC-2020-49-EX6).

Ley No. 134 de 2020 «Ley de Organización y funcionamiento del Consejo de Ministros» (GOC-2020-931-088).

Decreto No. 62 de 30 de enero de 1980, en el que se definen los elementos que determinan el carácter general de las disposiciones legales emitidas por los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado, su forma de publicación y entrada en vigor.

Resolución 223 de 2018, Ministerio de Justicia (GOC-2018-833-EX76).

Resolución 403/2021 «Metodología para la Elaboración de Dictámenes de Proyectos de Disposiciones Normativas» (GOC-2021-964-EX92).

Foráneas

Ley Orgánica de la Función Legislativa Registro Oficial Suplemento 642 de 27 de julio de 2009 Última modificación: 27 de marzo de 2012. <https://www.google.com/search?q=Ley+No.+167-21+de+Mejora+Regulatoria+y+Simplificaci%C3%B3n+de+Tr%C3%A1mites+en+Rep%C3%BAblica+Dominicana>

- Ley General de Mejora Regulatoria. Nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 20-05-2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMR_200521.pdf
- Decreto No. 202, Ley de Mejora Regulatoria, de 9 de enero de 2019. *Diario Oficial*, Tomo 422, Número 5, San Salvador, miércoles 9 de enero de 2019.
- Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2016/07/RIDAN.pdf>.
- Lineamientos para el análisis de impacto regulatorio *ex pos* del Estado de Guanajuato, México. <https://mejoraregulatoria.strc.guanajuato.gob.mx/wp-content/uploads/2022/01/Lineamientos-AIR-ex-post.pdf>.

DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL

LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS INTERNACIONALES EN LA LEGITIMACIÓN, LOS SUPUESTOS DE REPRESENTACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN MATERIA DE REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

**Legal international legal practices in the
legitimation, representation assumptions and data
protection in the Registration civil state matter**

**MSc. Tania Muñoz Lobato
MSc. Caridad B. González Díaz**

Resumen

El presente artículo es resultado de una investigación realizada en el Centro de Investigaciones Jurídicas a solicitud de la Dirección de Registro Civil y Notarías del Ministerio de Justicia relativa a las prácticas jurídicas internacionales donde se manifiestan categorías jurídicas como la representación y la legitimación en la protección de los datos personales, en este caso en materia del Registro Civil.

El estudio se está en correspondencia con las exigencias de la actualización del Ordenamiento Jurídico Cubano a partir de la promulgación de la Constitución de 2019, en función de los principios y normas establecidas en dicha Carta Magna, relacionado con la búsqueda de formas que puedan enriquecer la propuesta de modernización de la Ley del Registro del Estado Civil y su reglamento.

En el texto se hace énfasis en las particularidades metodológicas del asunto y se comentan sus principales resultados.

Palabras clave: Legitimación, representación, Registro Civil, protección de datos.

Abstract

The present article is the result of an investigation carried out by the Legal Research Center; it was requested by the people who are the responsible

of the task assigned to the Civil Registration and Notaries of the Justice Ministry. This work is related to international legal practices, where we can find legal categories such as the representation and the legitimation in the protection of personal data, in this case, civil registration matter. The research was developed taking into consideration Cuban Legal Ordering updating requirements, based on 2019 Constitution promulgation, according to the principles and norms established in the document previously mentioned, related to the searching of forms that can enrich the proposal of modernization of the Civil State Registration Law and its Regulation

Great emphasis is given in the text to methodological particularities of the subject matter, and some of its main results are commented as well.

Key words: *Legitimation, Representation, Civil Registration, Data Protection.*

Introducción

A nivel global se adquiere cada día mayor conciencia sobre la importancia del Registro del Estado Civil y la protección de los datos que contiene, de ahí que internacionalmente se van implementando novedosos modelos en plena concordancia con las políticas impulsadas por la modernización de la sociedad en los últimos años, propiciando reformas legislativas promotoras en estas materias.

La Dirección de Registro Civil y Notaría del Ministerio de Justicia de la República de Cuba tiene a su cargo la orientación metodológica de la actividad de los registros del estado civil, institución que reviste incuestionable valor, pues a través de ella se garantiza la inscripción de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas naturales.

Con la promulgación de la Constitución de la República de Cuba de 2019, dicha institución registral ha estado sujeta a cambios de la normativa que la rigen, con la elaboración de una nueva ley y su reglamento para regular la actividad, la cual deberá estar acorde con las nuevas exigencias de la sociedad y la modernidad, con la aplicación de principios relativos a la protección de datos, capaces de trascender a la seguridad jurídica de las situaciones y relaciones jurídicas que tienen por objeto en el estado civil de las personas directamente.

El Centro de Investigaciones Jurídicas ha venido desarrollando como línea de trabajo diferentes investigaciones en materia de registros públicos y en especial del Registro del Estado Civil. Por ello se le encomienda

investigar en esta ocasión cómo se manifiestan categorías jurídicas del hacer jurídico internacional, aparejadas a la funcionalidad del Registro del Estado Civil, como la legitimación y supuestos de representación dentro de la protección de datos.

Al respecto se parte del hecho de que la legitimación es un principio rector de la actividad registral, el cual proporciona fidelidad y certeza entre los asientos registrales y, en el caso del Registro del Estado Civil, a los hechos y actos que afectan el estado civil de las personas, los cuales, una vez inscritos, adquieren presunción de exactitud y legalidad, aparejado a la seguridad jurídica proporcionada por esta inscripción a los datos personales en ellas recogidos y las personas legitimadas para la titularidad de estos derechos inscritos y solicitar de ellos la expedición de sus correspondientes certificaciones.

Apuntes de carácter metodológico

Como problema de investigación este estudio se planteó determinar cuáles son las prácticas jurídicas internacionales de la legitimación y los supuestos de representación en la protección de datos personales que en materia del Registro del Estado Civil puedan reflejarse en los cambios que se prevén en la legislación cubana.

De esta manera y de acuerdo con el problema científico trazado, el objetivo general estuvo encaminado a sistematizar las prácticas jurídicas internacionales en la protección de datos con especial atención a la legitimación y los supuestos de representación como categorías presentes en el Registro del Estado Civil.

En tanto se delinearon tres objetivos específicos:

1. Realizar análisis teórico-doctrinal sobre la legitimación y los supuestos de representación, con especial interés en materia registral.
2. Realizar un estudio comparado acerca de las prácticas jurídicas en las legislaciones foráneas de los países seleccionados en cuanto a la legitimación y los supuestos de representación en la protección de datos.
3. Identificar la legitimación y la representación en la protección de datos en materia del Registro del Estado Civil.

Los métodos y técnicas que se emplearon estaban en función del enfoque cualitativo asumido por las posibilidades que brinda para tratar el tema; el método empleado fue de Derecho Comparado, con vistas a establecer en las diferentes normativas de la materia escogida comparaciones

que permitieron aportar soluciones en relación con el objeto de estudio de la investigación, así como el método exegético que permitió la interpretación de los textos legales seleccionados.

Resulta una investigación de tipo exploratoria-descriptiva encaminada a examinar un tema poco abordado, y descriptiva porque permitió conocer cómo se presentan en el hacer jurídico internacional la legitimación y los diferentes supuestos de representación en la protección de datos en materia del Registro Civil.

El diseño de investigación fue no experimental, descriptivo y de enfoque cualitativo.

Se definieron conceptualmente los siguientes términos:

Prácticas jurídicas: En su aplicación para el Derecho encontramos este término como la determinación o identificación de lo que el Derecho dispone para algo en concreto.

Legitimación: Atribuye a una persona una posición o situación de derecho frente a un acto jurídico o una cosa, otorgándole lugar y protección del derecho, aun cuando este hubiera nacido fuera de la órbita legal.

Se define como:

1. Acción de garantizar un funcionario la autenticidad de un documento.
2. Acción de dar carácter legal o lícito a un hecho, situación, u otra cosa.
3. Acto jurídico por el que un hijo natural es reconocido como legítimo.
4. Habilitación de una persona para ejercer un cargo o empleo.¹

Representación: Es una figura jurídica por la cual una persona ejecuta o celebra en nombre de otra, facultada por la propia persona representada o designada por la ley para representarla, y que produce efectos jurídicos de esa actuación en la esfera patrimonial y jurídica del representado.

Datos personales: Es toda aquella información relacionada con la persona que la identifican o la hacen identificable. Dan identidad, describen y precisan. Entre ellos se deben tener en cuenta: edad, domicilio, número telefónico, correo electrónico personal, trayectoria académica, laboral o profesional, patrimonio y número de seguridad social.²

Protección de datos: Es un derecho inherente a la persona; esto es, el bien jurídico tutelado es propio de la persona, y necesario para el pleno desenvolvimiento de su personalidad, en tanto que su vulneración priva a la persona del disfrute y goce de los más significativos derechos y libertades.³

¹ Gran Diccionario de la Lengua Española, 2016.

² Comisión Europea, sitio web.

³ Ana Isabel Herrán Ortiz: «El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información», 2003.

Quedó identificada como única variable:

- Las prácticas jurídicas internacionales en la legitimación y los supuestos de representación en la protección de datos en materia del Registro del Estado Civil.

A los fines de este estudio la práctica jurídica se define como la actividad encaminada a la aplicación de los procedimientos legales establecidos a partir del contenido de las normas jurídicas y su aplicación.

A partir de lo antes expuesto quedaron definidas tres dimensiones con sus respectivos indicadores:

- Fundamentos teórico doctrinales sobre la legitimación y los supuestos de representación.
- Posiciones teórico-doctrinales sobre la legitimación.
- Posiciones teórico-doctrinales sobre los supuestos de representación.
- Reconocimiento de la legitimación en el Derecho Registral.
- Reconocimiento de los supuestos de representación en el Derecho Registral.
- Prácticas jurídicas en las legislaciones foráneas vigentes en materia de protección de datos.
- Identificar las categorías de legitimación y supuestos de representación en las legislaciones de protección de datos.
- Comportamiento de la legitimación y de los supuestos de representación en la protección de datos personales.
- Delimitación de las personas legitimadas para el tratamiento de los datos personales en cuanto a su protección.
- Aplicabilidad de supuestos de representación en la protección de datos.
- Aplicabilidad de la legitimación en la protección de datos.
- La protección de datos en el Registro del Estado Civil.
- Presencia de los principios de la protección de datos en el Registro del Estado Civil.
- Delimitación de la protección de datos en el Registro del Estado Civil.

Población y muestra

El estudio se realizó por interés de la Dirección de Notaría y Registro Civil en las legislaciones foráneas en materia de protección de datos en los países estimados de acuerdo con el criterio de selección.

Método comparativo: Se tomaron en cuenta los siguientes países a partir del interés del cliente:

- Del área de Europa: España y la Unión Europea.

- Del área latinoamericana: Costa Rica, Ecuador, Chile, Perú y República Dominicana.

Análisis de documentos: legislaciones vigentes en relación con la protección de datos en los países seleccionados y del Registro del Estado Civil, tesis de grado y trabajos referentes a las categorías estudiadas.

Resumen de los principales resultados

1. Presupuestos teóricos doctrinales de los supuestos de representación y legitimación. Especial referencia en materia registral.

En nuestro caso se realizó un análisis doctrinal acerca de las categorías jurídicas, partiendo de las diferentes posiciones teóricas existentes en relación con su definición y conceptualización, y sobre todo su vínculo con la rama registral, en la observancia de su empleo en la materia.

En relación con la representación se asumió su definición desde el punto de vista etimológico, la que proviene del latín *representatioonis*, que significa acción y efecto de representar, sustituir a uno o hacer sus veces.⁴ Es una de las instituciones jurídicas que provienen del pasado, razón por la cual el Derecho Romano es de suma importancia para su estudio.

El Derecho Romano ha tenido siempre indudable importancia en países que han experimentado en su ordenamiento jurídico la influencia determinante de sus concepciones, aunque, en relación con la representación, según señala la Doctrina, los romanos no desarrollaron jamás una teoría general de la representación y no admitieron un efecto jurídico directo entre el *dominusnegotti* (titular o mandatario de la gestión) y el tercero con quien el gestor contrata y viceversa como consecuencia del negocio del gestor.

No obstante, no desconocieron los problemas prácticos que se encuentran en la médula del fenómeno representativo, llegando a aceptarla plenamente en toda su extensión en muchos aspectos de su vida jurídica. Pese a que no se conoció la representación en la forma en que se concibe hoy día, aportaron soluciones jurídicas a cada uno de ellos, que brindaron los elementos esenciales que la componen, y permitieron observar la evolución de dicha categoría a través del tiempo.

Así se analizaron las diferentes teorías en relación con la representa-

⁴ Diccionario de Derecho Privado, t. II, p. 3379.

ción, cuya hechura dogmática proviene del Derecho Germano, del cual arranca directamente la actual teoría. De modo que esta doctrina aprovechó el alto nivel científico del Código Civil alemán, en el que se dio una regulación especial a la representación. En torno a ella han surgido muchas teorías que pretenden explicarla. Intentar analizar todas era demasiado abarcador si se tiene en cuenta el objeto de estudio de la investigación, por lo que se mencionaron algunas y se explicaron otras a juicio de los investigadores.

A los efectos de este trabajo se tuvieron en cuenta entonces:

- Teoría de la ficción.
- Teoría del nuncio.
- Teoría de la cooperación.
- Teoría de la sustitución real de la personalidad del representante por el representado.

Luego de las lecturas realizadas, el equipo de investigación coincidió con lo expuesto por Oliveros, quien manifiesta que la representación es un término el cual, en sentido amplio, ha tenido y tiene diversas acepciones; así se puede decir que es una declaración, una expresión o exposición del pensamiento; un símbolo, una figura o una imagen de algo, el nombre antiguo de la obra dramática, la reconstrucción mental de un caso de una situación, etcétera.

En tal sentido se abordaron las concepciones de diferentes autores a partir de ser la representación la posibilidad de delegar dificultades a determinada persona para actuar por cuenta del delegante y la posibilidad de las personas para suplir sus limitaciones, ya sea por falta de capacidad de ejercicio o por la imposibilidad de actuar al mismo tiempo en diversos lugares, o por la imposibilidad que tienen las personas morales de actuar por ellas mismas.

Del análisis pudo resumirse que la representación posee diferentes tipos, formas o clasificación, de acuerdo con las diferentes posiciones doctrinales y los diferentes ordenamientos jurídicos:

- Representación activa y pasiva
- Representación directa e indirecta
- Representación voluntaria y legal
- Representación orgánica

En relación con la legitimación se retomó como antecedente desde su concepción para el Derecho Romano, donde se evidencia que, por lo general, daba lugar a los siguientes resultados: Creaba la patria potestad, daba origen a esa misma potestad sobre los descendientes del legitimado, porque el *paterfamilias* ejercía patria potestad sobre sus hijos y los

hijos de sus hijos, o sea, sobre los nietos, bisnietos, etcétera, introducía en la familia agnaticia a personas que no estaban en ella, y, por último, propiciaba el paso del patrimonio del legitimado al legitimante, porque el patrimonio tenía carácter familiar y, por ende, todo le pertenecía al *paterfamilias*.⁵

Hoy en día el término ha evolucionado y se amplía más allá de la filiación, de ahí que Roca Sastre define la legitimación como aquella apariencia de verdad surgida de un elemento que atribuye una posición o situación especial de competencia o de actuación de una persona en relación con una cosa o derecho, con la materia objeto de un acto o negocio jurídico y cuya posición o situación provoca la confianza a la generalidad de personas.

A partir de esta definición es evidente que actualmente no se puede asociar el término legitimación solo a la idea del reconocimiento de hijos. Al asumirla desde otras aristas, ella atribuye a una persona una posición o situación de derecho frente a un acto jurídico o una cosa, otorgándole lugar y protección del derecho, aun cuando este hubiera nacido fuera de la órbita legal.

De ahí que etimológicamente se vincule con:

1. Acción de garantizar un funcionario la autenticidad de un documento.
2. Acción de dar carácter legal o lícito a un hecho, situación, u otra cosa.
3. Acto jurídico por el que un hijo natural es reconocido como legítimo.
4. Habilitación de una persona para ejercer un cargo o empleo.⁶

Como parte del objeto de estudio se buscó la asociación de la legitimación a la materia registral, con la cual se enlaza atendiendo a que los Principios Jurídicos son fundamentos y pueden ser de dos clases: Principios Generales del Derecho, aplicables a alguna rama del Derecho, que se clasifican a su vez en: Principios del Derecho Administrativo, Principios del Derecho procesal Civil y Principios del Derecho Registral, entre otros. A los Principios del Derecho Registral también se les conoce con el nombre de Principios Registrales y no son los mismos que se consagran en otras ramas del Derecho.⁷

Por ello, la asociación del término legitimación al Derecho Registral, donde adquiere la categoría de principio, poniéndose de manifiesto a través de

⁵ Ilena Arguedas Espinoza y Jonathan Piedra Alegría: «La nueva perspectiva registral de la propiedad inmueble, a partir del Sistema de Información del Registro Inmobiliario (SIRI)», 2014, p. 62.

⁶ Gran Diccionario de la Lengua Española, 2016.

⁷ Fernando Jesús Torres Manrique: «Principios Registrales», en *Derecho y Cambio Social*, Año 4, No. 9.

la presunción de exactitud registral la que se desdobra en dos tipos de presunciones, que son dos aspectos de la eficacia registral. En primer lugar, una presunción *iuris tantum*, en beneficio de todo titular registral, por la que se da al asiento un valor que puede superar la realidad jurídica extrarregistral, mientras no se demuestre la inexactitud del Registro. Es el llamado Principio de Legitimación Registral. Es un principio de cara al titular inscrito.⁸

El principio de legitimación rige algunos ordenamientos jurídicos en materia registral, y es conocido como principio de fidelidad o presunción registral. En virtud de este los asientos registrales se presumen veraces, ciertos, válidos y concordantes con la realidad extrarregistral.

En virtud del principio de publicidad registral, la información contenida en el registro se presume exacta; esta presunción es *iuris tantum* frente a todos, es decir, mientras no se demuestre lo contrario; pero esta presunción se convierte *iuris et de iure* frente a terceros protegidos.

En Cuba es conocido como principio de fidelidad o presunción registral, por efecto de este los asientos registrales se presumen veraces, ciertos, válidos y concordantes con la realidad extrarregistral. Los hechos y actos que afectan el estado civil de las personas y los documentos en que constan, para que tengan valor probatorio deben inscribirse o anotarse previamente en el Registro del Estado Civil como única institución de carácter público investida de facultad estatal para ello, una vez que acceden adquieren presunción de exactitud y legalidad.⁹

Los registradores desempeñan un papel fundamental en la efectividad de la legitimación, pues son los encargados de velar por la concordancia entre los datos que inscriben y su realidad, de ahí que su profesionalización y capacitación sea imprescindible.¹⁰

2. Estudio comparado acerca de las prácticas jurídicas en las legislaciones foráneas de los países seleccionados en cuanto a la legitimación y los supuestos de representación en la protección de datos

En el tratamiento de los datos opera el principio de legitimación en la conformación de su protección, pues si bien es cierto que el responsable de los datos puede realizar un uso de datos en virtud de esta base de legitimación, el interesado también podrá hacer prevalecer sus derechos

⁸ Ídem.

⁹ Alexander Sánchez Velázquez: «Principios de funcionamiento del Registro del Estado Civil en Cuba», p. 73.

¹⁰ Ídem.

y libertades a través del ejercicio del derecho de representación, la que vendrá acompañada del deber de acreditar el contenido de la representación u obtener el consentimiento expreso del representado para el acceso o manipulación de su información personal.

De esta forma la legitimación y la representación están presentes en la esfera registral dando la posibilidad para todos los casos donde opere la licitud, veracidad y certeza de la información registrada.

Independientemente de los instrumentos creados en materia de Registro Civil por los diferentes Estados, dada esta realidad, se ha enfatizado la necesidad de contar con regulaciones que contextualicen la privacidad y la protección de datos personales en los entornos actuales, procurando brindar una arquitectura o ecosistema normativo que permita la tutela de los derechos de sus titulares frente a estas instituciones de carácter público como lo es el Registro del Estado Civil.

Los Estados u otras organizaciones como la Unión Europea han dictado una serie de normativas de las que resulta pertinente realizar un estudio acerca de las prácticas establecidas en lo referente a la legitimación para el tratamiento de datos personales, así como los supuestos de la representación civil que pudieran estar implicados en la obtención, recuperación o modificación de esos datos, con un enfoque hacia los contenidos en los archivos registrales y el tratamiento legislativo para su protección.

Esos instrumentos normativos son de diverso tipo y trascendencia, proponen principios o propuestas generales en su mayoría para la aplicación directa de la protección de datos personales.

Por ello este estudio comparado se conformó en primer término por el marco legislativo y anteproyectos de leyes que regulan la protección de datos personales de países seleccionados, buscando en ellos los indicadores que denotaran la presencia de la representación y la legitimación.

La legislación consultada estuvo conformada por:

COSTA RICA

- Ley No. 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales.
- Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales No. 37554-JP modificado por Decreto ejecutivo No. 40008.

ECUADOR

- Ley orgánica de protección de datos personales (ley vigente desde su publicación en el Registro Oficial, es decir desde el 26 de mayo de 2021).

PERÚ

- Ley No. 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

- Decreto Legislativo No. 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses.
- El Decreto Supremo No. 019-2017-JUS de 2017 reglamenta el Decreto Legislativo Reglamento de la Ley No. 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

CHILE

- Ley 19.628 sobre protección de la vida privada.
- Decreto 779, Reglamento del Registro de Bancos de Datos Personales a Cargo de Organismos Públicos.

REPÚBLICA DOMINICANA

- Ley No. 172-13 que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados. G. O. No. 10737 de 15 de diciembre de 2013.

ESPAÑA

- Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

UNIÓN EUROPEA

- Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En sus disposiciones finales, Artículo 94 deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) con efecto a partir de mayo de 2018.
- Convenio No. 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos.

Basados en el marco jurídico antes expuesto se tuvo en cuenta los siguientes indicadores:

1. Legitimación y supuestos de representación civil.

Sus dimensiones están encaminadas a:

1.1. Presencia e identificación de la práctica jurídica en el caso de la legitimación y los supuestos de representación en la protección de datos.

- Posturas que adopta la legitimación y los supuestos de representación desde la protección de datos de acuerdo con sus diferentes acepciones.
- Comportamiento de la legitimación y los supuestos de representación desde la protección de datos.

1.2. Tratamiento de la legitimación y los supuestos de representación a partir de la protección de datos personales que se encuentren en instituciones públicas.

- Personas legitimadas para el tratamiento de los datos personales.
- Aplicabilidad de supuestos de representación en la protección de datos.
- Aplicabilidad de la legitimación en la protección de datos.

De esta manera el estudio comparado pudo visualizar la aplicabilidad de la legitimación y la representación dentro de la protección de los datos personales, vinculando en las legislaciones estudiadas la legitimación a las personas que pueden tratar los datos personales y a las personas legitimadas como titulares de los mismos.

Se determinó que:

- Las legislaciones referentes a la protección de datos son de carácter general, que engloban categorías o conceptos a aplicar de forma general a todo lo que involucre datos personales, ya sean recogidos, almacenados o transferidos en cualquier formato y que afecten no solo a datos que se obtengan de fuentes privadas o públicas.
- Las legislaciones consultadas se presentan como un derecho de poder de disposición y control sobre los datos personales, facultando a determinadas categorías de personas como autorizadas al tratamiento de los datos personales, los que las legitima para ello a partir de la facultad otorgada por ley.
- Se demuestra, además, el consentimiento como una manera de desplegar la legitimación teniendo en cuenta el reconocimiento al derecho de acceder al tratamiento de los datos personales, así como el reconocimiento a ser informado de quién posee los datos personales, con el derecho incluso de poder oponerse en determinadas situaciones a la posesión y empleo de los mismos para que no sean utilizados con otros fines diferentes de aquellos autorizados, lo que alcanza

también a posibles cesionarios, y, en determinados casos requerir para su rectificación o cancelación si fuese necesario.

- En ellas se infiere una presunción de prevalencia del interés legítimo del responsable de los datos como una de las bases de legitimación que ampara el tratamiento de datos personales, lo que no excluye la necesidad de llevar a cabo un proceso de ponderación respecto a los intereses, libertades y derechos fundamentales del interesado.
- Estas legislaciones en su totalidad esbozan que legítimamente los datos relativos a la persona solo puede revelarlos o utilizarlos para aquellas finalidades que hayan sido autorizadas por la ley o consentidas por los afectados.
- En casos como en las legislaciones de Chile, Perú y República Dominicana se regula para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos privados algunos medios procesales específicos como la acción de *habeas data*, donde aparecen tipos de legitimación procesal en cuanto al sujeto activo y pasivo a intervenir en estos casos.
- Se observa en su generalidad que el titular de los datos posee un derecho genérico a disponer y controlar el uso de los datos o disponer de un representante en su nombre que lo haga por él.
- Para los casos de representantes, atendiendo a las definiciones doctrinales en relación con los tipos de representación, se infiere en todas estas legislaciones el fenómeno a partir de la autorización que puede dar el titular a terceros para la utilización y tratamiento de sus datos, así como supuestos de representación legal, que aunque no se especifica a quiénes se les atribuye esta categoría, se define cuando se hace referencia a titulares de patria potestad o tutores para el caso de tratamiento de los datos personales de los menores.

Características generales de la protección de los datos personales en el Registro Civil

En este caso el equipo de investigación determinó que atendiendo al concepto de protección de datos personales se hace necesario definir que el objeto de la protección de datos como derecho fundamental no se puede reducir solo a los datos íntimos de una persona, pues afecta a cualquier dato proveniente de la persona, sea íntimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos, sean o no fundamentales.

Que los datos posean carácter personal no quiere decir que solamente sean objeto de protección los que afecten la vida privada o íntima de la

persona, pues ellos contemplan a todos aquellos que permiten identificar a la persona o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias su divulgación o vulneración pueda constituir una amenaza para el individuo.

Se puede proclamar que el derecho a la protección de datos es de la personalidad por su condición de derecho inherente a la persona; esto es, el bien jurídico tutelado es propio de la persona, y necesario para el pleno desenvolvimiento de su personalidad, en tanto que su vulneración priva a la persona del disfrute y goce de los más significativos derechos y libertades.¹¹

En Cuba, como parte de la inclusión a estos derechos, fue refrendado en la Constitución el 24 de febrero de 2019 en su artículo 48,¹² ley constitucional cubana que garantiza como principio general la protección a la dignidad humana y el reconocimiento a la tutela de sus datos íntimos, considerando estos como los personales, los que no solo contemplan el nombre, domicilio legal, número de identidad, sino que están en ellos relacionados otros, y parte de ello la necesidad de su regulación en aquellas legislaciones especiales que se regulen donde aparecen acreditados estos derechos.

En este caso existen disímiles instituciones públicas y privadas que recogen y almacenan datos relativos a la persona, pero constituye el Registro del Estado Civil un registro público primario de donde parte la información personal, pues es allí donde se inscribe la persona desde su nacimiento, a lo que se le van sumando atributos y cualidades generales para su identificación.

Como registro público opera el principio de publicidad y en materia de protección de datos personales puede que la privacidad que se protege choque con la publicidad registral, pues tal publicidad de datos de carácter personal puede ser especialmente sensible y afectar la esfera íntima o privada de sus titulares, lo que conlleva inevitablemente a la disposición de un tercero de los datos privados de las personas.

En materia de protección de datos y las legislaciones establecidas al respecto, esa finalidad constituye también un elemento del juicio de proporcionalidad de la publicidad efectiva del dato, de ahí el principio refrendado en la mayoría de ellas referente a la calidad de los datos, los que exigen deben ser adecuados pertinentes y no excesivos, además de ciertos y exactos.¹³

¹¹ Ana Isabel Herrán Ortiz: Ob. cit.

¹² Constitución de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 2019. Artículo 48 que establece: «Todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y voz, su honor e identidad personal...».

¹³ Léase principio de calidad en las leyes de protección de datos seleccionadas a los fines de este estudio: Ley No. 8968, Costa Rica.

El acceso a esos datos registrales solo podrá realizarse sin requerir consentimiento de su titular mientras persiga fines idénticos a los que motivaron su recogida y por tanto puede ser autorizado por el registrador u operador del registro sin mediar tal. Es en este ámbito donde es posible la publicidad registral a partir de la divulgación de la información para la finalidad por la que fue recogida.

Queda claro que como la información contenida en el registro es pública y es para quien tenga interés en conocer sus asientos, la protección de datos impone limitaciones a esa publicidad a partir de establecer que medie un interés legítimo en el acceso a la información personal, límites derivados de la tutela del derecho fundamental a la protección de datos personales.

De manera general se expone en este capítulo que el registrador es el responsable del tratamiento de los datos personales y está legitimado para su almacenamiento por la propia función del Registro Civil al servicio de la seguridad jurídica de la información de la persona.

Las normativas de protección de datos de manera genérica instituyen las garantías que persiguen hacer efectivo el poder de disposición que el derecho fundamental a la protección de los datos personales atribuye a toda persona respecto de los suyos, incluso frente al registro.

En el caso de Cuba, las normas especiales dedicadas a los Registros Públicos¹⁴ y en especial la Ley No. 51, Ley del Registro del Estado Civil y su Reglamento, hacen referencia en sus articulados a la protección al acceso a la información a partir de las medidas de seguridad referentes a los libros que contienen los asientos registrales enfatizando en la no disposición a su acceso por persona ajena al registro o su sustracción fuera de este solo para casos que establece la ley.

Se puede determinar entonces que para el Registro del Estado Civil cubano el registrador posee las definiciones que otorgan otras legislaciones foráneas en materia de protección de datos como el responsable del tratamiento de este, algo que deberá quedar bien determinado para modificaciones futuras de la vigente ley registral cubana como una manera de atemperar el Ordenamiento Jurídico Cubano a las exigencias de la sociedad actual.

Conclusiones

Con los resultados de esta investigación se pudo apreciar que las categorías de legitimación y representación presentan diferentes aristas

¹⁴ Decreto-Ley 335/2015 que regula la actividad de los Registros Públicos en Cuba.

y significados que incluso cambian su función cuando son llevadas a la esfera registral. Las diferentes posiciones doctrinales existentes las ubican entre las funciones y principios de los registros públicos, su aplicabilidad existe desde diferentes puntos de vista, pues en lo que para el registro la representación se presenta como una institución que adopta diferentes tipos según sea utilizada, para el caso de la legitimación se asocia a un principio rector de certidumbre, incluso hasta para las personas que pueden actuar dentro del ámbito registral.

Es palpable la aplicabilidad de la legitimación y la representación dentro de la protección de los datos personales, vinculando en las legislaciones estudiadas la legitimación a las personas que pueden tratar los datos personales y a las personas legitimadas como titulares de los mismos.

La protección de datos es una cuestión que impregna toda la información del Registro del Estado Civil en la medida en que los datos que se almacenan en sus asientos van asociados a la persona. Es en ese momento donde comienza a desempeñar un papel fundamental el derecho a la protección de la identidad, a la intimidad y la privacidad pues las personas titulares de estos tienen derecho a exigir su no divulgación, lo que choca con el objeto de la actividad registral, la publicidad frente a terceros de todos aquellos hechos y actos vinculados al estado civil de las personas.

En las regulaciones en materia de Registro del Estado Civil cubano no aparecen reflejadas de forma concreta aspectos referentes a la protección de datos, se infiere que las normativas existentes de forma dispersa respecto a esta materia son de aplicabilidad al Registro del Estado Civil, definiendo que no existen pautas claras, ni lo suficientemente garantistas, en cuanto a quiénes y bajo qué presupuestos se aplican.

El derecho a la protección de datos reconoce en los titulares un poder de control sobre su información personal, pero al no estar regulado en la normativa de la actividad registral civil, están en una posición de indefensión, en lo que respecta a la utilización y destino de su información.

Los problemas del registro en la práctica respecto a la protección de datos carecen del suficiente apoyo normativo, lo que en algunos aspectos llega a constituir un incumplimiento de las exigencias establecidas sobre protección de datos internacionalmente.

Bibliografía

ARGUEDAS ESPINOZA, ILENA Y JONATHAN PIEDRA ALEGRÍA: «La nueva perspectiva registral de la propiedad inmueble, a partir del Sistema de Información del Registro Inmobiliario (SIRI)», 2014.

- BIGLIAZZIGERI, LINA Y OTROS: *La mal llamada «representación orgánica»*. CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS: Investigación «El Registro del Estado Civil en Cuba. Presupuestos teóricos-legislativos para la proyección de una nueva ley sobre el Registro del Estado Civil y su Reglamento», La Habana, Cuba, 2018.
- _____: Investigación «La protección de los datos personales a partir de la interconectividad de los Registros Públicos de Personas Naturales del Minjus», La Habana, Cuba, 2020.
- COMISIÓN EUROPEA. Sitio web citado en: «La protección de los datos personales a partir de la interconectividad de los Registros Públicos de Personas Naturales del Minjus», Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba, 2020.
- COMPAGNUCCI DE CASO, RUBÉN: «Representación voluntaria y negocio de apoderamiento», en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata* 48, Año 28. La mal llamada «representación orgánica».
- Diario Oficial *El Peruano*, la Ley No. 29733, Ley de Protección de Datos Personales. Publicado el 3 de julio de 2011.
- DIEZ-PICAZO, LUIS: *La mal llamada «representación orgánica»*. Directiva de Seguridad de la Información, para orientar en las medidas técnicas a aplicar. Perú.
- Florencia Ucha/sitio definición abc, citado en: «La protección de los datos personales a partir de la interconectividad de los Registros Públicos de Personas Naturales del Minjus». Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba, 2020.
- FRUGONI REY, GUILLERMO F.: *La legitimación en el código civil*. Pdf.
- HERRÁN ORTIZ, ANA ISABEL: «El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información». *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, No. 26, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003. Consulta: Octubre de 2021.
- LARENZ, KARL visto en: Luis Miguel Velarde Saffer, *La mal llamada «representación orgánica»*, 2016.
- MARIÑO PARDO, FRANCISCO. Consultado en <https://www.franciscomarino-pardo.es/mistemas/22-civil-parte-general/60-tema-26-la-representacion>, 2021.
- OLIVEROS LARA, RAFAEL MANUEL: «Poder, representación y mandato», <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>, 2017.
- ORDELIN FONT, JORGE LUIS: «¿Representación voluntaria de los derechos inherentes a la personalidad?: Consideraciones para un debate desde el ordenamiento jurídico cubano», *Vniversitas*, doi:10.1144/Javeriana.VJ127.rvdi, 2013.

- PLANIOL, M. ET RIPERT, G.: *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, visto en David Stitchkin Branover, 1936.
- Revista de Derecho Notarial Mexicano*, No. 100, t.1, 1989, México. Notas sobre la representación. Visto en: est4.pdf (unam.mx)
- RIMASCCA HUARANCCA, ÁNGEL: «El Derecho Registral en la jurisprudencia del Tribunal Registral». *Gaceta Jurídica*. Lima, 2015.
- ROCA SASTRE, citado en: Ilena Arguedas Espinoza y Jonathan Piedra Alegría: «La nueva perspectiva registral de la propiedad inmueble, a partir del Sistema de Información del Registro Inmobiliario (SIRI): Un estudio con base en las declaraciones del Foro Catastro 2014 y del Foro Especial Interregional de Naciones Unidas (Declaración de Aguascalientes)». Trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José.
- ROCA SASTRE, RAMÓN Y JOSÉ PUIGBRUTAU: «Estudios de Derecho Privado». *Revista de Derecho Privado*. Madrid. Abogado Adjunto de docencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1948.
- ROJAS ESTÉVEZ, ELENA: Investigación «La protección de los datos personales a partir de la interconectividad de los Registros Públicos de Personas Naturales del Minjus. Estudio de Derecho comparado». Informe final. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba, 2018.
- SÁNCHEZ VELÁZQUEZ, ALEXANDER: «Principios de funcionamiento del Registro del Estado Civil en Cuba». Trabajo de diploma en opción al título de Licenciado en Derecho. Universidad de Holguín, 2015.
- STITCHKIN BRANOVER, DAVID: *Capitant. – Introduction a 1.o Etude du Troit, Civil*, 1936.
- TORRES MANRIQUE, FERNANDO JESÚS: «Principios Registrales». *Derecho y Cambio Social*, Año 4, No. 9, 2017/2018.
- Tratado de Derecho civil alemán*. Tercera edición. Munch, Edersa, 1974, visto en: Goyburu Naquiche: *La representación y el poder: conceptos diferentes*, 2013.

Legislativas

- Constitución de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 2019.
- Convenio No. 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
- Decreto Legislativo No. 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, forta-

lece el Régimen de Protección de Datos Personales y la Regulación de la Gestión de Intereses.

Decreto-Ley 335 /2015 que regula la actividad de los Registros Públicos en Cuba.

Decreto Supremo No. 019-2017-JUS de 2017 reglamenta el Decreto Legislativo Reglamento de la Ley No. 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

Ley 51, Ley del Registro del Estado Civil. Cuba.

Ley No. 172-13, República Dominicana, G. O. No. 10737 de 15 de diciembre de 2013.

Ley No. 8968, Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, publicada en el Quinto Suplemento del Registro Oficial No.459 de 26 de mayo de 2021.

Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos.

Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Resolución No. 249/2015, Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil.

Diccionarios

Diccionario de Derecho Privado, t. II, Editorial Labor, S.A., Barcelona, Madrid, 1954.

Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.

Gran Diccionario de la Lengua Española © 2016 Larousse Editorial, S.L.

Kernerman English Multilingual Dictionary © 2006-2013 K Dictionaries Ltd.

PALIARES, EDUARDO: *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, segunda edición, Porrúa, México, 1999.

LA UTILIZACIÓN DEL DOCUMENTO Y LA FIRMA ELECTRÓNICOS EN EL QUEHACER NOTARIAL

Electronic document and signature use in the notarial task

MSc. Luz María Batista Romero

MSc. Daile Simón Romero

Dra.C. Mercedes de Armas Alonso

MSc. Danay Vignier Figueredo

Resumen

El artículo esboza los principales presupuestos metodológicos tomados en consideración para el desarrollo de una investigación acerca del documento y la firma electrónicos, así como algunos aspectos de carácter teórico que los sustentan.

En su contenido está presente de manera implícita o explícita el principio de que utilizar a plenitud estas nuevas tecnologías en la actividad notarial cubana sigue constituyendo un gran reto, pues su uso no puede ir en menoscabo de la seguridad jurídica de los servicios prestados.

Palabras clave: documento electrónico, firma electrónica, actividad notarial, metodología.

Abstract

This article outlines the main methodological theoretical bases taken into consideration to develop an investigation about electronic document and signature, as well as some theoretical aspects that sustain them.

In its content it is present, implicitly or explicitly, the principle that using fullness these new technologies in Cuban notarial activity, continues to be a great challenge, because its use cannot affect the legal security of the service that is being provided.

Key words: electronic government, electronic signature, notarial task, methodology.

Introducción

El mundo jurídico ha evolucionado hacia nuevas formas de hacer, lo cual no demerita en lo absoluto la utilización de las conocidas maneras tradicionales. Las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) han ido ganando espacio como vías de agilizar y obtener resultados de probada calidad en un lapsus de tiempo más corto con menor gasto de recursos materiales y humanos; tal es el caso del comercio y la contratación electrónicos donde se acercan los espacios de la comunicación digital a los seres humanos.

Estas tecnologías avanzadas son cada vez más empleadas en la práctica notarial, lo cual implica grandes desafíos en aras de garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de un conjunto de principios que informan este Derecho.

Varios países de América Latina y Europa han dado muestras de avances sustantivos en esta materia. En Cuba, si bien se están dando pasos firmes en la ampliación de los escenarios digitales, aún queda mucho por hacer.

En tal sentido, la Dirección de Notarías y Registros Públicos del Ministerio de Justicia solicitó al Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) la realización del estudio científico denominado «El documento y la firma electrónicos, sus desafíos para los principios que informan el Derecho notarial».

La investigación se adentró en la problemática antes enunciada, proporcionando algunas pautas de cómo se regulan estos asuntos en otras legislaciones, las ventajas y desventajas del manejo de la firma y el documento electrónicos y las disyuntivas que ha tenido su empleo para los principios del notariado latino en los países incluidos en la muestra, los cuales serán mencionados más adelante.

No cabe duda de que en el estudio de las experiencias internacionales en la utilización del documento y la firma electrónicos en la labor notarial, se representan antecedentes válidos para el Derecho Notarial cubano en el camino de una mayor aplicación de las TIC a su campo de acción y en la incorporación a su legislación de las prácticas consideradas ajustadas a su realidad. No menos importantes resultan los criterios que fueron solicitados a notarios de algunas provincias cubanas.

Para la puesta en práctica de dicha investigación se procedió a la elaboración de un diseño cuyo marco teórico metodológico, se expondrá a continuación.

El documento electrónico y la actividad notarial

A partir del siglo XIX, la escritura deja de ser la única manera de expresar en el tiempo ideas e informaciones. Innovaciones como el telégrafo en 1837 y el teléfono en 1876 marcan el comienzo de una nueva etapa de comunicación y conservación de la información.

El origen del documento electrónico está estrechamente relacionado con el desarrollo de las redes informáticas y el correo electrónico, lo cual no quiere decir que no se empleara hacia lo interno de las entidades, pero no como destino final, donde el soporte papel se constituía en casi la única opción posible.

Las definiciones sobre el documento electrónico dan cuenta de ello:

Según Contreras,¹ el documento electrónico o informático se concibe como un medio de expresión de la voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, la informática y la telemática. Este tipo de documento cumple con los requisitos del redactado en soporte papel, en el sentido de que contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico) en lenguaje convencional (el de los bits) sobre soporte (cinta o disco) destinado a durar en el tiempo.

Otros estudiosos del tema lo definen «como toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en soporte informático, con eficacia probatoria u otro tipo de relevancia jurídica y reflejada a través de los números», es decir, se refieren a la fijación de información en un soporte electrónico, que queda registrada en la memoria auxiliar del computador y que no puede ser leída o conocida por el hombre sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace comprensible el código de señales digitales.

Para Davara² es «como una reproducción o registro fiel del documento original y, de esta forma, será admitido en los procedimientos judiciales...».

Moreno³ lo considera como «toda información que se crea, se transmite por medios electrónicos, y va contenida de un mensaje de datos».

Como se deduce de estas definiciones, el documento electrónico reúne ciertas características:

- a) Se genera y emite a través de un sistema computacional, diferenciándolo del manuscrito clásico.

¹ I. Contreras López: *La firma electrónica y la función notarial en Jalisco D.R.*, 2010, pp. 78 y 80.

² M. A. Davara Rodríguez: *Manual de Derecho Informático*, 1997, p. 362.

³ R. A. Moreno Loja: «Las actividades notariales y el uso de las tecnologías de la información ante el principio de celeridad y la seguridad jurídica», 2016, p. 30.

- b) La manera de hacerlo público es por medio de la tecnología informática.
- c) Carece de materialidad: su corporación se produce únicamente a través de combinaciones binarias que son procesadas a través de una computadora, la cual puede ser de dos tipos: codificada y no codificada.
- d) Son las medidas de seguridad las que lo rigen y garantizan.

La revolución tecnológica que vive la sociedad contemporánea no es solo un fenómeno de este carácter sino también sociocultural, impacta la vida política, económica y social y transversaliza todos sus procesos, entre los que se encuentra la actividad jurídica, en particular la notarial. Dichos cambios imponen retos al Derecho como ente regulador de la vida social, pues inciden en sus diferentes ramas, principios e instituciones.

En lo que al Derecho Notarial se refiere supone desafíos entre los que cabe mencionar:

- La validez legal de las transacciones y contratos sin papel en los casos en que la ley exija como formalidad su suscripción en documento público notarial.
- La adaptación de principios tradicionales como la inmediatez, la unidad de actos, el de escritura, el de matricidad o protocolo.
- En la actuación del notario como fedatario público.⁴

En lo relativo a su naturaleza jurídica, el documento electrónico constituye una nueva forma surgida al amparo de las modernas técnicas electrónicas, al cual le es perfectamente asimilable toda la teoría civil y comercial de la contratación, con adaptaciones obvias, que debe ser generado por la vía legislativa y cuyo valor probatorio debe ser similar al del documento tradicional una vez adaptado por la vía legal. Así considerado, el documento electrónico podrá ser aceptado como instrumento público o privado, en la medida que se cumplan los requisitos que cada legislación contempla en la materia, o no.⁵

Por ello se requiere de un sistema normativo capaz de poner a su servicio los medios para procesar la información, bases de datos, protección de software, seguridad jurídica y todas aquellas propias de la observancia de las formas a que quedan sujetos los actos otorgados por el notario público.

En el caso de Cuba, el Ministerio de Justicia (Minjus) ha diseñado una estrategia para la informatización de sus actividades que abarca los servicios notariales, la gestión interna, y los procesos y actividades, cuyo fin persigue su perfeccionamiento desde el organismo hasta los territorios; se

⁴ Y. Formentín Zayas: «Documento electrónico e instrumento público: la función del notario», 2018, p. 5.

⁵ M. A. Davara Rodríguez: Ob. cit., p. 362.

busca además elevar la calidad de los servicios, transformar los procesos que se desarrollan en la práctica y el mejoramiento de la infraestructura de la institución.

Uno de los logros más destacados es la Plataforma Bienestar, herramienta informática adaptada para la solicitud y expedición de certificaciones del Registro del Estado Civil, implementada en 207 oficinas, las cuales también cuentan con la firma digital, por lo que el documento electrónico es totalmente válido como expresa el Decreto-Ley 370.

Entre otros resultados de la aplicación de la estrategia se encuentra la integración con el módulo de participación popular, la atención a la población a través de la web del Minjus; la publicación de las normas jurídicas en el sitio de la Gaceta Oficial, la utilización de la aplicación informática (apk) para los Registros de la Propiedad, cuya implementación culminó en el año 2021.

También puede mencionarse la apk iLex Minjus desde la cual se pueden solicitar los antecedentes penales y actos de última voluntad y la iLex Notario para hacer planteamientos y demandas sobre el servicio notarial.

Estos avances implican, además, continuar trabajando por la digitalización de la información, preparar y capacitar al personal de las entidades del sector, desarrollar la informatización y las aplicaciones informáticas, y dotar a las unidades de las condiciones necesarias para ello, entre otras.

Asimismo, el notario cubano deberá ofrecer una adecuada respuesta ante estos nuevos desafíos: dar cumplimiento a los principios que rigen su práctica, utilizar la informática como una herramienta eficaz en la emisión de documentos notariales electrónicos, donde se garanticen cada uno de los requisitos en su composición tal y como vienen recogidos en la Ley 50 de 1984 de las Notarías Estatales y su Reglamento, atender al nuevo proceso de intercambio electrónico y de interrelaciones personales digitales que se le presentan.

El documento electrónico, que como resulta obvio se caracteriza por la ausencia del formato papel, necesita de la firma de las partes para salvaguardar la solemnidad y veracidad de los contenidos. En esta nueva modalidad se sustituye la firma autógrafa por la digital y deberán ser cumplidas las mismas funciones que con la manuscrita, con la diferencia de hacer que el documento y la firma tengan validez, confidencialidad y gocen de seguridad en el medio digital informático.

La firma electrónica. Aproximación conceptual

El surgimiento de nuevas modalidades que permiten certificar la identidad de las personas en la red, ha dado origen a nuevos conceptos tales como: firma digital, firma electrónica y firma electrónica avanzada. Por

su origen, todas son electrónicas desde el instante en que se emiten o generan por medios electrónicos, su diferencia radica en el sistema de encriptación. Dicho sistema consiste en una llave pública y otra privada que pueden descifrar el mensaje de datos firmado electrónicamente.

La firma electrónica es considerada como un «conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medios de identificación del firmante».

Por consiguiente, realizar una firma electrónica significa que una persona física verifica una acción o procedimiento mediante un medio electrónico, dejando un registro de la fecha y hora de la misma.

El concepto presenta dos aspectos: uno técnico y otro jurídico. El primero, apunta a definirla como «una señal digital representada por una cadena de bits..., un término teórico que indica tanto un texto como las huellas digitales exportadas al pie de un escrito, y asimismo, al código o clave de acceso a un sistema informático, en el cual el agente titular exterioriza su voluntad».⁶ La otra parte admite que es «un medio que posee la persona para probar quién envió el mensaje y cuál es su contenido».⁷

Otra mirada la aporta Contreras,⁸ quien la considera como «un conjunto de datos que se adjuntan a un mensaje electrónico con el objeto de identificar al emisor del mensaje, se puede utilizar un método de encriptación llamado asimétrico o de clave pública. Este método consiste en establecer un par de claves asociadas a un sujeto; una pública, conocida por todos los sujetos intervinientes en el sector, y otra privada, solo conocida por el sujeto en cuestión».

Por otra parte, las firmas electrónicas son métodos matemáticos, numéricos o lógicos, conjunto de instrucciones que sirven fundamentalmente para identificar a una persona que se comunica a distancia utilizando dispositivos o equipos informáticos para crear, procesar, enviar, recibir o almacenar su información en forma de mensajes de datos y usando redes de comunicación para transmitirla.⁹

En 2001, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) valida la firma electrónica a través de la elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, abordando la siguiente definición: datos en forma electrónica consignados en un mensaje, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante e indicar que este lo aprueba.

⁶ M. Bauzá: «Firma electrónica y entidades certificadoras», 2002. p. 173.

⁷ G. Alcover Garau: «Concepto de firma electrónica, firma electrónica y firma manual», 2000, p. 33.

⁸ I. Contreras López: Ob. cit., p. 80.

⁹ M. Bauzá: Ob. cit., p. 174.

Asimismo, la firma electrónica se considerará fiable si:

- Sus datos de creación, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante y en el momento de la firma, se encuentran bajo su control exclusivo.
- Es posible detectar cualquier alteración realizada en ella después de haberse producido.
- Se cumple el requisito legal de dar seguridad en torno a la integridad de la información y pudiera ser detectada cualquier modificación de su contenido después de ser estampada.

Por su parte, el Artículo 8 relacionado con el proceder del firmante establece: Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para instaurar una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá:

- Actuar con diligencia prudente para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma.
- Sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación, para dar aviso a cualquier persona que pueda dar fe de la fiabilidad de la firma; si el firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o existe algún riesgo para que pueda quedar en entredicho debe comunicarlo con inmediatez.
- Cuando se emplea un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales.

En el Artículo 9 se establece que cuando el prestador de servicios de certificación facilite asistencia para apoyar una firma electrónica que pueda utilizarse con efectos jurídicos, deberá:

- Actuar de conformidad con las declaraciones que haga respecto de sus normas y prácticas.
- Proceder con diligencia razonable para cerciorarse de que todas las declaraciones importantes que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que estén consignadas en él son exactas y cabales.
- Proporcionar a la parte que confía en el certificado, medios razonablemente accesibles que permitan a esta determinar mediante ese documento: la identidad del prestador de servicios de certificación, que el firmante nombrado en el certificado tenía bajo su control los datos de creación de la firma en el momento en que este se expidió, siendo válidos.

- Proporcionar a la parte que confía en el certificado medios accesibles que, cuando proceda, permitan a esta determinar mediante el certificado o de otra manera:
 - El método utilizado para comprobar la identidad del firmante.
 - Cualquier limitación de los fines o del valor respecto de los cuales puedan utilizarse los datos de creación de la firma o el certificado.
 - Si los datos de creación de la firma son válidos y no están en entredicho.
 - Cualquier limitación del alcance o del grado de responsabilidad que haya establecido el prestador de servicios de certificación.
 - Si existe un medio para que el firmante de aviso de que los datos de creación de la firma están en entredicho.
 - Si se ofrece un servicio para revocar oportunamente el certificado.
 - Utilizar, al prestar sus servicios, sistemas, procedimientos y recursos humanos fiables.

De ahí que todos estos elementos permiten o facilitan el empleo de firmas electrónicas y conceden igualdad de trato a los usuarios de documentación consignada sobre papel o en soporte informático.

Existen tres formas de firma electrónica:

Simple: Es neutral en tecnología, es decir que generalmente se acepta cualquier forma o proceso electrónico siempre que cumpla requisitos básicos, uno de ellos: aplicarse de una manera que demuestre la intención del firmante.

Avanzada: Vincula la autenticación con la firma y el acuerdo. Esto mitiga el riesgo en la transacción al proporcionar evidencias adicionales que pueden usarse para verificar la autenticidad de la firma, entre ellas: estar vinculada de forma exclusiva al firmante y detectar cambios en el documento después de su aplicación. Se cifra la documentación generada conforme a unos estándares de encriptación que garantizan su integridad.

Cualificada: Es el equivalente legal a una firma manuscrita, requiere que su firmante obtenga una identificación digital que está en su poder.

La utilización del documento y la firma electrónicos en el caso del notario debe estar en consonancia con los principios que informan el Derecho Notarial y velar por que se cumplan con el mismo rigor y veracidad.

Apuntes de carácter metodológico

El estudio se trazó como problema científico: ¿Cuáles son los principales desafíos que imponen el documento y la firma electrónicos a los principios que informan el Derecho Notarial?

El objetivo general, en correspondencia con el problema, se centró en determinar los principales desafíos que imponen el documento y la firma electrónicos, para los principios que informa el Derecho Notarial.

Fueron planteados tres objetivos específicos: Sistematizar los contenidos de las legislaciones y otras fuentes doctrinales de los países seleccionados en la muestra en relación con el objeto de estudio, para su posible consideración en el caso cubano; identificar las principales transformaciones realizadas a las legislaciones de los países seleccionados, devenidas de la utilización del documento y la firma electrónicos, para el cumplimiento de principios que informa el Derecho Notarial y explorar los retos que para la actividad notarial suponen la utilización del documento y la firma electrónicos.

El diseño fue no experimental, debido a que no se manipularon variables; se describió el fenómeno en su contexto natural. Asimismo, se consideró como de corte transversal, pues los datos se recopilaron en un momento dado y en un tiempo único.

La investigación se entendió exploratoria-descriptiva. Este carácter estuvo dado porque es la primera sobre el tema realizada en el CIJ y no se profundizó en las causas, sino se hizo una descripción del fenómeno estudiado. Sumado a lo anterior, se puede catalogar como de corte mixto, es decir posee componentes cuantitativos y cualitativos.

Para dar cumplimiento a los objetivos planteados se construyeron variables e indicadores de análisis mixto, en congruencia con el enfoque asumido.

Fueron definidos conceptualmente los términos desafío, desafiar y principio:

Desafío se entendió como sinónimo de reto. Desafiar se vio como la acción de enfrentarse a algo que constituye un peligro o riesgo.

Principio, en su concepto más amplio, se concibió como una base de ideales, fundamentos, reglas y/o políticas de la cual nacen las ideologías, teorías, doctrinas, religiones y ciencias.

Otros significados más atemperados al estudio que se está realizando son:

- Propósito o idea fundamental en que se basa un razonamiento, una teoría, una doctrina, una ciencia o una técnica.
- Ley o idea fundamental que establece el funcionamiento de una cosa.

La variable fundamental del estudio es: Principales desafíos que imponen el documento y la firma electrónicos a los principios que informa el Derecho Notarial.

Desde el punto de vista operacional fue entendida como principales retos que, a partir de la utilización del documento y la firma electrónicos,

deben ser enfrentados en el desempeño de la función pública notarial, la cual se encuentra regida por principios notariales normativos de la actuación de sus funcionarios públicos.

Tres fueron las dimensiones razonadas:

La primera de ellas, sistematización de los contenidos de las legislaciones y otras fuentes doctrinales de los países seleccionados en relación con el objeto de estudio, midió los siguientes indicadores:

- Concepto de documento electrónico.
- Concepto de firma electrónica.
- Ley que regula la utilización del documento y la firma electrónicos.
- Tratamiento legal que se le otorga al documento y la firma electrónicos.
- Ley que regula la firma electrónica en documentos electrónicos notariales
- Uso de la firma electrónica por los notarios.

La segunda se delineó como principales transformaciones realizadas a las legislaciones de los países seleccionados, devenidas de la utilización del documento y la firma electrónicos, para el cumplimiento de los principios que informa el Derecho Notarial. Los indicadores tomados en consideración para efectuar el análisis fueron:

- Análisis de estas transformaciones por cada uno de los principios que a continuación se exponen:
 - De la escritura.
 - Inmediación.
 - Unidad de actos.
 - Matricidad o protocolo.
 - Testimonial.
 - Conservación protocolar.
 - Reproducción, representación instrumental y comunicación.

En el caso de la tercera dimensión, retos que para la actividad notarial supone la utilización del documento y la firma electrónicos, los indicadores determinados se esbozan a continuación:

- Principios del Derecho Notarial que más se relacionan con el documento y la firma electrónicos.
- Principios que pudieran verse vulnerados con la aplicación del documento y la firma electrónicos.
- Factibilidad de la utilización de la firma electrónica en la labor de los notarios.
- Tipo de actuación notarial para la que pudiera resultar de utilidad el uso de la firma electrónica.

- Ventajas de la utilización del documento y la firma electrónicos.
- Valoración acerca de los principales desafíos de la utilización en Cuba del documento y la firma electrónicos.
- Desafíos identificados en fuentes doctrinales foráneas estudiadas.

Los métodos y técnicas utilizados fueron:

- Cuestionario a notarios que desempeñan sus funciones en seis provincias del país: Pinar del Río, Artemisa, La Habana, Mayabeque, Matanzas y Holguín.
- Esta técnica incluyó variables sociodemográficas tales como: edad, sexo, años de experiencia como notario y municipio donde ejerce su labor.
- Análisis de documentos mediante el cual se examinaron las legislaciones y otras fuentes doctrinales sobre el objeto de estudio en cinco países adscritos al Sistema del Notariado Latino: Argentina, España, México, Uruguay y Venezuela.

Estos países fueron incorporados a solicitud de la Dirección de Notarías del Minjus, cliente de la investigación, teniendo en cuenta que poseen leyes avanzadas en la materia en cuestión y pertenecen al mismo sistema de Notariado.

La sistematización de la información se efectuó a partir de los indicadores anteriormente definidos.

Algunas consideraciones necesarias

En la era contemporánea, los avances tecnológicos están cada vez más presentes en todas las esferas de la vida social y, por supuesto, el Derecho Notarial no está exento.

Durante décadas, el ejercicio de la función pública notarial se desarrolló casi en su totalidad a través de escrituras, documentos impresos y sellos, y muy escasamente fueron empleadas las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC).

Paulatinamente, este panorama ha ido cambiando y se ha extendido su uso por los funcionarios públicos y demás personal asociado a estas prácticas, permitiendo desarrollar su labor de una forma más expedita, sin transgredir los límites impuestos por las legislaciones nacionales.

Sin lugar a dudas, este siglo ha traído grandes retos para el trabajo notarial, el cual se ha visto en la necesidad de incorporar en su desempeño los avances tecnológicos, en aras de lograr significativos progresos en la prestación de los servicios a la ciudadanía.

Es de destacar que la utilización de las TIC para nada conspira con las normas implícitas en esta actividad, en las cuales está incluida la aspiración de los usuarios de desarrollar sus gestiones en un ámbito de absoluta seguridad jurídica, de manera que las obligaciones correspondientes o los derechos que nazcan de los diferentes actos o contratos sean absolutamente transparentes, sin dejar la más mínima posibilidad a interpretaciones que podrían ocasionar detrimento al justo haber de las ciudadanas y ciudadanos.¹⁰

Por su parte, Cuba también está inmersa en profundas transformaciones tecnológicas, donde el uso de estas novedosas formas de hacer se constituye en motor impulsor de sus procesos económicos, productivos y sociales en general.

El ámbito notarial, por supuesto, no ha estado al margen de estos avances; baste mencionar el inicio de la utilización en el país de la firma electrónica con la correspondiente adecuación de la normativa a estos efectos.

En tal sentido, como resultado de la aprobación de nuevos actores económicos (micro, pequeñas y medianas empresas [Mipymes] y de las cooperativas no agropecuarias), cuyos procesos de constitución tienen lugar de manera digital en la plataforma creada al efecto, el Minjus aprobó la Resolución 368/2021, mediante la cual se modifica el Artículo 134 de la Resolución 70 «Reglamento de la Ley 50, De las Notarías Estatales», para reconocer la validez de las copias autorizadas con la firma digital del notario, estableciendo que al final de su texto debe quedar redactado de la siguiente manera:

- a) Su concordancia con el documento original de que se trate;
- b) si se trata de la copia literal de oficio o la que se expide con posterioridad a petición de la parte interesada, en este último caso, especificar a quién;
- c) el número de hojas, lugar, fecha de expedición y tarifa cobrada;
- d) que en la escritura original existen fijados e inutilizados, los sellos de timbre correspondientes, en soporte papel o digital; y
- e) el cuño oficial de la notaría y la firma del notario que la expida para la autorización de la copia en soporte papel.

Además, pueden expedirse copias digitales que se autorizan con la firma digital del notario que tiene a cargo el protocolo.

Aun así, estos progresos, sin restarles su debida importancia, resultan no del todo suficientes, por diversas razones, entre las cuales pue-

¹⁰ R. A. Moreno Loja: «Las actividades notariales y el uso de las tecnologías de la información ante el principio de celeridad y la seguridad jurídica, 2016, 45».

den mencionarse determinados obstáculos que se presentan en cuanto a infraestructura tecnológica, conectividad en las unidades notariales y accesibilidad a Internet.

En la actividad notarial cubana, la utilización íntegra de las TIC continúa siendo un gran desafío, íntimamente relacionado con la preservación de la seguridad jurídica de los servicios que se ofrecen.

Bibliografía

- ABRIL, M. A.: «Documentos electrónicos y con firma digital aplicada. Prospectiva de la intervención notarial», en 47 Jornada Notarial Bonaerense «La firma digital y su equiparación con la firma ológrafa, 2019. <http://www.jnb.org.ar.tema1.pdf>. Consulta: 27 de abril de 2021.
- ALCOVER GARAU, G.: «Concepto de firma electrónica, firma electrónica y firma manual», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ALMENDRAS NOGALES, M. H. (2010): «La Firma electrónica en la función notarial», 2010. Monografía presentada para obtener el grado académico de Especialista en Derecho y Práctica Notarial. <http://repositorio.uasb.edu.bo/handle>. Consulta: 6 de julio de 2021.
- BAUZÁ, M.: «Firma electrónica y entidades certificadoras», en *Jornadas de Comercio Electrónico*, Ed. Instituto de Derecho Comercial, Madrid, 2002.
- CALABRESE, V.; V. S Y S. T.: «La aplicación del protocolo digital», *Revista del Notariado Argentino*, No. 935, ene-mar, 2019. <http://www.revista-notariado.or.ar/autor/calabrese-valeria-virginia/>. Consulta: 6 de julio de 2021.
- CHAVES RODRÍGUEZ, I.: «Principios generales del Derecho Notarial», 2002. Tesis en opción al grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. <https://xin.com.posts.principios>. Consulta: 10 de febrero de 2021.
- COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA: «Firma digital, una solución tecnológica segura y confiabilidad que permite firmar digitalmente documento electrónico», 2021. Argentina. <https://colegioescribano.org.ar/wordpress/> Consulta: 18 de abril de 2021.
- CONTRERAS LÓPEZ, I.: *La firma electrónica y la función notarial en Jalisco D.R.* Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades, Editorial cucsh-udg, 2010.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- DE ARMAS ALONSO, M.; D. SIMÓN ROMERO; C. B. GONZÁLEZ DÍAZ; M. T. FERREIRO TUERO: «Perfeccionamiento del proceso de organización de la actividad notarial en Cuba. Informe final de resultados», 2016. Soporte digital.
- FORMENTÍN ZAYAS, Y.: «Documento electrónico e instrumento público: la función del notario», 2018. [http:// www.monografia.com/](http://www.monografia.com/) Consulta: 13 de mayo de 2021.
- FORMENTÍN ZAYAS, Y. M.: «La firma electrónica, su recepción legal. Especial referencia a la ausencia legislativa en Cuba», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, No. 31, enero-junio, 2013. República de México.
- GONZÁLEZ HORRUITINER, I.: «¿Cómo impacta la informatización en el Ministerio de Justicia en la atención a la población?», *Granma*, 13 de junio, 2021. <http://www.granma.cu>
- GRAS, D.: «Utilización de la firma digital en el ámbito notarial», *Anuario de Derecho Civil de la Universidad Católica de Córdoba*, 2019. <http://revista.bibdigital.uccor.ed.ar>. Consulta: 3 de julio de 2021.
- GUSTAVO ACEVEDO, F.: «Documentos notariales electrónicos. Crónicas», 2020. <https://www.cronicas.com.uy.wp-content/uploads/2020/03/ley.escribano-abogado.png>. Consulta: 2 de marzo de 2021.
- INSTITUTO DE LITERATURA Y LINGÜÍSTICA: *Breve diccionario de la lengua española*, Editorial José Martí, 2006.
- LUGO DENIS, D.; I. ESPINOSA CONDE; M. A. POZO VINUEZA; M. A. CRUZ PÉREZ: «El documento electrónico desde la perspectiva de la actividad notarial en Cuba», *Revista Academia & Derecho*, 2017.
- MEDINA OTERO, V.: «El documento electrónico, contratación electrónica y firma electrónica en el ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela», *Télématique*, vol. 11, No. 2, julio-diciembre, 2012. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78424979002>. Consulta: 20 de marzo de 2021.
- MEDINA, G.: «Una nueva forma de probar la firma: certificados notariales remotos. La puesta a punto de los escribanos con los nuevos tiempos tecnológicos», *Revista del Notariado Argentino*, número especial CAR, 2020. <http://www.revista-notariado.org.ar>. Consulta: 29 de junio de 2021.
- MORENO LOJA, R. A.: «Las actividades notariales y el uso de las tecnologías de la información ante el principio de celeridad y la seguridad jurídica», 2016. Tesis de Pregrado. Universidad Regional Autónoma de los Andes. http://www.camaras.org/publicado/juridico/nota-doc_elect-firma_elect.pdf. Consulta: 14 de febrero de 2021.

- NACIONES UNIDAS: «Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas», 2001. <https://uncitral.org.electcom>. Consulta: 8 de febrero de 2021.
- NÚÑEZ TORRÓN, S. A.: «¿Cuál es la diferencia entre firma electrónica y firma digital?». TICbeat.com-Axel Springer España S.A., 2020.
- PEÑARANDA QUINTERO, H. R.: «La Relación Derecho-Informática como Asignatura para Juristas e Informáticos», VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Libro de Ponencias, Uruguay, 1998.
- PEÑARANDA QUINTERO, H. R.: «La firma electrónica digital en Venezuela», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, No. 29, 2011. <http://dx.doi.org>, Consulta: 18 de marzo de 2021.
- _____: «Interrelación entre el Derecho y la Informática, Iuscibernética», Fondo Editorial para el Desarrollo de la Educación Superior (FEDES), Caracas, Venezuela, 2021.
- PÉREZ, MARCO: «El tratamiento legal de la firma electrónica en Colombia y en el Derecho Uniforme», *Revista Mercatoria*, vol. 1, No. 1, 2002. <https://diatnet.univioja.e> art. Consulta: 8 de febrero de 2021.
- «¿Qué es una firma electrónica?» <https://www.onespan.com/>, Consulta: 8 de enero de 2020.
- RAMOS PÉREZ, P. (S/F): «Reconocimiento del documento electrónico, Certificado Extranjero». Trabajo de grado presentado para optar al título de Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado. Caracas. <http://www.tuadogado.com.informatico>. Consulta: 2 de marzo de 2021.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: «Firma electrónica avanzada y soporte notarial electrónico en Uruguay», 2015. <https://www.44jaiio.sadie.org.ar.files.s.pdf>. Consulta: 2 de marzo de 2021.
- «Significado de principio (Qué es, concepto y definición)». <https://www.significados.com/>. Consulta: 14 de marzo de 2021.

Legislativas

- Resolución 368/2021 de 20 de septiembre de 2021, publicada en la Gaceta Oficial No. 119, ordinaria, 21 de octubre de 2021. <http://www.gacetaoficial.gob.cu/>. Consulta: 25 de octubre de 2021. (20 de septiembre, 2021).

ASESORAMIENTO JURÍDICO Y LEGAL

EL ASESORAMIENTO JURÍDICO EN CUBA A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y A OTROS SUJETOS POR LA ACTIVIDAD COMERCIAL QUE TIENEN AUTORIZADA

**Legal advising to juridical people and to others
due to the commercial activity which they are
authorized to develop in Cuba**

**MSc. Caridad Bárbara González Díaz
Dra.C. Diana Hernández de la Guardia**

Resumen

El artículo forma parte de los resultados de las investigaciones «Impacto de la creación de las empresas de consultoría jurídica de los órganos locales del Poder Popular, en la calidad del asesoramiento jurídico» (2017) y «Retos del asesoramiento jurídico en las relaciones contractuales entre las entidades estatales con las entidades del sector no estatal» (2021), asignadas y ejecutadas por investigadores del Centro de Investigaciones Jurídicas. En el texto se hace una aproximación al asesoramiento jurídico a través de una breve historia de esta institución en Cuba desde principios del siglo xx hasta la actualidad. Determina su significado a partir de distintos criterios vertidos al respecto y recoge las principales normas que definen su ejercicio, en tanto se esbozan sus características esenciales.

Palabras clave: Operadores jurídicos, sujetos de asesoramiento jurídico, abogado, bufetes colectivos, consultorías jurídicas.

Abstract

The article comprises the results of the investigations «Impact of the creation of the Local bodies of People's Power's Legal Consultancy companies to improve the quality of the advising» (2017) and «Legal advising Challenges in contractual relations between state organizations with the non-state sector ones» (2021), these investigations were assigned and executed by the Legal Research Center investigators. An approach to legal

advising is given is given in the text by means of a brief history of this institution in Cuba since the beginning of the xx century up to the present. Its importance is valued taking into consideration different criteria given on the matter and at the same time, it gathers the main norms that define its exercise, also its essential characteristics are outlined as well.

Key words: *Legal operators, legal advising operator subjects, lawyer, collective law firm, legal Consultancies.*

Introducción

Desde antaño los abogados han tenido la función de aclarar y recomendar las pautas legales, importante tarea que se ha ido complejizando y perfeccionando. Actualmente, el asesoramiento jurídico comprende el servicio o actividad técnica ejecutada por juristas y abarca desde el consejo hasta la representación letrada en función de auxiliar, representar y capacitar jurídicamente, así como promover esfuerzos que se traduzcan en el cumplimiento de la normativa legal.

En Cuba este servicio se presta a personas naturales y jurídicas a través del asesoramiento jurídico propio o la prestación de servicios jurídicos: el primero se realiza por uno o más juristas, quienes forman parte de la plantilla de cargos de las instituciones donde desempeñan su función; en tanto el segundo se acomete por uno o más juristas que forman parte de entidades autorizadas por el Ministerio de Justicia y constituye una herramienta capaz de garantizar el acatamiento cabal del conjunto de principios y normas jurídicas que rigen en el país.

Tal actividad contribuye al orden y la legalidad establecidos en la nación en función del desarrollo del ámbito económico, político y social. Sin asesoramiento jurídico sería imposible hacer cumplir adecuadamente la legislación establecida y los errores y carencias conducirían a la desorganización, indisciplina y arbitrariedad en la tramitación de los más diversos asuntos de la sociedad.

Las autoras realizan una aproximación al tema del asesoramiento jurídico brindando su conceptualización a partir de distintos criterios vertidos al respecto; exponen una breve historia de esta institución, así como esbozan sus principales características en Cuba, reconociendo que la tarea de asesorar no depende solo de la labor que pueda realizar el sector jurídico, pues en ella influyen numerosos factores sociales, por tanto, los desafíos que asume el jurista en este proceso son cada día mayores y más difíciles.

Apuntes acerca del concepto de asesoramiento jurídico¹

La función de aclarar y recomendar las pautas legales ha estado indisolublemente ligada a la actividad jurídica de los abogados. Según la antigua jurisprudencia romana un jurista se desempeñaba en tres amplias esferas de actividades: *cavere* (redacción de las fórmulas correspondientes a los actos jurídicos en que intervenían), *agere* (acción directa, oral y como letrado, cuando abogaba en los juicios) y *respondere*, cuando evacuaba consultas que se le sometían, es decir, cuando emitía dictámenes jurídicos, actividades con total actualidad.²

El diccionario jurídico lo considera como el «patrocinio que proporcionan los consultores, tanto los privados como los que prestan sus servicios en el sector público, a las personas que requieren de sus conocimientos técnicos para resolver problemas jurídicos y procesales».³ Como en nuestro país la abogacía no se ejerce de manera privada desde la década del setenta, la parte de la definición anterior que se refiere a esta temática no se aviene a nuestra realidad.⁴ Además, la separación entre problemas jurídicos y procesales tampoco es feliz, toda vez que el primer término abarca el segundo.

Otros ven el asesoramiento jurídico como acciones de consejería dirigidas a ejercer influencia preventiva, aclaratoria o disuasiva sobre funcionarios —u órganos de dirección colectiva—, que asumen importantes responsabilidades de dirección administrativa y económica en empresas de consultoría jurídica, de producción y servicios del país, sin dejar de tener en cuenta las personas jurídicas no estatales.⁵ Aunque se coincide en parte con esta afirmación, se debe puntualizar que dicha labor puede y debe alcanzar a todos los que trabajan en una entidad y no solamente a los cuadros, funcionarios u órganos de dirección colectiva.

Para el equipo que realizó la investigación titulada «El asesoramiento jurídico que rectora el Minjus. Bases valorativas de sus funciones y procesos», se entendió como el servicio técnico de carácter preventivo, que abarca desde el mero consejo hasta la representación letrada, que puede

¹ Para la confección de este acápite se tuvo en cuenta lo expuesto sobre el particular en esta temática, por dos investigaciones realizadas en el Centro de Investigaciones Jurídicas en los años 2013 y 2014.

² *Los campos y las esferas de acción del jurista*. www.lex.uh.cu/node/56. Consulta: 17 de noviembre de 2015.

³ Diccionario jurídico (programa informático), 2000. *Desarrollo Jurídico*.

⁴ Liuver Camilo Momblanc y Zoe Cisneros Aldana: «La abogacía en Cuba: pasado y actualidad a 50 años de la creación de los bufetes colectivos», p. 364.

⁵ Rubén Aldana Escalante: «Rediseño curricular del diplomado en asesoría jurídica pensado en correspondencia con la actualización del modelo económico cubano», p. 39.

realizar un jurista con una persona determinada. El asesoramiento jurídico comprende la aplicación de la legislación vigente en materias como el Derecho Laboral, Mercantil, Financiero y Económico, y contribuye a la formación de una parte de la cultura jurídica de una sociedad dada, en un momento histórico-concreto, definición explícita en detalles jurídicos y con aplicación de conocimientos filosóficos.⁶

En el trabajo de diploma de Hernández Rodríguez, se define como el producto de la actividad que se realiza para satisfacer las necesidades de quien lo recibe y ofrece un pago a cambio, donde es la resultante de la interacción de tres elementos que son: el soporte físico, el personal en contacto y el sistema interno de la organización.⁷ En esta definición se hace énfasis en que detrás de cada prestación del servicio de asesoramiento jurídico hay una retribución monetaria, sin sopesar que en muchas ocasiones se brindan consultorías de carácter gratuito.

Por su parte, en la investigación titulada «El asesoramiento de los consultores jurídicos a las cooperativas agropecuarias», se elaboró una definición concisa pero abarcadora al considerar el asesoramiento jurídico como una actividad dedicada a los servicios, que puede desempeñar un abogado, consultor o asesor propio, y que se dirige fundamentalmente a las personas jurídicas.⁸

Se aprecia en las definiciones anteriores sobre el asesoramiento jurídico cómo se incluye el servicio prestado por los juristas hacia la aportación de consejos para resolver situaciones que requieren de conocimientos jurídicos especializados.

Como divergentes, podemos señalar el sector al cual se dirige, los sujetos a ser asesorados jurídicamente o el fin que se persigue. Por último, se debe señalar que los términos de servicio y actividad no son contradictorios sino complementarios, pues el último abarca al primero.

Tomando en cuenta lo expuesto se puede resumir que la institución de *asesoramiento jurídico* comprende el servicio o actividad técnica ejecutada por los juristas, que abarca desde el consejo hasta la representación letrada a sujetos o entidades, en función de auxiliar, representar y capa-

⁶ Seida Barrera Rodríguez; María Caridad Sónora Cabaleiro y Diana Hernández de la Guardia: «El asesoramiento jurídico que rectora el Minjus. Bases valorativas de sus funciones y procesos», pp. 8-9.

⁷ Edilio Hernández Rodríguez: «Sistema automatizado de dirección para la emisión de los antecedentes penales». Trabajo de diploma, Facultad de Matemática, citado por Silvia García Méndez y Milkos Gual Díaz: «Servicios y calidad. Consultorías jurídicas de ciudad de La Habana», p. 8.

⁸ Gerardo Machado Alfonso; Milkos Gual Díaz; Seida Barrera Rodríguez; Sandra de la Caridad Estrada Baralt y Mailín Naranjo Mendoza: «El asesoramiento de los consultores jurídicos a las cooperativas agropecuarias».

citar jurídicamente, así como promover esfuerzos que se traduzcan en el cumplimiento de la normativa legal.

Antecedentes históricos del sistema de asesoramiento jurídico en Cuba a las personas jurídicas y a otros sujetos por la actividad comercial que tienen autorizada

La labor de asesoramiento es la acción y efecto de asesorar o asesorarse y está vinculada a la de consultoría ya que, justamente, el latín *consultus* significa «asesoramiento». En este sentido puede decirse que un consultor o asesor, es un especialista en determinado tema que ofrece consejos y asistencia en su área de experiencia. En atención a lo anterior, el asesoramiento legal o jurídico está a cargo de profesionales especializados en el ámbito del Derecho, que se ocuparán de guiar, aconsejar y encauzar a sus clientes en todo tipo de acciones judiciales y legales.

No obstante, en muchas ocasiones se ha minimizado la figura de este profesional, sin tener en cuenta que un asesor o consultor suele contribuir al desarrollo de la sociedad en todas sus facetas y garantiza en gran medida su mejor funcionamiento.

Inicialmente se miraba al jurista como una persona dedicada, casi de manera exclusiva, a defender determinado punto de vista ante quien debía tomar decisiones, como cuando se trataba de un abogado al servicio de su cliente. En la época moderna la imagen y función del letrado ha cambiado y cada vez más se observa que sus funciones y actividades se han ido ampliando.

En Cuba el asesoramiento jurídico ha existido desde que se instituyó la abogacía, y si bien es cierto que tuvo una denominación diferente al actual (letrado consultor), todo apunta a la misma función, aunque remarcando que las opiniones eran solo con sentido de consejería, sin fuerza de obligatoriedad.

Resulta un tanto difícil llegar a un recuento histórico del asesoramiento jurídico en Cuba, tal y como deja ver claramente la especialista Arabelle Bonet López, en su artículo «Asesoramiento legal en Cuba: Antecedentes, actividad y perspectivas respecto a las personas jurídicas», entre otros, debido a la escasez de documentos.⁹

Al estudiar los antecedentes de esta actividad se constata que la asesoría jurídica, aun después de creado el Ministerio de Justicia en

⁹ Arabelle Bonet López: «Asesoramiento legal en Cuba: Antecedentes, actividad y perspectivas respecto a las personas jurídicas», 2012, pp. 31 y ss.

el año 1902 –llamado en aquella época Departamento de Estado y Justicia–, no fue concebida de manera independiente entre las prioridades de este organismo, pues al principio a dicho departamento se le asignó la responsabilidad de los Registros Civiles y el Notariado, la Estadística Criminal y Civil, y la publicación de la Colección Legislativa y la Jurisprudencia; posteriormente, en el año 1908, se le incluyeron los Asuntos de Gobierno y Judiciales, y los Antecedentes Penales.¹⁰

No fue hasta la promulgación de la Ley del Poder Ejecutivo de 1909, que se establecieron en las secciones I y II del Capítulo II, con las funciones y deberes de los órganos ejecutivos del poder estatal. Dicha ley creó la Secretaría de Justicia, y por el Artículo 67, reformado y adicionado por la Ley de 9 de noviembre de 1909, se dispuso que los letrados consultores serían nombrados por el presidente de la República a propuesta del Secretario de Justicia, facultando a este para convocarlos, como cuerpo consultivo, para conferenciar sobre cuestiones importantes de Derecho sometidas a informe de dicho secretario, estipulando que el cargo de letrado consultor no resultaba incompatible con el ejercicio de la profesión de abogado.

En el Artículo 99 de la ley mencionada, se consignan las funciones de la Secretaría de Justicia y se expresa que el jefe de la misma dará su opinión cuando se le solicite por escrito en relación con cuestiones legales al presidente de la República o a los secretarios del Despacho y podrá exigir que los letrados de su Secretaría emitan opiniones y presten los servicios que requieran conocimientos de las leyes y sean necesarios para que puedan desempeñar sus cometidos respectivos, estableciendo que si el secretario aprobaba las opiniones emitidas, esa aprobación consignada por escrito tendría la fuerza y eficacia correspondiente a las del propio secretario, con lo cual se establecía un punto de inflexión con respecto a lo aceptado hasta esa fecha, donde se admitía únicamente su carácter consultivo.

El Artículo 109 refleja que el secretario daría consultas al fiscal del Tribunal Supremo y por conducto de este a los fiscales de los demás tribunales de la República, pudiendo requerir de cualquier funcionario del Ministerio Fiscal los informes y servicios que necesitare. La Secretaría de Justicia se organizó por el Artículo 115 con los siguientes negociados: Asuntos Legales y Administrativos; Atenciones Administrativas de los Tribunales y Ministerio Fiscal; Quejas Administrativas e Indultos; Registros de Penados y Estadísticas; Personal, Bienes y Cuentas; Policía

¹⁰ Como fuente de lo reflejado y de lo que sigue véase Minjus: «Tras las huellas de la historia». <http://intranet.minjus.cu/intranet/htmls/historia.php>. Consulta: 3 de noviembre de 2015.

Judicial (este último fue agregado al modificar ese artículo de la ley y adicionarle el Artículo 120-A mediante la Ley de 26 de febrero de 1910).

Como ha de notarse, ya para esa fecha se empieza a tomar en consideración la figura del letrado consultor, que aunque aún no era denominado asesor jurídico, con el paso del tiempo ha devenido en tal.

También podían prestar servicios de consejería los abogados en ejercicio, quienes asesoraban a los clientes, fueran estas personas naturales o personas jurídicas. En aquel entonces el ejercicio de la abogacía se realizaba de manera privada, y en menor grado, en el servicio público. Esta situación subsistió hasta después del triunfo de la Revolución.

En la década del setenta se promulgó la Ley No. 4 de 1977 de la Organización del Sistema Judicial, que en su Artículo 145 dispuso que para ejercer la abogacía era imprescindible la pertenencia al sistema de Bufetes Colectivos.¹¹ No es hasta después de los ochenta, que ocurren profundos cambios en cuanto a la organización, funcionamiento y reconocimiento del papel social del abogado hasta culminar con la promulgación del Decreto-Ley No. 81 de 8 de junio de 1984, sobre el «Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos», la cual agrupa a 180 de esos Bufetes y 72 Unidades Territoriales.¹²

El 20 de marzo de 1987 se promulgó el Decreto No. 138, que reguló «Las normas para el trabajo de asesoramiento jurídico en las entidades estatales». El decreto no solo organizó la actividad, sino que además fijó las atribuciones de las unidades de asesoramiento jurídico y de los asesores, los deberes de la administración con respecto a estos y el papel de este tipo de asesoramiento en el control del cumplimiento de la legalidad.

Fue en ese período en el que se estructuraron los sujetos que ofrecen asesoramiento jurídico a entidades —estos son similares a los que existen hoy—, lo que puede ilustrarse de la siguiente manera:

- Bufetes Colectivos (BC). Entidad autónoma cuyo funcionamiento se regula en el Decreto-Ley No. 81 de 1984. Los abogados vinculados a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) pueden asistir y representar tanto a las personas naturales como jurídicas cubanas o extranjeras, ofreciendo un servicio en virtud de un contrato de mandato entre abogado y cliente. Las reglas para la vinculación a la organización y la prestación de los servicios son determinadas por la ley y por las propias normas internas de la ONBC.

¹¹ Ley No. 4 de 1977 de la Organización del Sistema Judicial. <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-de-organizacion-del-sistema-judicial/>. Consulta: 19 de septiembre de 2019.

¹² Organización Nacional de Bufetes Colectivos. https://www.ecured.cu/Organizaci%C3%B3n_Nacional_de_Bufetes_Colectivos. Consulta: 25 de septiembre de 2019.

- Asesores Propios (AP). Figura regulada entonces en el Decreto No. 138 de 1987 mencionado. Tienen la peculiaridad de ser uno o más juristas pertenecientes a la entidad a la que asesoran legalmente como parte de las funciones inherentes a su cargo.
- Consultorías Jurídicas Estatales (CJE). Unidades de prestación de servicios legales dentro de la estructura de las direcciones provinciales de Justicia adscritas a los órganos locales del Poder Popular. Reguladas entonces en el Decreto No. 138 de 1987, su actividad fundamental estaba encaminada a la prestación de los servicios de asesoramiento jurídico a entidades locales esencialmente, mediante contrato de estas con la consultoría, donde se designaba al o los consultores encargados.
- Se crearon al amparo del Decreto No. 42 de 1979, en el Ministerio de Transporte, unas consultorías dedicadas únicamente a la prestación del servicio de asesoramiento jurídico a las empresas de los grupos dedicados al transporte automotor, ferroviario y marítimo.

Durante el proceso revolucionario y como parte de la reorganización estatal, la otrora Secretaría de Justicia fue transformada en el Ministerio de Justicia, el cual ha sido el encargado de asistir al gobierno en la preparación de la política jurídica y una vez aprobada, participar en su ejecución y control.

Además de las funciones comunes a todos los organismos de la Administración Central del Estado, el Minjus tiene entre sus tantas tareas, algunas vinculadas directamente al asesoramiento jurídico, cuestión medular de este trabajo. Entre esas tareas se destacan las siguientes:

- Participar en el asesoramiento jurídico y en materia legislativa al Estado, al Gobierno y a los organismos de la Administración Central del Estado y demás instituciones estatales.
- Establecer los lineamientos técnico-metodológicos para las asesorías jurídicas de los organismos de la Administración Central del Estado, instituciones estatales y entidades del sector cooperativo y privado.

En cuanto a los servicios de asistencia jurídica:

- Regular los servicios que prestan las consultorías jurídicas.
- Ejercer las funciones que la ley establezca en cuanto a los servicios que presta la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.
- Regular los servicios de asistencia jurídica que prestan las sociedades civiles de servicio.¹³

¹³ «Ministerio de Justicia, Misión y funciones». <https://www.minjus.gob.cu/es/mision-funciones>. Consulta: 19 de septiembre de 2019.

El Ministerio para dar cumplimiento a sus funciones se vale de direcciones. Para llevar a cabo las actividades antes mencionadas, fue creada la Dirección de Asesoramiento Jurídico, la cual ha atendido metodológicamente este sector.¹⁴

Fijando la política respecto al asesoramiento y tomando en cuenta la dinámica del país tendiente al aumento de la demanda de los servicios del asesor jurídico en función de su perfeccionamiento, se adoptó el Acuerdo 60 de 27 de octubre de 2012 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que dispuso que se debían desarrollar formas superiores de organización para la prestación de servicios jurídicos, priorizando las formas colectivas y especializadas por ramas o materias, a través de estructuras que sustentasen con su gestión sus propios gastos como empresas o unidades presupuestadas con tratamiento especial.

Por ello se crearon las empresas de Consultoría Jurídica, pertenecientes al Consejo de la Administración Provincial (CAP), que anteriormente se encontraban funcionando como unidades de prestación de servicios jurídicos en las direcciones provinciales de Justicia, adscritas a los órganos locales del Poder Popular, último sujeto creado que forma parte del sistema actual de asesoramiento jurídico en Cuba.

Para proveer el necesario y adecuado asesoramiento legal por parte de los sujetos encargados, se contaba con una normativa general que regulaba la actividad de asesoramiento jurídico (Decreto No. 138), varias resoluciones la complementan (61, 42 y 167) y varios lineamientos metodológicos del 2006 (del 1 al 5), emitidos por el Ministerio de Justicia, que contienen los lineamientos para la organización, funcionamiento y supervisión de la actividad de asesoramiento jurídico, la metodología para la elaboración de dictámenes de proyectos de disposiciones jurídicas, la metodología para la elaboración del dictamen legal de un caso o asunto y la metodología para la redacción de proyectos de resoluciones en la actividad de asesoramiento jurídico, respectivamente. Estas normativas jurídicas permiten orientar las misiones, funciones y responsabilidades que asumen las consultorías y los consultores jurídicos, así como el nivel de sus deberes y obligaciones. Otro conjunto de normativas delimitan cuestiones referentes a las formas de empleo de la legislación y orientaciones puntuales para la organización de su trabajo y los documentos legales para la realización de su actividad.

Sobre la base de la experiencia acumulada y con el interés de actualizar y atemperar las normas jurídicas a las condiciones socioeconómicas

¹⁴ «Ministerio de Justicia, Estructura». <https://www.minjus.gob.cu/es/estructura>. Consultada: 19 de septiembre de 2019.

imperantes, se adoptó una nueva disposición legal en la materia, esta vez de rango superior a la anterior, el Decreto-Ley No. 349 de 2017, «Del Asesoramiento Jurídico» donde se regulan las obligaciones de los asesores jurídicos, entre ellas algunas relacionadas con la materia objeto de estudio, consistentes en:

- a) Cumplir y controlar que se cumplan las disposiciones legales vigentes;
- b) actuar como representante de la entidad donde realiza la actividad de asesoramiento jurídico, ante otras instituciones nacionales, extranjeras o internacionales y en los procesos penales, civiles, administrativos, laborales, económicos, arbitrales y otros;
- c) asesorar a la máxima autoridad de la entidad, otros directivos y funcionarios, así como a los órganos consultivos y colegiados de dirección y comisiones de trabajo, en las cuestiones de índole jurídica relacionadas con la actividad que en ella desarrollan;
- e) responder consultas legales;
- f) dictaminar y notificar a la máxima autoridad de la entidad o a quien corresponda, sobre la legitimidad de documentos, contratos, reclamaciones, quejas, recursos o asuntos que se sometan a su consideración, así como de las irregularidades que detecte y que constituyan violaciones de la legalidad;
- g) asesorar y redactar instrumentos jurídicos de cualquier naturaleza o escritos fundados relacionados con la actividad que desarrolla la entidad;
- i) asesorar y asistir las negociaciones contractuales y en la elaboración de contratos o convenios de cualquier naturaleza, relacionados con la actividad que desarrolla la entidad, y
- o) atender con la periodicidad requerida, de conjunto con la Administración, las advertencias, sugerencias y recomendaciones realizadas en los dictámenes legales; y ejecutar otras que se le asignen dentro de su perfil ocupacional.¹⁵

Según esta normativa, al Ministerio de Justicia continúa correspondiéndole la actividad de control y atención técnica, normativa y metodológica en cuanto al asesoramiento jurídico, pudiendo además auxiliarse de las direcciones provinciales de Justicia, sin soslayar que los órganos y organismos de la Administración Central del Estado, las administraciones locales, las entidades nacionales, las organizaciones superiores de

¹⁵ Artículo 9, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017, Gaceta Oficial No. 5, extraordinaria, 24 de enero de 2018. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-ley-349-de-2017-de-consejo-de-estado>.

dirección empresarial y los niveles superiores de las organizaciones políticas, sociales y de masas también controlarán el asesoramiento jurídico, en el ámbito de sus respectivas competencias.¹⁶

Actualidad normativa y características de la prestación del asesoramiento jurídico en Cuba a las personas jurídicas y otros sujetos por la actividad comercial que tienen autorizada

Luego de la emisión del Decreto-Ley No. 349 de 2017, «Del Asesoramiento Jurídico», se mantienen vigentes algunos instrumentos normativos y se han implementado otros nuevos que regulan la actividad de asesoramiento jurídico atemperados a la realidad cubana, los cuales, de cierta manera, comprometen cada día más al asesor jurídico en su labor de asesorar, reconociéndole y otorgándole una gran responsabilidad. Entre esos instrumentos normativos se destacan por su importancia para la actividad los siguientes:

- Resolución 167/2008, aprueba los «Los indicadores de calidad técnica aplicables a todas las modalidades de los servicios de asesoría jurídica a personas jurídicas», donde se detallan la forma y contenido de las tareas de los consultores. Aunque vigente, se trabaja en su actualización.
- Decreto-Ley 304/2012, «De la Contratación Económica» y Decreto 310/ 2012, «De los tipos de Contratos».
- Indicación Metodológica para el control de la calidad del asesoramiento jurídico, de 2016, donde se regula entre otros, supervisar cada año íntegramente la organización y funcionamiento de la Empresa de Consultoría Jurídica o Servicios Legales de cada provincia.
- Resolución 41/2018 de la Ministra de Justicia de 2018 «Reglamento para el ejercicio de la actividad de asesoramiento jurídico».
- Resolución 47/2021 actualiza las tarifas máximas para los servicios jurídicos que prestan las entidades facultadas para ello a las personas naturales autorizadas a desarrollar una actividad comercial, a personas jurídicas estatales y no estatales, constituidas al amparo de la legislación cubana; incluidas las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano y extranjero, empresas mixtas y para los contratos de asociación económica internacional.

¹⁶ Artículo 12, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017.

- Resolución 367/2021, «Metodología para la Elaboración, Seguimiento y Control de los Dictámenes Legales de Casos o Asuntos».
- Resolución 64 de 2021 del Ministerio de Economía y Planificación en materia de selección de las nuevas formas de gestión económica por parte de las personas jurídicas cubanas.

A partir de las regulaciones vigentes en esta materia se establece que las personas jurídicas y los sujetos autorizados requieren para su funcionamiento del asesoramiento jurídico, con independencia de la forma o modalidad que el mismo adopte; no obstante, en los casos de aquellos sujetos que por la actividad comercial que tienen autorizada, lo requieran, contratan el asesoramiento jurídico a las entidades que disponga el Ministro de Justicia. Del mismo modo, las sociedades mercantiles de capital totalmente extranjero o mixto radicadas en el territorio nacional y sus sucursales, las formas asociativas y otras formas de gestión no estatal que intervienen en la economía nacional, contratan el asesoramiento jurídico a las entidades autorizadas a prestar esos servicios, en cualesquiera de sus modalidades, excepto que se disponga lo contrario por el Ministro de Justicia.¹⁷

En tal sentido, la actividad de asesoramiento jurídico se realiza de dos formas que no resultan excluyentes entre sí: el asesoramiento jurídico propio y la prestación de servicios jurídicos. El primero se realiza por uno o más juristas que forman parte de la plantilla de cargos de las instituciones en las que desempeñan su función; en tanto el segundo se acomete por uno o más juristas que forman parte de entidades autorizadas por el Ministro de Justicia a realizar dicha actividad y se les contrata bajo las modalidades de iguala, asunto determinado o por tarifa horaria.¹⁸

De este modo, están responsabilizados con el asesoramiento jurídico:

- a) Los asesores jurídicos que se desempeñan en las áreas especializadas para esa actividad; y
- b) los consultores jurídicos y abogados pertenecientes a las entidades autorizadas a prestar esos servicios.¹⁹

Sin embargo, son preponderantes las consultorías jurídicas, creadas como solución para proveer el necesario asesoramiento legal, lo cual han realizado conjuntamente con los consultores propios y la actividad de los bufetes colectivos, distinguiéndose entre sí estas modalidades, según se regula en el Decreto-Ley 349 de 2017, en cuanto a:

¹⁷ Artículo 3, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017.

¹⁸ Artículo 4, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017.

¹⁹ Artículo 5, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017.

- a) Iguala: comprende asesoría, asistencia y la representación legal o ambas, con carácter permanente y estable, durante el período expresamente acordado.
- b) Asunto determinado: responde a un interés específico del cliente hasta que concluye el proceso o trámite de que se trate.
- c) Tarifa horaria: se prestan uno o varios servicios legales, teniendo como límite el tiempo que se requiera para culminar el o los procesos o trámites contratados.²⁰

Previo a la prestación de la asistencia jurídica, los asesores o consultores deben suscribir un contrato entre la entidad solicitante y la que brinda el servicio,²¹ donde se fijarán las modalidades y especificidades del mismo, el cual se brinda a los órganos estatales, los organismos de la Administración Central del Estado, las administraciones locales, las entidades nacionales, y en cada caso, sus órganos de dirección y entidades subordinadas y adscriptas; las organizaciones superiores de dirección empresarial, empresas y unidades empresariales de base; las sociedades mercantiles de capital mixto o totalmente cubano y sus sucursales; las sociedades mercantiles de capital totalmente extranjero radicadas en el territorio nacional y sus sucursales; las formas de gestión no estatal que participan en la economía nacional; las formas asociativas; las organizaciones políticas, sociales y de masas y sus entidades subordinadas o adscriptas y otros autorizados.²²

Conclusiones

A lo largo de los años, una buena parte del trabajo de los juristas se ha ido manifestando cada vez más como una actividad consultiva o de asesoramiento jurídico no exclusiva de una rama del Derecho en particular, pues exige el conocimiento de amplios caminos legales para el cumplimiento de los fines que se propone conseguir.

Su relevancia le hace imprescindible pues asiste indiscutiblemente al progreso del país. En consecuencia, ha derivado en un particular objeto de análisis y valoración en diferentes trabajos e investigaciones científicas, marcados por el afán de perfeccionar su cometido.

²⁰ Artículo 7, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017.

²¹ Artículo 7, Resolución No. 41, «Reglamento para el ejercicio de la actividad de Asesoramiento Jurídico», Gaceta Oficial No. 20, extraordinaria, 5 de marzo de 2018. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/pdf/GOC-2018-EX20.rar>. Consulta: 25 de septiembre de 2019.

²² Artículo 2, Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017.

El asesoramiento jurídico ha existido en nuestro país desde que se instituyó la abogacía. Con el tiempo se ha perfeccionado como parte de un proceso gradual de ajuste a las necesidades sociales, hasta culminar con la norma rectora de esta actividad, el Decreto-Ley No. 349 de 2017, «Del Asesoramiento Jurídico», así como su Reglamento, la Resolución No. 41 de 5 de marzo de 2018, del Ministerio de Justicia y otras normas complementarias como: Resolución 167/2008, la cual aprueba «Los indicadores de calidad técnica aplicables a todas las modalidades de los servicios de asesoría jurídica a personas jurídicas», donde se detallan la forma y contenido de las tareas de los consultores; Decreto-Ley 304/2012, «De la Contratación Económica» y Decreto 310/2012, «De los tipos de Contratos»; Indicación Metodológica para el control de la calidad del asesoramiento jurídico, de 2016; Resolución 41/2018 de la Ministra de Justicia de 2018 «Reglamento para el ejercicio de la actividad de asesoramiento jurídico»; Resolución 47/2021, la cual actualiza las tarifas máximas para los servicios jurídicos; Resolución 367/2021, «Metodología para la Elaboración, Seguimiento y Control de los Dictámenes Legales de Casos o Asuntos» y Resolución 64 de 2021 del Ministerio de Economía y Planificación en materia de selección de las nuevas formas de gestión económica por parte de las personas jurídicas cubanas.

Estas normativas jurídicas permiten orientar las funciones, misiones y responsabilidades de los asesores jurídicos, así como el nivel de sus deberes y obligaciones, en tanto se delimitan cuestiones referentes a las formas de trabajo y brindan orientaciones puntuales para la organización de su labor y sobre los documentos legales requeridos para una acertada realización de su actividad.

Actualmente la percepción sobre la importancia del asesoramiento jurídico es ostensible. Se presta un servicio que constituye una herramienta para garantizar el cumplimiento cabal del conjunto de normas jurídicas y principios que rigen en el país. Esta actividad forma parte del orden y la legalidad establecidos en la nación en función del desarrollo del ámbito económico, político y social. Sin asesoramiento jurídico sería imposible hacer cumplir la legislación establecida y los errores e insuficiencias acarrearían la anarquía e impunidad en la tramitación de los más diversos asuntos de la sociedad.

Bibliografía

ALDANA ESCALANTE, RUBÉN: «Rediseño curricular del diplomado en asesoría jurídica pensado en correspondencia con la actualización del mo-

- delo económico cubano», 2012. Tesis en opción al grado académico de Máster.
- BARRERA RODRÍGUEZ, S.; SÓNORA CABALEIRO, M. C.; HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, D. (s/A): «El asesoramiento jurídico que rectora el Minjus. Bases valorativas de sus funciones y procesos». Diseño de investigación.
- BONET LÓPEZ, ARABELLE: «Asesoramiento legal en Cuba: Antecedentes, actividad y perspectivas respecto a las personas jurídicas». *Revista Jurídica* No. 9, 2012.
- COMITÉ EJECUTIVO DEL CONSEJO DE MINISTROS: Acuerdo 60 de 27 de octubre de 2012, formato papel.
- CRUZ LABRADA, O. M.; FERNÁNDEZ PÉREZ, D.: «Retos de la organización y funcionamiento del asesoramiento jurídico en Cuba», 2011. Tercer Evento Internacional JURISCUBA.
- GARCÍA MÉNDEZ, SILVIA Y MILKOS GUAL DÍAZ: «Servicios y calidad. Consultorías jurídicas de ciudad de La Habana», 2005. Informe de investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba.
- GARCÍA MÉNDEZ, S.; GUAL DÍAZ, M.; MOZO, S.: «Servicios y calidad, consultorías jurídicas de ciudad de La Habana». Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba, 2006.
- GROESSER, S.: «Dynamics of Journal Impact Factors», octubre, 2012. Ed. en inglés. Systems Research and Behavioral Sciences, <https://doi.org/10.1002/sres.2142>.
- HERNÁNDEZ BRAVO, J.: «Marketing de servicios», (s/f). www.monografias.com.
- HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, D.; S. BARRERA RODRÍGUEZ; M. S. SÓNORA CABALEIRO; O. M. CRUZ LABRADA; M. GARMENDÍA GONZÁLEZ; G. DÍAZ RODRÍGUEZ: «Propuesta normativa para el perfeccionamiento del asesoramiento jurídico a partir del enfoque de procesos», 2013. Informe final de investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, EDILIO: «Sistema automatizado de dirección para la emisión de los antecedentes penales». Trabajo de diploma, Facultad de Matemática, citado por Silvia García Méndez y Milkos Gual Díaz: «Servicios y calidad. Consultorías jurídicas de ciudad de La Habana».
- «Los campos y las esferas de acción del jurista», (s/f) Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. www.lex.uh.cu/node/56. Consulta: 17 de noviembre de 2015.
- MACHADO ALFONSO, G.; M. GUAL DÍAZ; S. BARRERAS RODRÍGUEZ *et al.*: «El asesoramiento de los consultores jurídicos a las cooperativas agropecuarias», 2013. Informe final de investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba.

- MACHADO ALFONSO, GERARDO; MILKOS GUAL DÍAZ; SEIDA BARRERA RODRÍGUEZ; SANDRA DE LA CARIDAD ESTRADA BARALT Y MAILÍN NARANJO MENDOZA: «El asesoramiento de los consultores jurídicos a las cooperativas agropecuarias».
- MINJUS: «Tras las huellas de la historia». <http://intranet.minjus.cu/intranet/htmls/historia.php>. Consulta: 3 de noviembre de 2015.
- MOMBLANC, LIUVER CAMILO Y ZOE CISNEROS ALDANA: «La abogacía en Cuba: pasado y actualidad a 50 años de la creación de los bufetes colectivos», *Lex* No. 16, Año XIII. ISSN 2313-1861.
- PRIETO SAMSÓNOV, D.; D. SÁNCHEZ DE LA TORRE; M. FERNÁNDEZ-PARADELA TORAÑO; V. SÁNCHEZ MUÑOZ: «Disponibilidad de textos normativos económico-mercantiles para los operadores jurídicos relacionados con la práctica empresarial», 2004. Informe final de resultados, versión 3.1. Informe final de investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, Cuba.

Legislación

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59/88. Divulgación del Minjus, La Habana, Cuba.
- Ley No. 1250 de 23 de junio de 1973, «Ley de organización del sistema judicial», Gaceta Oficial de 23 de junio de 1973, Volumen 1 de publicación de legislaciones, Ministerio de Justicia.
- Ley No. 4 de 1977, «Ley de organización del sistema judicial». <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-deorganizacion-del-sistema-judicial/>. Consulta: 19 de septiembre de 2019.
- Decreto 138 de 20 de marzo de 1987, «Normas para el trabajo de asesoramiento jurídico en las entidades estatales». <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-138-de-1987-de-consejo-de-ministros>. Consulta: 15 de enero de 2017.
- Decreto-Ley No. 349, «Del Asesoramiento Jurídico», de 17 de octubre de 2017, Gaceta Oficial No. 5, extraordinaria, 24 de enero de 2018. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/decreto-ley-349-de-2017-de-consejo-de-estado>. Consulta: 25 de septiembre de 2019.
- Resolución No. 41, «Reglamento para el ejercicio de la actividad de Asesoramiento Jurídico», Gaceta Oficial No. 20, extraordinaria, 5 de marzo de 2018. <https://www.gacetaoficial.gob.cu/pdf/GOC-2018-EX20.rar>. Consulta: 25 de septiembre de 2019.
- Decreto-Ley No. 81, «Sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos», 1984. https://www.ecured.cu/Organizaci%C3%B3n_Nacional_de_Bufetes_Colectivos.

APUNTES SOBRE EL DIAGNÓSTICO LEGAL EN CUBA, BASE INDISPENSABLE PARA EL ASESORAMIENTO Y ASISTENCIA LEGALES

Notes on legal diagnosis in Cuba, indispensable base for legal advising and assistance

**Lic. Alenay Felipe Herrera
Lic. Martha Laguna Fernández**

Resumen

En Cuba el diagnóstico legal se erige en la base indispensable para el asesoramiento y asistencia legales a las entidades laborales. En la actualidad están definidas las normativas específicas para el empleo de este instrumento jurídico y las formas para ser aplicadas en una institución. Los autores intentan argumentar metodológicamente los retos que supone, en la práctica, la eficaz utilización de este dispositivo legal y las deficiencias presentes en esta labor. Se demuestra además el relevante papel que cabe ejercer profesionalmente por el especialista en Derecho y la adecuada actitud a adoptar por los clientes del servicio legal en función de cumplir el mandato legal previsto por tales normas en este ámbito.

Palabras clave: Asesoramiento jurídico, diagnóstico legal, asistencia legal.

Abstract

Legal diagnosis, in Cuba, is elevated in the indispensable base for legal advising and assistance giving to labor organizations. Nowadays, the specific norms for the use of this legal instrument, and the way to be applied in an institution, are defined. Authors try to argue, methodologically, the challenges that suppose, actually, the effective use of this legal device and the present deficiencies when it is applied. The relevant role that should be played professionally by specialist in Law, as well as the correct attitude to be adopted by legal services clients to fulfill the legal mandate anticipated for such norms in this scope, are demonstrated.

Key words: *Legal advising, legal diagnosis and legal assistance.*

Introducción

La labor diagnóstica no es patrimonio exclusivo del universo jurídico sino que ubica su génesis en otras ciencias como las médicas, las pedagógicas para las cuales al igual que para nuestra disciplina es indispensable el conocimiento del objeto analizado, para de este modo lograr la transformación deseada.

En la medicina, en específico en la clínica, desde Hipócrates hasta hoy, mediante la observación —clásico método de investigación unido a ciertos exámenes físicos—, permite al especialista extraer parte de la información sobre la afección de sus pacientes.

En la actualidad la clínica es complementada —si el término es aplicable—, gracias al desarrollo científico por otros exámenes dirigidos a garantizar la efectividad del diagnóstico, disminuyendo el margen de error, procedimiento este que consume buena parte de las energías del sistema de salud, del que dependerá la conducta a seguir e incluso la vida de no pocos pacientes, pues va dirigido no solo a aliviar los efectos del padecimiento sino a eliminar sus causas si fuera posible y mejorar la calidad de vida de los pacientes.

La labor jurídica desde siempre y para siempre va a exigir del profesional del Derecho, como para el médico, escrutar la realidad que está en frente reclamando sus servicios especializados que se integran tanto por el propio cliente, como por la dificultad concreta que lo aqueja, así como por las fortalezas que este posea para así poder desde el conocimiento real del estado de cosas diseñar la estrategia de asesoramiento.

El asesoramiento y asistencia a personas jurídicas es un servicio que tiene por sus ejecutores a los abogados de Bufetes Colectivos, los consultores y a los asesores propios, quienes en su labor de asistencia a personas jurídicas tienen que diagnosticar el estado real de cosas, resultando de gran importancia que se asuma la técnica y finalidad intrínseca de este instrumento, que emparenta nuestra labor dictaminadora con la clínica médica, aunque a los asesores propios taxativamente la ley no les obligue a la confección del diagnóstico.

Lo que no quiere decir que otros profesionales del Derecho no estén sujetos a esta especial labor docente como el notario quien instruye «tanto a las personas naturales y jurídicas que acuden por sus servicios profesionales sobre los derechos que le asisten, la fundamentación legal de sus pretensiones, así como los medios jurídicos para lograr sus fines».

En nuestra clínica jurídica —digámosle así—, el diagnóstico conserva los rasgos comunes de su origen sin desvirtuarse, con la especificidad claro está de que este concepto se aplica en otra disciplina, continúa siendo entonces ese proceso intelectual de conocimiento para nosotros del cliente dirigido a determinar casi quirúrgicamente las irregularidades legales que este presenta, así como las fortalezas del sistema de asesoramiento para provocar el cambio por intermedio del asesor o consultor.

Por tanto, en nuestro ámbito la aplicación de las normas es la piedra angular del diagnóstico; el especialista en Derecho verifica la sujeción a las normas, ya sean de alcance general o específico, que rigen el funcionamiento de las distintas entidades de sus procesos y subprocesos. Esta labor diagnóstica es indispensable para determinar la metástasis de las empresas o entidades, si las hubiera, al igual que otras afecciones legales de menor radio de acción.

Pero todo no culmina aquí pues una de las utilidades del dictamen, como es natural, es el conocimiento de las dificultades; sin embargo, su utilidad no se agota aquí, sirve de base para la solución de estas mediante el plan de medidas. Así, dicho plan de medidas resulta para el abogado lo que es el tratamiento para el médico. Adquiere entonces el dictamen una función preventivo-higienizadora del Derecho y su plan adjunto, la receta para los virus que circulan por el torrente sanguíneo de las personas jurídicas cubanas.

Diagnóstico legal, contenido del contrato de servicios jurídicos: ¿opción o imperativo?

El diagnóstico ciertamente es un instrumento indispensable que aporta una visión en tiempo real de la realidad, cuya confección ante todo es una obra de prudencia antes de convertirse en contenido normativo de las normas metodológicas.

Estas normas coinciden en el extremo relativo a que el diagnóstico legal es una obligación, pero se yuxtaponen en el momento puntual de su elaboración, el abrogado lineamiento metodológico No. 1 de 11 de diciembre de 2006, de plena utilización hasta hace muy poco, consignó en su párrafo primero que la elaboración del diagnóstico de problemas constituía una obligación previa a la concertación del contrato según lo dispuesto en los parámetros de calidad aprobados para los servicios que brindan las consultorías jurídicas.

Según la letra del lineamiento, es una obligación previa a la concertación del contrato y ¿qué entender por obligación previa al contrato? Son

perceptibles desde el terreno jurídico los tintes eufemísticos de esta construcción sintáctica que colisiona con la preceptiva de nuestra ley civil común.

El Código Civil, en su libro «Derecho de Obligaciones y Contratos» y en específico en su Título II, «Obligaciones Contractuales», define al contrato como fuente del vínculo obligatorio. Este ribete dogmático es heredero de todo el patrimonio doctrinal que se ha legislado en todo el orbe desde Roma hasta el siglo XXI, pues es el contrato en nuestro caso, el escrito —no hablo del psicológico que también se establece— es el origen de las obligaciones bilaterales y según el mismo espíritu del código cubano en el artículo siguiente el contrato se perfecciona cuando las partes contratantes consensualmente manifiestan su voluntad de adquirir obligaciones específicas.

En igual sentido desdichadamente nuestra ley sustantiva civil no define la relación jurídica obligatoria, aunque establece que la relación jurídica es entre personas a las que la ley le atribuye efectos. En otro precepto dispone que las relaciones jurídicas pueden tener como objeto una prestación y consigna, que cuando sea una prestación estamos en presencia de una relación jurídica de obligaciones y por tanto el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación.

En igual sentido el Decreto No. 310 de 17 de diciembre de 2010, norma que integra el paquete legislativo específico en materia contractual, define la figura del contrato de prestación de servicios ratificando al contrato como la fuente creadora de las obligaciones.

Es indispensable apuntar que nuestro ordenamiento legal no destina un solo precepto al contrato de servicios legales, es decir que nuestra sistemática en esta materia debería completarse pues el producto jurídico se vende hoy sin esta especial designación legal, lo que obliga a los operadores del Derecho ante este desamparo a auxiliarse del Artículo 314 de nuestra ley sustantiva civil en cuya fórmula quedó rubricado que ante la ausencia de nominación de alguna especie contractual las relaciones contractuales se rigen por las normas que regulan contratos afines.

Incluso, el Decreto-Ley 304, «De la Contratación Económica» de 1 de noviembre de 2012, en el íter del contrato identifica una etapa de tratos preliminares donde supuestamente debería ubicarse la elaboración del diagnóstico, pero en este momento contractual se ubican acciones dirigidas a la concreción del contrato pero no se constituyen obligaciones en el expreso sentido de la palabra, ni tampoco puede hablarse de responsabilidad precontractual la cual implica una serie de gastos asociados a estas mismas gestiones preparatorias.

Por tanto, de la interpretación sistemática de estos preceptos se concluye con apego a la más rancia doctrina que el contrato material es por

excelencia la fuente y medio para la modificación y extinción de las obligaciones, razón suficiente que transforma el epicentro del debate en un dislate legal pues no puede haber obligaciones sin contrato.

La Resolución No. 160 de 28 de julio de 2006 del Ministerio de Justicia, que establece las tarifas aplicables a los servicios jurídicos, retoma el enfoque de los lineamientos, al concebir el diagnóstico legal en la etapa previa al contrato pero esta vez se aporta una justificación, la determinación de la complejidad de la entidad con vistas a fijar el monto del contrato de servicios jurídicos, cuestiones que no guardan relación entre sí, puesto que la complejidad la da el monto anual de operaciones, el cual puede ser conocido con la simple solicitud de la documentación administrativa correspondiente sin resultar necesaria la acción de diagnosticar. El diagnóstico puede ser confeccionado en acto posterior al contrato pues su finalidad es detectar problemas para asesorar adecuadamente, pues es ilógico dictaminar una entidad con el gasto de energías intelectuales que esto significa para no contratarla.

Este gaxapo fue superado brillantemente con toda técnica por la Resolución No. 167, «Indicadores de calidad técnica aplicables a todas las modalidades de los servicios de asesoría jurídica a personas jurídicas», de 30 de julio de 2008, del Minjus, la que unifica los indicadores en un solo cuerpo normativo estableciendo en su apartado II, «Indicadores de calidad técnica aplicable a la modalidad de servicios en el contrato de iguala», numeral 1, inciso c), donde se lee que en los contratos por iguala de asesoría legal resulta indispensable que se proceda a consignar la obligación del jurista de elaborar el diagnóstico legal con el plan de medidas para la solución de los problemas existentes en la entidad, pero como mismo resolvió el momento de su elaboración en franca oposición con el lineamiento metodológico creó otra disputa con el rebautizo del diagnóstico legal como dictamen legal que no pocas discusiones bizantinas ha provocado.

La propia norma pero en su numeral 4, inciso a), en relación con la anterior establece que en el contrato de servicio por iguala será necesario, como primera acción, la confección del dictamen legal, cuestión que no deja lugar a duda.

Este error metodológico se subsana de una vez y para siempre mediante la vigente indicación metodológica para la realización de dictámenes de mayo de 2016, la cual reordena la inconsecuencia del lineamiento que abroga.

Si el lineamiento consignó que la elaboración del diagnóstico es previo a la concertación del contrato e indirectamente establece esta obligación extracontractual, la segunda sí es preclara al decir que constituye una

obligación previa la contratación del jurista a cargo del asesoramiento legal y para no dar lugar a duda consigna que el dictamen se entiende como parte del proceso de contratación y solo así cobra significado que la elaboración del dictamen es una obligación del jurista a cargo del asesoramiento legal de la entidad.

Después de la exégesis propuesta en los párrafos anteriores sobre la elaboración del diagnóstico no es difícil percibir que han predominado dos enfoques: uno contractual ya triunfante y otro extracontractual.

El enfoque contractual concibe el diagnóstico como una obligación en virtud del contrato de servicios, exigible por el acreedor de la misma, pero este enfoque contractual introduce al asesor no ya como un agente externo interesado sino como quien sirve a la administración de la entidad a la que no se subordina en virtud de una relación laboral exclusiva pero que sí adquirió obligaciones para con ella como ejecutor, entonces la revisión que el asesor realiza para inventariar las dificultades es una revisión tan administrativa como las demás.

El enfoque extracontractual que concibe el diagnóstico en un momento anterior a la firma del contrato dándole, como ya se explicó, el calificativo de obligación previa, cuestión que constituye un verdadero quebradero de cabezas pues sería la revisión de un tercero interesado.

Según nuestra teoría general de los contratos, la voluntad de las partes es la ley del contrato, siempre que la norma no establezca otra cosa. En relación con el diagnóstico legal la norma eleva al rango de obligación su elaboración poniendo cortapisas a la libertad contractual muy a tono con los cambios en la dogmática contractual, pasando esta obligación a integrarse en el contrato bajo la forma de una cláusula de adhesión.

Amén de estas colisiones entre la naturaleza del contrato como fuente de las obligaciones, la norma sí quiso dejar claro que el diagnóstico legal es una obligación procedimental de carácter técnico elevado a indicador de calidad que según la lógica debe ser descargada en una cláusula contractual, como único recurso para quedar revestida del carácter de obligación y que abandone de este modo el marco extracontractual al que lo condujeron las normas metodológicas predecesoras.

Valor de uso del diagnóstico legal en relación con el proceso asesor y de asistencia

Para comprender en la justa medida el valor del diagnóstico es pertinente hacer un ejercicio mental. Imaginemos el mundo de la asesoría y la asistencia legales sin esta singular herramienta, cuya existencia es una obra de pura necesidad.

En primer orden, el asesor-asistente sería un apagafuegos que resolvería los problemas sobre la marcha, caóticamente, sería una asesoría a corto plazo sin enfoque de sistema, dejando en estado de vulnerabilidad al cliente ante desafíos que lo superan. Así la labor de este profesional se convertiría en la de una simple secretaria que cumple las órdenes de su alterno superior, cuestión que nada tiene que ver con la labor profiláctica y asistencial de este operador del Derecho.

Contrariamente al anterior panorama, que resulta ser la antítesis del espíritu metodológico sobre el diagnóstico, es pertinente analizar las características indiscutibles de esta herramienta de trabajo:

- Su naturaleza escrita, pues el especialista en Derecho descarga todas sus consideraciones en el soporte papel, para que estas no se las lleve el viento y evitar enconados malentendidos.
- Es un documento identificador de las dificultades presentes desde el punto de vista legal de la entidad, el diagnóstico es la recopilación de las dificultades en relación con la redacción negativa de la norma metodológica, pero indirectamente también se identifican las fortalezas de la entidad, elemento que no puede ser descuidado por el asesor.
- Tiene un valor preventivo imperfecto para el asesor en relación con sus responsabilidades e incluso para la administración pues la revisión realizada le permite al asesor y a la administración enderezar lo torcido a partir de su contratación. De igual modo, despliega sus efectos protectores sobre el asesor en caso de recibir alguna especie de acción de control y resulten deficiencias que ya hayan sido detectadas por él y esté en fecha de solución; igualmente existirían efectos de bumerang si la misma acción de control detecta elementos no vislumbrados por él. En algunos casos este valor preventivo es nulo pues las dificultades serán anteriores a este documento, es decir, el fin de prevenir el evento indeseado no se verifique en la realidad, pues ya está presente la dificultad y por tanto es cuestionable el beneficio de la prevención.
- Es proyectivo-organizacional pues permite al especialista organizar las prioridades para la estructuración del sistema de asesoramiento asistencia para servir de cobertura al proceso productivo.
- Es un documento ejecutivo pues el plan de medidas tiene carácter accesorio al dictamen. El asesor en relación con las dificultades inventariadas se impone un grupo de medidas que se transforman en obligaciones estableciéndose una comunicación directa entre el plan de medidas y el contrato de servicios jurídicos.
- A la postre se convierte en un instrumento evaluativo de la efectividad de parte de la labor de asistencia, pues concluido el período

contractual las deficiencias inicialmente notificadas deben quedar resueltas.

- Si bien es cierto que este documento no tiene carácter vinculante para el cliente, sí lo tiene para el asesor, pues entonces ¿para qué se impusieron medidas si no las van a cumplir?
- Su temporalidad, pues no es un documento definitivo en el cual se diagnostican dificultades que una vez resueltas cierran el ciclo de vida de este instrumento.
- Es dinámico pues es susceptible de modificación siempre que las normas o las circunstancias varíen.

Entre el diagnóstico legal y el binomio asesoría-asistencia se establece una relación de medio a fin tan íntima, que de la calidad del diagnóstico inicial dependerá la configuración y eficacia de las acciones legales emprendidas por el asesor, pues el diagnóstico en formato de dictamen genera una visión como de tercera dimensión sobre las dificultades que padece la entidad.

En otras palabras, el diagnóstico es la primera de las acciones legales que emprende el asesor, que aunque no califique propiamente como un acto de asesoría o asistencia –y esto es un elemento paradójico–, su contenido negativo es la piedra angular sobre la cual se levantan los consejos legales y la labor de asistencia pues buena parte del accionar del especialista en derecho estará dirigido a cumplimentar el plan de medidas para solucionar las dificultades.

En este instante inicial de la relación contractual el asesor o consultor dedicará buena parte de sus energías a asesorar al máximo directivo sobre los procedimientos inadecuados en la entidad que él dirige, muchos de ellos originados por posturas verticales en oposición a la ley, entonces tendrá el asesor que hacer brillar la ley para que mediante su labor docente se expanda hasta lo más profundo de las entrañas de su cliente.

Aunque no es menos cierto que la efectividad de la asesoría dependerá no solo del dictamen-diagnóstico sino de la receptividad de los administrativos y esta a su vez dependerá del nivel cultural de este, fíjese que no digo calificación formal sino cultural, cuestión que los capacitará para poder comprender la gravedad de las recomendaciones legales.

El diagnóstico se realiza a la luz de las normas legales que rigen la vida productiva de las entidades, su actual diseño tras la nueva indicación metodológica obliga al asesor a ser un profundo conocedor de las normas y a luchar contra la obsolescencia de los conocimientos técnico-legales en un contexto normativo muy cambiante, por la creación de nuevos instrumentos jurídicos por el legislador en el marco de la actualización del modelo económico.

Los diagnósticos legales desde la perspectiva del Minjus permiten inventariar el banco de patologías que afectan a las entidades con el fin de poder monitorear las causas que originan estas afecciones, que a veces son responsabilidad del asesor debido a la poca experiencia de algunos, la desactualización normativa, la ruptura con la formación posgraduada, el anquilosamiento en costumbres cómodas, el desprecio por la calidad, la negativa al cambio, entre otras.

Si bien son patentes todos estos beneficios, este sistema tiene un talón de Aquiles, la norma atinadamente estableció la obligatoriedad de la elaboración del diagnóstico pero en opinión de no pocos le faltó lucidez cuando no estableció el carácter vinculante del contenido del mismo.

De la metodología a la realidad

Sin padecer de compulsión metodológica, la práctica diaria sobre el diagnóstico es contradictoria pues dista de las nobles concepciones originales que lo trajeron a la vida material, contradicciones que seguramente no fueron ni vislumbradas por el artífice de la norma, quien además no rubricó todo lo que pensó.

El diagnóstico no puede elaborarse desde una torre de marfil ni en igual sentido puede limitarse a maquillar la realidad de las entidades para evitar controversias con los directivos para entonces poder cumplir con el plan de contratación e ingresos asignado al asesor en detrimento de los resultados de este documento.

La naturaleza jurídica del diagnóstico no encaja en los marcos de un acto jurídico porque no contiene una manifestación de voluntad dirigida a crear, modificar o extinguir una relación jurídica, ni es contrato pues no constituye un vínculo obligatorio; sus características sí encuadran en las de un instrumento de trabajo de alto vuelo informativo-ejecutivo.

El objetivo de este instrumento es diagnosticar el estado de la asesoría recibida con anterioridad al nuevo contrato de servicios para el caso de variación del asesor, pues cuando este se mantiene su utilidad es la actualización del inventario de dificultades.

El sujeto ejecutor siempre es cualificado: el especialista en Derecho quien será el alfarero del diagnóstico; el sujeto receptor siempre es la entidad personificada en su representante legal. La revisión diagnóstica no puede ser interpretada como la de un tercero, perdiendo de vista que el asesor actúa no en interés propio sino en interés de la administración, quien resulta la beneficiada con su actividad.

En la práctica cotidiana se aprecian colisiones normativas relativas al momento de confeccionar el diagnóstico o la antigua polémica de si es un

dictamen o diagnóstico, a su controvertida condición de no tener carácter vinculante para los representantes legales de las entidades, de si el consultor o abogado tiene competencia para en el plan de medidas establecer la ejecución de estas bajo la responsabilidad de otros funcionarios de la entidad sin existir una relación jerárquica de subordinación, de si con el acto de notificación del diagnóstico y el proyecto del plan de medidas al no recibir oposición se convierte en el plan de medidas, todo el mundo está de acuerdo de su necesaria confección.

Todavía se discute si el instrumento final de la labor diagnóstica es un diagnóstico o es un dictamen, polémica que se origina por el empleo de ambos términos que aluden a una misma realidad documental, aparente confusión creada por las normas que rigen el asesoramiento jurídico y se pretende complicar sobremanera este asunto cuando lo único que ocurre en la realidad jurídica es que el diagnóstico se descarga en el formato dictamen, es decir, el primero es el contenido y el otro el continente, se corporifica el diagnóstico en un dictamen pues esta es la forma habitual de manifestarse el asesor. En lo único que no se ajusta la definición de dictamen al diagnóstico es que se dictaminan los asuntos que se someten a consideración del asesor y en el caso especial del diagnóstico no es una consideración sobre un asunto o proyecto de norma, ni tiene el carácter de consulta donde el asesor vierte su opinión, todo lo contrario, pues el contenido del diagnóstico no lo constituyen opiniones sino deficiencias a la luz de la ley, realidad muy distinta que excede el campo de lo opinable. Lo que sí es innegable es que es un dictamen de asunto concreto, única posibilidad que ofrecen las metodologías sobre el dictamen.

En igual sentido, al establecerse una relación de continente-contenido entre el diagnóstico y el dictamen, el diagnóstico se arroja de algunas características del dictamen en tanto no son de aplicación otras y son las siguientes:

- «Irrevocable: Como no surte efectos jurídicos directos e inmediatos sobre los administrados sino que su destinatario será la propia administración, representada a través de uno de sus agentes con facultades suficientes para disponer sobre una materia o asunto determinado, el dictamen generalmente no puede ser objeto de nulidad, sea absoluta o relativa, salvo cuando es contentivo de grandes vicios.
- Irrecurable: No se puede impugnar ni es un acto administrativo, ni trae aparejado efectos jurídicos inmediatos».

Precisamente, al encajar el diagnóstico en la forma del dictamen, produce la ilusión óptica de que este no resulta un instrumento vinculante, pero ¡qué miopía tan severa!, claro está que el dictamen no tiene esta

específica fuerza porque no puede tenerla, pero como el diagnóstico-dictamen inventaría las dificultades en el cumplimiento de las normas y por ende todas las dificultades construirán incumplimientos normativos o cumplimientos imperfectos del mandato imperativo de esta. No puede afirmarse que este tenga fuerza vinculante pero indirectamente la tiene, pues la solución a las deficiencias nacidas de la no observancia de la norma poseen el carácter de vinculante, entiéndase, no la deficiencia en sí misma pues lo vinculante es la conducta positiva para que estas deficiencias no existan; así, entonces indirectamente la solución a las deficiencias es vinculante no por el dictamen sino en virtud de la ley, el único mérito del dictamen es mostrarlas.

Actualmente muchos se cuestionan el mandato normativo dirigido al asesor sobre su competencia para la elaboración del plan de medidas con todo lo que esto significa, es decir, la designación de las medidas bajo la responsabilidad de otros funcionarios de la entidad sin existir una relación jerárquica de subordinación, cuestión que a simple vista parece tener todo el sentido. Claro que el asesor es competente para elaborar el plan de medidas, que no es más que la reunión mecánica de las dificultades, sus medidas, el responsable designado legalmente en virtud de sus funciones de trabajo y la fecha de cumplimiento, es decir, el asesor no se inventa responsables pues estos ya están definidos de acuerdo con las responsabilidades laborales. El análisis vendría en el tiempo necesario para resolver la dificultad, lapso de tiempo que es una propuesta al representante legal, quien puede modificarlo de acuerdo con su convicción.

En ese sentido, la diligencia de notificación mediante la cual se notifica este instrumento de trabajo no es el medio comunicativo ideal pues se informan los actos jurídicos, no necesariamente los instrumentos de trabajo, pero el sentido es comunicar los resultados del diagnóstico para que ante la inacción de la administración no se pueda negar la existencia del diagnóstico y su conocimiento. Sin embargo, no todo culmina aquí, pues no es una simple comunicación, al mismo tiempo con la notificación las propuestas de medidas elaboradas por el asesor adquieren su carácter definitivo si la administración no las objeta, cuestión que no sucede mucho en la práctica. Casi siempre los diagnósticos resultan aprobados con su plan adjunto, lo que nos induce a pensar que los motivos de esa aprobación automática gravitan alrededor de la notoria preparación del asesor como al desinterés que sobre el diagnóstico poseen las administraciones.

Una vez analizados estos temas de índole interpretativo, que lógicamente hunden sus raíces en la letra de las normas metodológicas, es oportuno detenernos en algunas de las deficiencias que se generan en la práctica cotidiana que trastornan la aplicación de las metodologías.

Algunas de las deficiencias presentes en nuestro escenario legal son las que a continuación relacionamos, las cuales muchas veces son motivadas por cuestiones interpretativas, ignorancia jurídica y en otros casos producidas por franca obstinación y son las siguientes:

- Diagnósticos desprovistos de dificultades, como si el funcionamiento de nuestras empresas fuese impecable y hubiésemos hallado el quinto elemento.
- Diagnósticos que identifican dificultades, pero no diseñan planes de medidas, situación que muestra un acomodo a las dificultades con las cuales parece ser debemos coexistir pasivamente.
- Diagnósticos elaborados por normas abrogadas, realidad verdaderamente triste que para nada es muestra del desconocimiento del ordenamiento jurídico, sino que es evidencia del poco interés que poseen los propios asesores en su elaboración.
- Diagnósticos de varias empresas estrictamente idénticos, cuales copias al carbón, tal identidad no es posible pues las empresas son realidades productivas individuales, con historias distintas, con sus propias deficiencias y potencialidades.
- Diagnósticos elaborados en una misma entidad, por el mismo asesor, de un año a otro con las mismas deficiencias y medidas, esta es una prueba exclusiva de primera mano de que la asesoría ha sido ineficiente e ineficaz, pues no es concebible que tras un año de asesoramiento con un plan de medidas cumplible al siguiente año subsistan las mismas deficiencias, puede haber otras, pero no las mismas.
- Diagnósticos que no se notifican a la administración en aparente descuido que muestra cierto temor a los clientes y un amor al cumplimiento de los planes de ingresos de los asesores, por tanto tanta ingenuidad nos conduce a que la administración desconozca las dificultades, que no han surgido por generación espontánea, y si no importaron estas, menos importan las medidas, quedando entonces la vista fija no en la asesoría ni en su calidad sino en el cheque de finales de mes.
- Las medidas no se chequean al concluir el año contractual, cuestión que es de mutuo interés, primero del asesor para mostrar que ha existido la actuación sobre las deficiencias y evidenciar de este modo que es mejor disponer de abogado que no tenerlo, teniendo esta actualización efectos del balance anual de la labor asesora; y para las administraciones debe significar la solución de las dificultades que se han generado debido a un deficiente control.

Sobre la actualización del diagnóstico no es ocioso mencionar que no hay un enfoque de sistema sobre este tema, expresión de ello es que los

dictámenes no se conservan adjuntos al contrato de servicios jurídicos, los que tienen un término definido de conservación. Muy útil sería su archivo como documento anexo al contrato, lo que permitiría cual historia clínica conocer los padecimientos legales del cliente y adquiriría un alto valor referencial para el nuevo dictamen.

En igual sentido la norma establece la frecuencia mínima anual para su actualización cuando las circunstancias varíen, ya sea en negativo o en positivo o cuando por cualquier motivo sea pertinente, se incluyen aquí los cambios normativos, razón por la cual el dictamen también debe modificarse.

Como es sabido, el derecho es irretroactivo, salvo raras excepciones, por tanto si el asesor detecta fracturas en la asistencia legal anterior al momento en que este comience a desplegar sus funciones, lógicamente no puede responder por ellas, pero ¿qué recursos tiene el cliente ante este problema?

Es común que los asesores tengan la vista puesta en el cheque de fin de mes en desmedro de la calidad del asesoramiento legal. ¿Cuántas demandas se han interpuesto por la no resolución del plan de medidas? Hasta ahora no tengo noticias, pero ¿sería posible interponerla?

Por ejemplo, en Cuba el contrato de servicios jurídicos se establece entre dos personas jurídicas, no entre el cliente y el asesor, quien en estas condiciones es el ejecutor que designa la entidad prestataria de los servicios legales. Podría entonces un abogado de un bufete indeterminado demandar a un colega suyo que lo precedió en la asesoría a su actual cliente, amén de quien demanda es la administración, creo que las posibilidades de que esto suceda son casi nulas, pudiera prosperar en caso de que la empresa de consultoría fuese quien precediera en el asesoramiento o viceversa, o en el caso de los asesores propios, con el fin de que la entidad prestataria o el mismo indemnicen por daños y perjuicios a la entidad que cumplió con sus obligaciones, pero para algunos el asesoramiento no es un producto capaz de provocar daños.

Sobre este tema vuelve de nuevo al tapete el problema del contrato de servicios jurídicos en lo relativo a la resolución de las dificultades del diagnóstico, pues se aprecia una parquedad de las proformas devenidas en contratos, los cuales no desglosan las funciones del asesor-asistente, cuanto más se pronunciará en específico sobre la obligación del asesor de solucionar aquellas medidas originadas por una deficiencia legal. El objeto se limita a consignar inteligentemente la asistencia y asesoría y es muy detallista en otros temas dejando como asignatura pendiente la inclusión como cláusula en el contrato precisamente para poder ser exigible en los tribunales, cuestión esta que no necesita del pronunciamiento

normativo, puesto que las partes pueden convenirlo, es esta la razón de la ausencia en la radicación judicial de esta especie de proceso.

A pesar de estos entuertos exhibidos por la praxis es innegable que si el diagnóstico se elabora de acuerdo con las metodologías establecidas es una fuente inestimable de beneficios para ambas partes contratantes y en especial para el asesor jurídico, quien pudo calibrar la intensidad del asesoramiento mediante este instrumento e impuso remedio a las deficiencias que pueden afectar desde el sistema periférico hasta el nervio central de la administración.

Conclusiones

Después de este análisis sobre el diagnóstico legal como documento base para diseñar las influencias del asesoramiento y asistencia jurídicos sobre los sujetos determinados por la ley, pudo constatarse cómo las inconsecuencias metodológicas sobre el momento de confeccionar el dictamen fueron superadas por el enfoque contractual ya propuesto por los parámetros de calidad de los servicios jurídicos que ha quedado consagrado sabiamente por el Minjus en su reciente indicación.

Esta obligación contractual no es opcional pues está bien impuesta por la norma como requisito de calidad y por tanto es reclamable el cumplimiento de la misma ante el órgano jurisdiccional competente, es decir, tanto la confección del diagnóstico como la resolución del plan de medidas en lo referente a las acciones del asesor son exigibles ante el tribunal competente pues la obra inmensa del asesoramiento no puede reducirse a cobrar el cheque a final de mes.

El debate sobre la calificación del documento contentivo de las dificultades como diagnóstico obedece a la designación de las normas metodológicas y las normas que regulan las tarifas, orden este que se rompe con la nueva designación que introduce la norma de calidad de los servicios la cual lo concibe como dictamen, pero no se alude a dos realidades distintas, como ya se explicó, sino a la misma.

Ciertamente el diagnóstico no tiene fuerza vinculante, pues es innecesaria tal muestra de fuerza debido a que el diagnóstico adquiere indirectamente la fuerza de las normas administrativas incumplidas identificadas en su cuerpo documental, unido también a que la actividad revisora del asesor es, sin temor alguno, una acción de control de gran valor para la administración que tributa al principio de legalidad de nuestro ordenamiento, es por eso que resultaría un absurdo conocer la inobservancia de la norma o su cumplimiento parcial y asumir una conducta pasiva.

El plan de medidas es el núcleo duro de la actividad del asesor y la administración; no es concebible que tras un año de servicios se mantengan las dificultades, pueden surgir otras pero no las mismas. La permanencia de estas es evidencia de la inacción del asesor sobre ellas.

En resumen, el diagnóstico es una herramienta indispensable en el mundo de la asesoría y la asistencia legal, cuyo impacto positivo dependerá en buena medida de la profesionalidad del especialista en derecho y de la disponibilidad de los clientes del servicio legal de cumplir el mandato legal.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

- ÁLVAREZ RAPA, VICENTE: *Manual de obligaciones y contratos*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1991.
- BONET LÓPEZ, ARABELLE: «El asesoramiento legal en Cuba: antecedentes, actualidad y perspectivas respecto a las personas jurídicas», *Revista Jurídica*, año 4, No. 9, enero-junio, La Habana, 2012.
- CASTELLANOS SIMONS, DORIS: *Talento, estrategia para su desarrollo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2003.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Administrativo cubano*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- GODERICH ROCA, REINALDO: *Temas de medicina interna*, cuarta edición, Editorial de Ciencias Médicas, 2008.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD Y TERESA DELGADO VERGARA: *Teoría general de las obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA CARIDAD: *Derecho de contratos: Teoría general del contrato*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO Y ISIDORO LORA TAMAYO RODRÍGUEZ: *Derecho notarial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

Fuentes legales

- Código Civil de la República de Cuba*, Ley No. 59, de 16 de julio de 1987, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico*, Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, Editorial Pueblo y Educación, La Habana 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241, de 26 de septiembre de 2006, Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 31, extraordinaria, 27 de septiembre de 2011.

Ley No. 50 «De las Notarías Estatales» de 28 de diciembre de 1984, Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 3, ordinaria, 1 de marzo de 1985.

Decreto-Ley No. 81 de 1984 sobre el Ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

Decreto No. 138 de 20 de marzo de 1987, «Normas para el trabajo de asesoramiento jurídico en las entidades estatales».

Decreto-Ley No. 304, «De la contratación económica», de 1 de noviembre de 2012, Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 62, ordinaria, 27 de diciembre de 2012.

Decreto-Ley No. 281, «Reglamento para la Implantación y Consolidación del Sistema de Dirección y Gestión Empresarial Estatal» de 16 de agosto de 2007, Gaceta Oficial de la República de Cuba, No. 27, extraordinaria, 30 de mayo de 2014.

Decreto No. 310, «De los tipo de contratos», de 17 de diciembre de 2012, Gaceta Oficial de la República, No. 62, ordinaria, 27 de diciembre de 2012.

Resolución No. 142, «Reglamento sobre el ejercicio de la Abogacía y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos», dictada por la ministra del Minjus, 8 de febrero de 1997.

Resolución No. 42, «Lineamientos para la organización, funcionamiento y supervisión de la actividad de asesoramiento jurídico», dictada por la ministra del Minjus, 6 de marzo de 2002.

Resolución No. 43, «Metodología para la elaboración de dictámenes de proyectos de disposiciones jurídicas», dictada por la ministra del Minjus, 6 de marzo de 2002.

Resolución No. 44, «Metodología para la elaboración del dictamen legal de un caso o asunto», dictada por la ministra del Minjus, 6 de marzo de 2002.

Resolución No. 167, «Los indicadores de calidad técnica aplicables a todas las modalidades de los servicios de asesoría jurídica a personas jurídicas», dictada por la ministra del Minjus, 30 de julio de 2008.

Resolución No. 160, relativa a las tarifas en moneda nacional aplicables para los servicios legales dictada por el ministro del Minjus, de 28 de julio de 2006.

Resolución No. 70, relativa a las tarifas en moneda libremente convertible aplicables para los servicios legales dictada por la ministra del Minjus, de 26 de marzo de 2014.

Lineamiento Metodológico No. 1, «Guía metodológica para la atención a las entidades del sector agropecuario y estatal», 11 de diciembre de 2006, Minjus.

Indicación metodológica para la realización de los diagnósticos legales a las entidades, de mayo 2016 de la Dirección de Asesoramiento Jurídico del Minjus.

HISTORIA Y DERECHO

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE LA INFANCIA A 30 AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

Children's Right Convention: a new perspective on childhood after 30 years of its promulgation

Dra. Ana Isabel Peñate Leiva

Resumen

El 20 de noviembre de 2019, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) arriba a 30 años de su promulgación. Tiene a su favor ser la norma jurídica internacional que más rápidamente y por mayor cantidad de Estados ha sido firmada y ratificada. Su carácter vinculante obliga a los Estados parte al cumplimiento de su articulado; sin embargo, es innegable que algunas de las prácticas sociales que tienen lugar revelan la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes, dando al traste con lo que establecen las leyes. El artículo hace un recorrido histórico por los principales instrumentos jurídicos de protección a los derechos de las poblaciones referidas, durante el siglo xx y lo que va del xxi, con énfasis en la CDN. Se establece un paralelo entre esta norma jurídica y la Carta de los Derechos Humanos, así como entre el enfoque de necesidades y el enfoque de derechos. En última instancia se aspira a reflexionar en lo alcanzado y lo por alcanzar en materia de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes; a repensar maneras de hacer coherentes legislaciones y prácticas sociales, así como «desmontar» un tema que trasciende lo jurídico y acompaña la cotidianidad de los seres humanos.

Palabras clave: normas jurídicas, derechos, protección.

Abstract

The 30 anniversary of Children's Right Convention (CRC 30) promulgation was celebrated on November 20th, 2019. The fact that it has been the international legal norm signed and ratified the fastest way and by the greatest number of countries, favors it. Due to its binding character, the

States must fulfill what it establishes; however, it is undeniable that some of the social practices that take place reveal how children's and adolescents' rights are affected, so, what is established by law about this topic fails. A historical analysis of the main legal protection instruments of the rights of the referred populations, during the XX and part of the XXI centuries, has been carried out. It has made emphasis on CRC. A parallelism is established between this legal norm and the Human Right Chapter, as well as between the necessity and right approaches. In last instance it is expected to think over on what has been reached and on what is still necessary to reach concerning children's and adolescents' rights; to rethink ways to make coherent legislations and social practices, as well as «to disassemble» a subject that goes beyond legal aspects and accompanies human beings routines.

Key words: *legal norms, rights, protection.*

Introducción

Los derechos de la infancia han tenido que recorrer un largo camino para alcanzar los niveles de normativas jurídicas y éticas correspondientes con los paradigmas actuales sobre la protección de infantes y adolescentes. No obstante, en cualquier lugar del mundo aún se evidencian serias contradicciones entre lo legislado jurídicamente y las prácticas sociales. Por ejemplo, son millones los niños, niñas y adolescentes a quienes se les niega el derecho a la educación; los que son obligados a trabajar por su sustento y el de sus familias; los que mueren a consecuencia de enfermedades prevenibles; los que son víctimas del tráfico de personas para el ejercicio de la prostitución y la pornografía; los que son utilizados en conflictos armados; los que son obligados a vivir en la pobreza extrema. [...] Para un número significativo de países, la infancia y la adolescencia no se han convertido en una prioridad en las agendas públicas y el actuar comprometido de los políticos. A nivel micro, tampoco se puede afirmar que haya un accionar consciente que tome a los derechos, su conocimiento y respeto, como punto de partida en las relaciones intergeneracionales para contrarrestar siglos de una educación familiar y escolar con carácter autoritario y vertical, que limita la participación real de infantes y adolescentes en sus principales espacios de socialización: familia y escuela. Esta realidad sugiere la necesidad de repensar, de manera profunda, la visión de los diferentes actores sociales acerca del papel, mucho más autónomo y participativo, que pueden y deben desempeñar infantes y

adolescentes en la convivencia social en cualquiera de sus ámbitos. A esta propuesta puede contribuir la educación en derechos humanos, en tanto el desconocimiento y la desinformación constituyen fuertes obstáculos en el propósito de transformar una situación dada.

Brindar conocimientos acerca de un tema que trasciende lo jurídico y que, para que se cumpla y se respete, necesita contar con una amplia difusión, en tanto vía para sensibilizar –sino a toda– al menos a una parte importante de la población adulta en el precepto de que, los derechos de infantes y adolescentes no pueden llevarse a vías de hecho sin la participación, real y comprometida, de esta. Ello hace necesario que los adultos, en sus diferentes roles, tengan plena conciencia del papel que tienen que desempeñar, pues les corresponde convertirse en los principales garantes de lo jurídicamente legislado.

Algunos antecedentes históricos de la Convención sobre los Derechos del Niño

En noviembre de 1989 –y como resultante del trabajo de la comisión creada 10 años antes– vio la luz la Convención sobre los Derechos del Niño. «En esencia, constituye un tratado específico en materia de derechos humanos que reúne, reconoce y exige el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales de la infancia, a la vez que rompe con la imagen establecida de que las personas menores de 18 años son solo objeto de protección, para reconocerlas como sujetos de derecho. Supera el concepto de proteger personas y se pronuncia por proteger los derechos de esas personas».¹ La CDN tiene referentes de donde enriquecerse. Comenzando el siglo xx (1913), surge la idea de constituir una asociación internacional para la protección de la infancia, materializándose en 1919, cuando la Liga de las Naciones –antecesora de las Naciones Unidas– crea el Comité de Protección de la Infancia, trascendiendo el papel de los Estados nacionales en esta materia e internacionalizando la protección de este grupo poblacional. En 1923, la pedagoga inglesa Eglantyne Jebb, fundadora de la organización Save the Children,² y la Unión Internacional de Auxilio

¹ Ana Isabel Peñate: «La Convención de los Derechos del Niño: Su contenido y alcance jurídico», p. 37.

² Save the Children fue fundada en mayo de 1919 en Londres, Reino Unido. Es la primera organización internacional que lucha por el bienestar de los niños. En junio de 1989 se crea la Alianza Internacional Save the Children y actualmente, alrededor de 30 organizaciones de Save the Children trabajan por garantizar los derechos del niño y contribuir a mejorar las condiciones de vida de la población infantil en más de 120 países.

del Niño, creada en Ginebra en 1920, elaboran la Primera Declaración de los Derechos del Niño, también conocida como Declaración de Ginebra, y aprobada por la Liga de las Naciones al año siguiente. Este documento, bajo el precepto de: ¡Salvemos a los niños!, refirió en cinco puntos los derechos de la infancia, a saber:

1. «El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual».
2. «El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados».
3. «El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad».
4. «El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación».
5. «El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo».³

En alusión a este documento, el sociólogo Camilo Bácares reconoce que «[...] la Declaración de Ginebra es el primer instrumento internacional y universal emitido por consenso de naciones soberanas en lo referido a derechos humanos y en particular, a derechos específicos para la infancia. [...] es un manual de modulación del comportamiento del adulto hacia la niñez y la adolescencia, que jamás alcanza la categoría de un texto de derechos autónomos y concretos, debido a que su escritura devela una concepción clara del niño como objeto de expiación y salvación para la humanidad».⁴ En 1945, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), recomendó retomar la Declaración de Ginebra. En 1946, la Unión Internacional de Protección a la Infancia (UPI), también instó a la ONU a respaldar dicha declaración. Dos años después, los derechos de la infancia quedaron implícitos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de la ONU proclamó una nueva Declaración de los Derechos del Niño, la segunda, algo más amplia en su articulado, pero con igual limitante: no tener fuerza de ley.⁵ El «De-

³ Declaración de los Derechos del Niño [1924]. <http://www.sadopcapi.org>.

⁴ Camilo Bácares: *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño*, pp. 58-59.

⁵ Las declaraciones son enunciados de intenciones generales; no significan obligaciones, no se exige por su cumplimiento y, frecuentemente, tampoco existen mecanismos para garantizar su puesta en práctica.

cálogo de los Derechos del Niño», como también se le conoce, pese a sus limitaciones, constituye un instrumento cualitativamente superior respecto a su antecesor, aunque mantienen puntos de coincidencia, que resultan válidos.⁶ Aparece por vez primera el concepto del interés superior del niño, entendido como una protección integral con vista al desarrollo humano. Se explicita el derecho a la no discriminación y a una protección especial, diferenciada, sobre la base de la condición de infante; protección que se extiende a aquellos impedimentos físicos y mentales que puedan tener comprometido su pleno desarrollo. Aflora el derecho a la identidad propia, a la seguridad social, a la salud, incluyendo la materna; el carácter gratuito que debe tener la educación; la alimentación y la recreación, la libertad de pensamiento; la protección en su sentido más amplio y abarcador y el papel que debe desempeñar la familia, con énfasis madres y padres en este proceso. No obstante, y según valoraciones de UNICEF: «[...] el enfoque del documento de 1959 seguía firmemente centrado en la asistencia social, es decir, en salvaguardar y proteger a la infancia, pero haciendo poco hincapié en potenciar su autonomía».⁷

Otras acciones dirigidas a preservar a la infancia a nivel mundial irán surgiendo y constituirán –en alguna medida– un complemento a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En ese sentido se encuentran: el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el de Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, ambos contemplados en la Resolución 2200 A [XXI] de 16 de diciembre de 1966 de la Asamblea General de la ONU, pero no fue hasta 1973 que entraron en vigor; la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de emergencia o conflictos armados (1974); el Convenio No. 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la edad mínima de acceso al empleo (1973); la Convención de todas las formas de discriminación contra la mujer, que protege los derechos humanos de las niñas, las adolescentes y las mujeres (1979); las Reglas de Beijing (1985), que constituyen pautas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia a Menores y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986). En orden cronológico aparecerá, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo de la infancia, y un Plan de

⁶ Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. <http://www.margen.org/ninos/derech41.html>.

⁷ UNICEF: *Estado Mundial de la Infancia*. (Edición Especial). p. 5.

Acción para ponerla en práctica (1990); los Protocolos Facultativos de la CDN: uno sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000); la Sesión Especial en favor de la Infancia, donde se asume el compromiso de: «Un mundo apropiado para los niños» (2002) y la Declaración sobre la Infancia, donde se ratifica el compromiso anterior (2007).

La Convención sobre los Derechos del Niño: ¿Qué es?

En 1979, se creó el grupo de trabajo que redactó la propuesta de Convención sobre los Derechos del Niño y el 20 de noviembre de 1989, mediante la Resolución 44/25, la Asamblea General de las Naciones Unidas la aprobó, exactamente 30 años después de la Declaración de 1959. Sin embargo, promulgar un código específico universal en materia de derechos humanos para la infancia y la adolescencia, no significa que automáticamente estas poblaciones disfruten de una protección incondicional a sus derechos. Resulta importante y necesario sensibilizar, divulgar, informar, comprometer, educar y revertir posiciones opuestas a su puesta en práctica. Las valoraciones del sociólogo Tomás Andino sobre este particular, es un buen punto de vista para sostener que aún mucho queda por hacer en este camino de promoción, defensa y respeto de los derechos de los terrícolas más jóvenes. «Todavía existen quienes creen que una convención sobre los derechos de la niñez no era necesaria, que los derechos de las niñas y niños estaban protegidos, si no totalmente, al menos adecuadamente por los instrumentos de derechos humanos existentes, que son aplicables a todos; y que representa un peligro y un riesgo señalar a la niñez como una categoría especial y separada de seres humanos. Sin embargo, existe una regla general muy conocida que dice que mientras más conciencia haya de los derechos, más posibilidades existen de que sean respetados. Es muy improbable que sea efectivo el tratar de difundir y explicar un conjunto incompleto de disposiciones localizadas en una selección dispareja de instrumentos. Por medio de la Convención, los Derechos Humanos de la Niñez son claros, coherentes y detallados. Es una precondition para lograr que sean respetados».⁸

No existe una definición única acerca de la CDN. Reconocidos especialistas en temas de infancia enfatizan en diferentes aspectos a considerar

⁸ Tomás Andino: Seminario: «Niñez y cooperación internacional. Módulo I. Tema I: Enfoque de derechos de la niñez». (Material fotocopiado), p. 42.

a la hora de acercarse al documento escrito. Para el abogado argentino García Méndez «[...] la Convención tiene que ser entendida, sobre todo, como un tratado específico sobre los derechos humanos de aquellos cuya única especificidad es no haber alcanzado los 18 años de edad».⁹ La considera, además, como «un instrumento de extraordinaria ruptura y a la vez, un instrumento de continuidad [...] revolucionario, pero mejorable, perfectible».¹⁰ Por su parte, la también abogada argentina Nelly Minyersky apunta que: «Es el primer instrumento acabado específico referido a los niños como poseedores de derechos propios y, en consecuencia, amplía el espectro del ejercicio de esos derechos. Habla de los derechos humanos fundamentales y señala los derechos civiles y políticos que el niño tiene cuando es reconocido como ciudadano, así como sus derechos sociales, económicos y culturales».¹¹ Miguel Cillero, jurista chileno, la define como «un instrumento de derechos humanos integral que busca superar todo tipo de discriminación de la infancia respecto a los adultos y de los niños entre sí [...]. La Convención se refiere al conjunto de la vida del niño, por lo que abarca todas las dimensiones de su vida personal, social y familiar [...]».¹² La valora, además, como un «poderoso instrumento para reformar las políticas públicas y jurídicas destinadas a mejorar la situación de la infancia y la adolescencia en América Latina».¹³ Mientras que el pedagogo Alejandro Cussiánovich afirma que: «La Convención es un incentivo y un instrumento para combatir la pobreza, la marginación, la exclusión de las infancias. Pero sobre todo lo es en la medida que es una fuente de imaginación para repensar democracia, ciudadanía, participación, responsabilidad del estado, rol de la sociedad, papel de la familia, valor primacía de la vida, necesidad de un sistema de administración de justicia constructor del tejido social y de los individuos».¹⁴

La CDN difiere de otros instrumentos jurídicos sobre derechos humanos en que presenta, por vez primera, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, como derechos complementarios que tributan en la intención —explícita en el documento— de la protección in-

⁹ Emilio García Méndez: «Especificidad y universalidad del Derecho». En *Derechos universales, reflexiones particulares*, p. 59.

¹⁰ Emilio García Méndez: Conferencia impartida en el Taller Regional del Proyecto de Divulgación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Cuba. Santiago de Cuba, 2004.

¹¹ Nelly Minyersky: «Derecho de familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres». En *Derechos universales, reflexiones particulares*, p. 101.

¹² Miguel Cillero: «Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva». En *Derechos universales, reflexiones particulares*, p. 73.

¹³ Ídem, p. 67.

¹⁴ Alejandro Cussiánovich: *Ensayos sobre infancia. Sujeto de derechos y protagonistas*, p. 51.

tegral del niño. «Para el logro de este objetivo, asigna responsabilidades al Estado, a la sociedad civil y a la cooperación internacional, y crea el Comité de los Derechos del Niño, encargado de considerar los informes de los Estados partes, relativos a la puesta en práctica de los preceptos de la Convención».¹⁵ Significa esto que los infantes y los adolescentes tienen todos los derechos de los adultos, además de aquellos que se derivan de su condición de infantes. Es válido insistir que, niños, niñas y adolescentes no tienen condiciones –por sí mismos– para satisfacer sus necesidades básicas y exigir el respeto y el cumplimiento de sus derechos, por ello, a la familia, a la sociedad y al Estado corresponde esta responsabilidad. La CDN establece y refuerza el vínculo entre infantes, adultos y Estado, porque –como se indica en su Preámbulo–: «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».¹⁶ Estructuralmente, la CDN consta de un Preámbulo y de 54 artículos ubicados en tres partes.¹⁷ La primera de ellas contiene los artículos del número 1 al 41, los que para su mejor comprensión e implementación comúnmente se clasifican en cuatro grandes áreas de acción: supervivencia, participación, protección y desarrollo, las que se explicitan a continuación:

Supervivencia: Reúne aquellos artículos que garantizan que infantes y adolescentes, tengan cubiertas las necesidades básicas para su existencia. Aquí se hallan, por ejemplo, los que se relacionan con la vida, la salud y la seguridad social. Así tenemos que el Artículo 6 reconoce el derecho intrínseco a la vida; el 18 alude a la responsabilidad y obligación de ambos padres a la crianza y el desarrollo del niño, reforzándose el precepto del interés superior del niño como eje transversal a la totalidad de la CDN. Por su parte, el Artículo 24 se pronuncia porque infantes y adolescentes disfruten del más alto nivel posible de salud y se complementa con el 25 donde se exige un examen periódico a niños internados por dificultades con su salud física y/o mental.

Desarrollo: Incluye los artículos dirigidos a potenciar todos los elementos necesarios para que infantes y adolescentes alcancen su mayor potencial físico e intelectual. Contiene los artículos que tienen que ver con la libertad, la familia, la educación y la reintegración social. Por ejemplo, los artículos 9 y 10 manifiestan la intención de no separar a los pequeños de sus padres, excepto por causas mayores que puedan interferir en el interés superior del niño; el Artículo 23 focaliza en el derecho

¹⁵ Emilio García y Francisco Pilotti: «Introducción». En *Derecho a tener Derechos*, p. XIX.

¹⁶ UNICEF: «Convención sobre los Derechos del Niño». En *Los niños primero*, p. 46.

¹⁷ Ver: UNICEF: «Convención sobre los Derechos del Niño». UNICEF, New York, 2000.

de los niños discapacitados al disfrute pleno de su vida; esto también lo contempla el Artículo 27, pero para la totalidad de la infancia. La educación como base del desarrollo se despliega en los artículos 28 y 29, mientras que el derecho al esparcimiento, al juego y al descanso se contempla en el Artículo 31.

Participación: Agrupa los artículos que incentivan que niños, niñas y adolescentes tengan un papel activo en la vida familiar, cultural y social. Aquí se hallan los relacionados con la expresión, la identidad y el asociacionismo. Es posible ilustrar el contenido de esta área con los artículos 7 y 8 donde se defiende el derecho a un nombre y una nacionalidad y a relaciones familiares armónicas; el Artículo 13 refiere el derecho a la libertad de expresión, acompañado de la posibilidad ilimitada de buscar y recibir información, esta última recogida también en el Artículo 15; la libertad de conciencia y el asociacionismo quedan explicitados en los artículos 14 y 15.

Protección: Concentra los artículos dirigidos a que infantes y adolescentes sean protegidos contra todas las formas de abuso, abandono y explotación. Contempla los artículos vinculados con la responsabilidad del Estado, la seguridad personal, las guerras y la publicidad. Aquí se hallan la mayoría de los artículos de la CDN por ejemplo, los artículos 11 y 21 apuntan a la protección frente al traslado y la adopción ilícitos; la protección estatal de su privacidad, hogar, familia y correspondencia se ubica en el Artículo 16; el Artículo 19 refiere la protección frente al abuso y el trato negligente; los artículos 20 y 22 señalan la protección y asistencia especiales si carece de un entorno familiar; la protección frente a los conflictos armados aparece en los artículos 22; 38 y 39. La protección contra el trabajo infantil, la trata, la explotación sexual, la pornografía y el abuso de drogas se contempla en los artículos 32 al 36 y en el 39; mientras que la protección frente a la tortura y la privación de libertad, aparece en los artículos 37; 38 y 39. La segunda parte del texto jurídico contempla, entre los artículos 42 y 45, las medidas generales para su aplicación, mientras que la tercera y última parte está referida a las normas y procedimientos para la afiliación de los Estados a la Convención y establece, además, los derechos y obligaciones de los Estados parte (artículos del 46 al 54).

La CDN ofrece un marco de trabajo, acordado internacionalmente, de normas mínimas necesarias para la protección de los derechos de los más jóvenes; es un punto de partida, nunca el fin. Este precepto es fundamental en esa proyección, que debe ser constante, sistemática, permanente, del mejoramiento en la calidad de vida de infantes y adolescentes, sobre la base del reconocimiento, la protección y el respeto a sus derechos.

Para la autora, resulta significativo exponer el paralelo posible a establecer entre la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

donde quedaban subsumidos los derechos específicos de esta población, y la CDN. Ello permitirá ubicar los puntos de coincidencia entre sus articulados.

El paralelo refuerza la idea de que a los infantes y adolescentes les corresponde disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos, más aquellos asociados a las características propias de la edad. En otras palabras, los derechos de la infancia constituyen derechos específicos dentro de la gama mayor de derechos humanos reconocidos, donde las características de la edad, signan las particularidades contempladas. Otro elemento interesante que introduce la aplicación de la CDN es el referido al enfoque de derechos, como marco conceptual basado en normas internacionales de derechos, aprobadas por las Naciones Unidas. Este enfoque proporciona a los Estados los instrumentos necesarios para el reconocimiento social y cultural de los derechos, el fortalecimiento de las instituciones para que mejoren las necesidades de implementación del marco jurídico de los derechos adoptados por el Estado y la promoción de la participación social y comunitaria, así como el empoderamiento de las personas como sujetos de derecho. El enfoque de derechos tiende a contrastarse con el enfoque de necesidades. «Ambos se fundamentan en el deseo de colaborar en la supervivencia de las personas y el desarrollo pleno de su potencial. Los dos buscan identificar un rango de asistencia y acción necesarias para lograr su objetivo. El punto en el que se diferencian es en sus fundamentos y en las implicaciones que dichos supuestos generan en la elaboración de una programación».¹⁸ El enfoque de derechos, además, resulta mucho más abarcador e integrador, en tanto no depende de la voluntad individual, sino que responde a una responsabilidad contraída.

El enfoque o perspectiva de derechos muestra una interpretación superior para responder a las necesidades de la infancia. Alude a la responsabilidad y el compromiso; a la obligatoriedad en el cumplimiento de las metas propuestas; al análisis de las causales que suscitan un fenómeno; se propone metas globales que contribuyan a un cambio, ya sea de actitudes, comportamientos y/o realidades. Sostiene los principios de indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos. Trabaja por empoderar a niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho; ofrece un enfoque integral sobre la base del interés superior del niño: desarrollo de las potencialidades y las capacidades de todos, bajo el principio de la participación, consciente y progresiva. Infantes, adolescentes y adultos, todos con capacidad para conocer, ampliar y respetar los derechos humanos de las generaciones más jóvenes. Resultan interesantes

¹⁸ Tomás Andino: Ob. cit., p. 21.

los puntos de vista de Andino cuando refiere que: «el enfoque de derechos de la niñez concibe que el niño o niña tiene un grado de responsabilidad hacia él mismo, hacia los demás y hacia su entorno, precisamente para respetarlos. Que un niño tiene derechos no significa que tiene el «derecho» de atropellar a los demás o hacerse daño a sí mismo. Es su derecho que los adultos ayudemos al niño o niña a desarrollar ese sentido de responsabilidad en la medida que su madurez psicológica y emocional lo permite. Por supuesto, a medida que el niño y niña son cada vez mayores, ese grado de responsabilidad aumenta».¹⁹ Con esta aseveración, el sociólogo hondureño advierte sobre elementos importantes que no siempre son tenidos en cuenta; en este sentido se puede apuntar a la responsabilidad como elemento complementario de los derechos. Tener derechos significa, además, tener responsabilidades, compromisos, obligaciones. Esa responsabilidad tiene destinos diferentes, que no resultan excluyentes ni antagónicos: responsabilidad con uno mismo, con los otros y con el medio donde los sujetos se desarrollan. Ambos, derechos/responsabilidades, tienen carácter progresivo. Y en todo este proceso debe estar presente el adulto, no para imponer, no para violar, no para coartar, sino para acompañar en ese crecimiento que puede conducir a que las generaciones más jóvenes se conviertan en mejores ciudadanos, o no.

La CDN entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, fue la Cumbre Mundial a favor de la Infancia la primera actividad internacional encaminada a su puesta en práctica. Resalta a su favor ser el instrumento jurídico internacional que más rápidamente y por mayor cantidad de gobiernos y Estados ha sido firmado y ratificado. Hoy, solo Estados Unidos y Somalia no la han suscrito. La ratificación de la CDN por los Estados le concede carácter vinculante y los obliga a respetar y aplicar los derechos contenidos en su articulado «sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».²⁰ Otra consideración que sobresale a favor de la CDN es que constituye «el primer tratado internacional [...] en considerar los derechos de la niñez como una exigencia con fuerza jurídica obligatoria».²¹ Este es uno de los elementos que la convierte en una norma jurídica superior respecto a las dos declaraciones anteriores, emitidas en 1924 y en 1959, respectivamente.

¹⁹ Tomás Andino: Ob. cit., p. 4.

²⁰ UNICEF: Ob. cit., p. 47.

²¹ Joseph Garba. En UNICEF: *Estado Mundial de la Infancia 2005*, p. 3.

Resulta válido acotar algunos elementos que deben considerarse respecto a la CDN. Así tenemos que todos sus artículos están dirigidos a proteger los derechos de las generaciones más jóvenes y que los límites para ubicar un determinado derecho en una u otra área (desarrollo, participación, sobrevivencia y protección) en ocasiones se pierden debido a la interrelación tan grande que existe entre uno y otro derecho.²² Otra consideración apunta a que ningún artículo tiene prioridad o mayor importancia que otro, aunque hay un eje que transversaliza esta norma jurídica, y que no siempre se tiene en cuenta en su aplicación, y es el principio del interés superior del niño, que queda explicitado en el artículo número tres. Por último, dejar expresado que no obstante las valoraciones positivas a esta norma por su contenido, no debe desestimarse algunas de sus aristas problemáticas. De igual manera, es importante que se tenga muy claro que «el conocimiento y la promoción de los derechos del niño (y de los adolescentes) no significa colocarlos en conflicto con sus autoridades adultas, sino alentar a todos los ciudadanos a trabajar de forma unida por un futuro seguro, sano y productivo para todos los niños».²³

Algunas limitaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño

Según el sociólogo hondureño Tomás Andino, organizaciones no gubernamentales y movimientos de niños y niñas trabajadores han hecho algunas observaciones críticas a la CDN, entre las que se encuentran:

1. La CDN no es resultante de un proceso movilizativo de los niños y adolescentes a nivel mundial; carece de la visión de estas poblaciones al no participar directamente en su elaboración.
2. La mayor parte de los Estados firmantes de la CDN no cumplen con lo estipulado en la norma jurídica, y las Naciones Unidas no disponen de un mecanismo coercitivo que los obligue a cumplir con sus compromisos, por lo que el carácter vinculante del documento no es, ni ha sido, una realidad en estos años.
3. Se ofrece una visión única de niñez, aplicable a todos los países sin tomar muy en cuenta las realidades concretas de los mismos. Y realmente hay —en muchos casos— divergencias entre lo convenido y la realidad, como pueden ser por ejemplo, el derecho a la vida y la salud y los altos índices de mortalidad y morbilidad infantil; el derecho

²² En la CDN, la secuencia de los artículos no responde a las áreas de trabajo.

²³ Ver Colectivo de autores: *Los niños y sus derechos 1*. (Para la vida), p. 7.

a la educación y los millones de infantes sin acceso a una educación gratuita y de calidad, engrosando las estadísticas de los miles de millones de analfabetos en el planeta; la explotación sexual a los que muchos son condenados, el trabajo al que se incorporan en edades tempranas, siendo en algunas ocasiones el único o principal de las economías familiares, entre otras.

4. Pensar que la solución a la problemática de infantes y adolescentes puede ser resuelta, únicamente, con atemperar las legislaciones nacionales a la CDN, manteniendo intactas las causas que promueven esas inequidades.
5. La sociedad no se ha apropiado de los derechos del niño como una conquista propia y por tanto no se ha producido una apropiación cultural de sus postulados en la conciencia colectiva que la motiven a defenderlos y respetarlos.²⁴

Comentarios finales, sin ánimos de concluir

En la CDN se destaca la reformulación de lo que históricamente ha distinguido el vínculo entre adultos e infantes; no se niega la autoridad que continúan teniendo los adultos en el ejercicio de sus diferentes roles para con los niños y los adolescentes, lo que sí queda desplazado es el autoritarismo. Se aboga por un diálogo respetuoso donde, al decir de García Méndez: «los adultos continuamos con muchas responsabilidades, tenemos mucho que enseñar, pero también mucho que aprender de los niños».²⁵

Es importante que se tenga claridad que a los infantes y a los adolescentes los asisten los mismos derechos esenciales de la especie humana en su totalidad pero, además, tienen derecho –debido precisamente a su edad– de cuidados y asistencias especiales, «para compensar su vulnerabilidad, desventaja, inexperiencia e inmadurez». Ello hace necesario que los adultos tengan plena conciencia del papel que les corresponde desempeñar, pues se convierten en la vía principal para materializar lo jurídicamente legislado. La Cumbre del Milenio del año 2000 recogió en su Declaración el compromiso de los Estados para impulsar el desarrollo, erradicar la pobreza, promover la dignidad humana, la igualdad, la paz y la sostenibilidad ambiental. Dos años más tarde, en la Sesión Especial

²⁴ Tomás Andino: Ob. cit., p. 1.

²⁵ Emilio García Méndez: Conferencia impartida en el «Taller Regional del Proyecto de Divulgación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Cuba». Santiago de Cuba, 2004.

de la Asamblea General de Naciones Unidas a favor de la infancia, los jefes de Estado y de Gobierno se pronunciaron por: «[...] tomar medidas para promover y proteger los derechos de todos los niños, es decir, de todos los seres humanos menores de 18 años incluidos los adolescentes. Estamos decididos a respetar la dignidad y asegurar el bienestar de todos los niños [...]». Sin embargo, la historia del derecho, y la propia historia de la humanidad muestran que no hay legislación respetada si no existe voluntad política para ello. Si bien la CDN es un instrumento imperfecto, a la vez que perfectible, como perfectibles tienen que ser también los mecanismos para su implementación, constituye hasta el momento, 30 años después de su promulgación, el código más acabado para la defensa de los derechos de las más jóvenes generaciones de seres humanos en la faz de la tierra. Los compromisos de gran parte de los Estados y los gobiernos, no deben –ni pueden– seguir siendo letra muerta. Definitivamente tiene que existir una coherencia real entre la norma jurídica y las prácticas sociales. Es necesaria una mayor divulgación de la Convención; que se conozca más su articulado pudiera contribuir a un mayor respeto, tanto en los ámbitos públicos como privados, de los derechos de la infancia y la adolescencia y un pequeño aporte al llamado de Naciones Unidas de construir «un mundo apropiado para los niños y las niñas».

Bibliografía

- ANDINO, TOMÁS: Seminario: «Niñez y cooperación internacional. Módulo I. Tema I: Enfoque de derechos de la niñez». (Material fotocopiado).
- BÁCARES, CAMILO: *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño*.
- CILLERO, MIGUEL: «Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva». En *Derechos universales, reflexiones particulares*.
- COLECTIVO DE AUTORES: *Los niños y sus derechos 1*. (Para la vida).
- CUSSIÁNOVICH, ALEJANDRO: *Ensayos sobre infancia. Sujeto de derechos y protagonistas*.
- «Declaración de los Derechos del Niño [1924]». <http://www.sadopcapiatal.org>.
- «Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959». <http://www.margen.org/ninos/derech4l.html>.
- GARBA, JOSEPH: En UNICEF: *Estado Mundial de la Infancia 2005*,
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: «Especificidad y universalidad del Derecho». En *Derechos universales, reflexiones particulares*.

- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: Conferencia impartida en el «Taller Regional del Proyecto de Divulgación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Cuba». Santiago de Cuba, 2004.
- GARCÍA, EMILIO Y FRANCISCO PILOTTI: «Introducción». En: *Derecho a tener Derechos*.
- MINYERSKY, NELLY: «Derecho de familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres». En *Derechos universales, reflexiones particulares*.
- PEÑATE, ANA ISABEL: «La Convención de los Derechos del Niño: Su contenido y alcance jurídico». En Colectivo de autores: *Adolescencia: Una reflexión necesaria*.
- UNICEF: «Convención sobre los Derechos del Niño». En *Los niños primero*.
- UNICEF: *Estado Mundial de la Infancia*. (Edición Especial).

EVOLUCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN Y SUS FORMAS MÁS COMUNES DE MANIFESTACIÓN

Discrimination evolution and its most common manifestation forms

MSc. Caridad Bárbara González Díaz

Resumen

La discriminación constituye una de las expresiones más lamentables del proceder humano. En el espacio social pueden desarrollarse conductas y formas discriminatorias violentas, que al naturalizarse pasan a ser habituales, llegan a legitimarse y hacen más difícil su reconocimiento en el plano social. Esta realidad significa un reto para los profesionales de las ciencias sociales que laboran en aras de visibilizar sus distintas manifestaciones.

La presente propuesta, resultado de la tesis de maestría de la autora, aborda la evolución del fenómeno con énfasis en la discriminación racial de género y de orientación sexual, con el fin de proporcionar las herramientas cognitivas que permitan identificar sus distintas manifestaciones.¹

Palabras clave: Discriminación, discriminación racial, discriminación por orientación sexual, discriminación contra la mujer.

Abstract

Discrimination is one of the most regrettable expressions of human behavior. Violent discriminatory behaviors and forms can be developed in social spaces, which, when getting naturalized become habitual, legitimate and make their recognition more difficult on social level. This reality represents a challenge for social science professionals, who work to make its different manifestations visible.

¹ Caridad B. González Díaz: «La discriminación y sus formas o manifestaciones. Su comportamiento y tratamiento en Cuba en el período 1990-2017». Tesis para la obtención de la Maestría en Estudios interdisciplinarios sobre América Latina, Caribe y Cuba.

The present proposal, which is the result of the author's master thesis, addresses the evolution of the phenomenon with emphasis on racial, gender and sexual orientation discrimination, in order to provide the cognitive tools that allow the identification of its different manifestations.

Key words: *Discrimination, racial discrimination, sexual orientation discrimination, discrimination against woman.*

Introducción

El pasado siglo xx se caracterizó, entre otros rasgos, por las formas más crueles de discriminación que han sido arrastradas a la presente centuria, consideradas entre las violaciones flagrantes de los derechos humanos, como consecuencia de la complejidad del medio social y la creciente violencia.

En los momentos actuales, la situación de este fenómeno social se ha globalizado y, por ende, se ha hecho más complicada a medida que se sobredimensiona. Así ha llegado a convertirse en uno de los fenómenos sociales que se hace sentir con creciente fuerza en los sectores excluidos de cada sociedad. La discriminación lesiona no solamente a los sujetos directamente afectados, también se proyecta más allá, al incidir en aquellos que le rodean y, en última instancia, lacera a la sociedad en su conjunto.

Este artículo, producto de la información recopilada para la elaboración de la tesis de maestría de la autora, se ajusta a tratar los aspectos teórico-conceptuales que tributaron a la obtención de los resultados finales, cuyo examen será abordado en otros artículos. Los frutos obtenidos son de utilidad, pues permitirán elevar el conocimiento del objeto de estudio, y legar finalmente un documento de valor teórico.

Acercamiento a la evolución del fenómeno de la discriminación

El término *discriminación* se emplea con mucha frecuencia y con sentidos e intenciones diversas por su condición polisémica. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, ofrece dos definiciones del verbo discriminar:

«1. Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra».

«2. Dar trato de inferioridad, diferenciar a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, etcétera».

Para el presente estudio, interesa sobre todo la segunda acepción de esta palabra la cual conduce a pensar en la discriminación de manera negativa, pues se está tratando indebidamente a una persona por causas injustificadas.

Analizar la discriminación permite conocer su estrecha vinculación al concepto de igualdad, lo que presume comportamientos negativos, inapropiados y potencialmente injustos.² Al respecto, el psicólogo social Floyd Allport, considera que: «[...] la discriminación implica negar el tratamiento igualitario hacia una persona o grupo».³

Aunque ha resultado relativamente fácil plantearse el origen de este fenómeno, se ha hecho sumamente difícil esclarecer su naturaleza, aun así, con el objetivo de darle seguimiento, aunque con algunos saltos en la historia, se toma como punto de partida el criterio generalizado de muchos científicos sociales de que los hombres en su estado primitivo, en el primer modo de producción en la historia de la humanidad, eran iguales entre sí.

En las épocas más primitivas la debilidad del hombre, la dificultad de producir y luchar con la naturaleza individualmente requerían que la propiedad sobre los medios de producción y el trabajo fuesen colectivos, sin embargo, se imponía un tipo de discriminación basada en los instintos animales y en la ley del más fuerte, que se fue superando con el proceso de humanización.

El modo de producción de la comunidad primitiva en distintos pueblos y en dependencia de las condiciones históricas concretas, cedió su lugar al modo esclavista de producción, el que trae consigo los inicios de las diferencias de clase entre los hombres.⁴ Posteriormente, el esclavismo se convirtió en un freno para el desarrollo de la economía y la cultura, por lo cual fueron apareciendo los rasgos de un nuevo régimen: el feudalismo, se estableció en Europa y en el Oriente, dando lugar a otras desigualdades.

Con la crisis del régimen feudal, comienza la difusión de las relaciones capitalistas de producción, discriminatorias por naturaleza. En medio de este contexto se dieron grandes manifestaciones de discriminación, que aunque no eran valoradas como tal, pues quizás el término no había salido a la luz, lo cierto es que ya el mundo se encaminaba hacia actos de

² Igualdad: Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes. Trato uniforme en situaciones similares. Ausencia de privilegio favor o preferencia. Tomado del Glosario de expresiones jurídicas (2011), p. 69.

³ Floyd Allport: Primer psicólogo social en brindar una respuesta al fenómeno de la discriminación racial en el año 1924, afirmando que las discrepancias en las habilidades mentales no eran suficientes para explicar las actitudes negativas hacia las minorías.

⁴ Zhamin Borísov y Makárova: *Diccionario de economía política*.

esta índole, los cuales, con el tiempo, llegarían a manifestarse en grado sumamente preocupante.

En este escenario, se inicia la conquista y colonización de Asia, África y América y con ella la explotación del mundo colonial, marcada por acentuadas diferencias y por la discriminación que en todas las dimensiones hoy en día conocemos.

Por consiguiente, la discriminación, como fenómeno social, hace su aparición con el surgimiento de la propiedad privada sobre los medios de producción, las clases sociales y la lucha de clases. La propiedad es el principal elemento diferenciador de donde parten todas las demás discriminaciones, cuya variedad se acrecienta con la cultura y la idiosincrasia de los pueblos.

Las distintas formas de discriminación

En la actualidad, milenios después de darse las primeras manifestaciones de actos discriminatorios, perduran estas conductas a través de diferentes formas de expresión que alcanzan elevados índices y dimensiones, lo que lamentablemente sigue causando sufrimiento, frenando logros y aspiraciones de la mayoría de las personas que pisan este planeta.

En tal sentido, la discriminación adquiere diferentes formas de expresión, entre las más comunes sobresalen: las raciales, las motivadas por la orientación sexual y contra la mujer.

Discriminación racial

La discriminación racial es el resultado de la estrecha relación de dos categorías: racismo y discriminación. Cuando se habla de discriminación suelen presentarse como sinónimos, como si toda discriminación estuviese necesariamente asociada a lo racial. Para diferenciarlas se hizo especial referencia al racismo como categoría.

Analizados diferentes criterios referentes al racismo, se consideró pertinente adoptar el emitido por Restrepo, quien considera que: «[...] el racismo constituye un tipo de discriminación: la discriminación que se articula a partir de los rasgos o características raciales. En otras palabras, el racismo constituye una discriminación efectuada por las adscripciones raciales atribuidas a un individuo o colectividad».⁵

⁵ Eduardo Restrepo: «Racismo y discriminación», p. 2.

Después de definido el racismo como una discriminación de orden racial, fue preciso, para comprender sus formas de expresión, remitirse al término raza, pues se encuentra allí implícito. Los seres humanos se caracterizan por ser disímiles física y culturalmente en correspondencia con la especie. La forma de entender esas diferencias ha variado según las épocas y los lugares. Las nociones de raza, etnia y nacionalidad son formas supuestas de pensamiento que explican la diversidad de la especie humana y en consecuencia sus contrastes y similitudes.

El término raza fue estudiado a partir de los distintos criterios de los estudiosos del tema relacionados con su génesis y evolución toda vez que las nociones acerca del término son el alimento de la discriminación racial. Por ejemplo, Zuleika Romy, en su obra *Elogio de la altea o las paradojas de la racialidad*, comenta que el término raza aludía en sus inicios a la procedencia, linaje, especie y que la palabra, cotidiana y neutral, se usó durante algún tiempo por los comerciantes para referirse a la calidad de los paños, hasta que los árabes y moros comenzaron a aplicarlo al reconocimiento y diferenciación de sus afamados caballos.⁶ Algo más tarde, como precisa Fernando Ortiz, moros, árabes y judíos ampliaron y denigraron el significado del término, al destinarlo a los seres humanos que comerciaban con los cristianos del mar Mediterráneo.⁷

Por su parte, Nelson Manrique considera que la impronta peyorativa de esta noción se remonta al siglo xiv, cuando el cristianismo intolerante y excluyente emprendió el hostigamiento religioso de los semitas.⁸

Otros autores se enfocan en la utilización del vocablo en el siglo xix y xx, como método para identificar a las personas por sus características genotípicas, es decir, el tipo de cabello, el color de la piel, la forma de los ojos, de la nariz o de la boca; manifiestan al mismo tiempo, que fue utilizado como concepto que presuponía la existencia de un patrimonio genético relacionado con las capacidades intelectuales y morales. Esta argumentación se esgrimió en determinados momentos históricos para justificar la dominación de unas razas por otras. En realidad, la idea de raza es un constructo cultural que la investigación científica demostró que carecía de validez alguna por no existir esa base biológica en la que se amparaba.⁹

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), publicó su primera declaración en torno a este tema en julio de 1950. En la que se podían leer, entre otras, estas afirmaciones

⁶ Zuleika Romy: *Elogio de la altea o las paradojas de la racialidad*, p. 20.

⁷ Fernando Ortiz: *El engaño de las razas*, 2011, p. 39.

⁸ Nelson Manrique: *La piel y la pluma: Escritos sobre literatura, etnicidad y racismo*, 1999, p. 13.

⁹ Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010).

tan claras: «en realidad, la raza es menos un fenómeno biológico que un fenómeno social [...]. Lo esencial es la unidad humana, tanto desde el punto de vista biológico como desde el punto de vista social [...]. Ni la personalidad ni el carácter derivan de la raza [...] no hay razón alguna para creer que ciertos grupos humanos estén mejor dotados que otros en estos aspectos». En junio de 1951, la organización reiteraba: «No poseemos ninguna prueba de la existencia de razas supuestamente “puras”».¹⁰

Puede aseverarse que la mayor parte de los académicos, de manera general, coinciden con el criterio de Restrepo,¹¹ quien considera que: «En realidad, la idea de raza es un constructo cultural que la investigación científica demostró que carecía de validez alguna por no existir esa base biológica en la que se amparaba».¹² Aunque consciente de que la noción de «raza» es un mito carente de contenido, pues las razas no existen, para llevar a cabo estudios relativos a esta categoría, Restrepo aporta una noción de raza que supone: «[...] la asociación necesaria entre ciertos rasgos corporales (como el color de la piel) que son concebidos como heredados e inmutables con unas características intelectuales y de comportamiento que se consideran irremediabilmente derivadas. Así, hay un concepto de raza cuando se afirma que alguien piensa o se comporta de esta u otra forma porque es negro (o indio o blanco)».¹³ Esta noción de raza, de manera provisional y para los propósitos de este trabajo, fue asumida por la investigadora.

Una vez dadas las consideraciones sobre los vocablos raza y racismo, así como definidas las posiciones adoptadas, puede hablarse del origen de la discriminación racial. En tal sentido, y sobre la base de este modelo referente a la raza, los historiadores están de acuerdo en afirmar que, aunque desde la antigüedad se dispone de hechos flagrantes de discriminación por razones de color de la piel (la primera noticia de racismo que se tiene data del siglo XIX antes de Cristo, cuando un faraón egipcio dictó una orden que prohibía a las personas de color negro utilizar una barca pública para cruzar un río);¹⁴ en realidad, no es hasta mediados del siglo XIX cuando realmente el racismo se convierte en un problema político, científico y social.¹⁵

¹⁰ Pierre Thuillier: *Ciencia y racismo*, PDF, pp. 116-117. *Ciencias*, pp. 60-61, octubre de 2000-marzo de 2001.

¹¹ Eduardo Restrepo: Ob. cit.

¹² Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010).

¹³ Eduardo Restrepo: Ob. cit., p. 3.

¹⁴ Emile Durkheim: *Sociólogo y médico de la sociedad moderna*, 1993.

¹⁵ Juan Antonio Pérez; Juan Manuel Falomir; María José Baguena y Gabriel Mugny: «El racismo: Actitudes manifiestas y latentes».

Con la consolidación del dominio colonial europeo y el desarrollo de su correspondiente ideología que propugnaba un discurso de superioridad natural de los europeos y su misión civilizatoria en el resto del mundo, es cuando se acuñan y circulan las categorías raciales y se instrumentaliza el racismo. Como resultado, se asocia estrechamente el pensamiento racial con el orden colonial, donde los europeos subalternaban desde categorizaciones raciales a los colonizados.

Debe notarse que el hecho de los orígenes de la discriminación racial ha sido polémico, como resultado se generaron diferentes corrientes:

A. La que sitúa el nacimiento del racismo paralelo al nacimiento de la Ilustración y de las constituciones liberales.¹⁶ En esta corriente se encuentran varios de los especialistas europeos más destacados sobre el tema, los cuales sitúan los orígenes del racismo en el momento histórico del nacimiento de la modernidad: primero con la colonización de nuevos territorios y mercados, después —y sobre todo— con la Ilustración y la instalación en las mentes, los corazones y las cartas magnas de occidente de la igualdad como valor jurídico central y, finalmente, con la consolidación de los Estados-nación en el siglo XIX.

B. La corriente para la cual el racismo (como odio al otro) nació desde el surgimiento de los pueblos con historia. A esta tendencia se adscriben quienes no coinciden en que entre las múltiples discriminaciones previas a la modernidad de unas culturas en contra de otras y aquellas propias a la modernidad, haya una línea clara de ruptura o no haya línea alguna de continuidad.¹⁷

C. Los historiadores marxistas como Said, asocian estrechamente el pensamiento racial con el orden colonial, pues consideran que con la consolidación del dominio colonial europeo, se desarrolla una ideología colonial que, además de su misión civilizatoria, tenía como discurso central la superioridad natural de los europeos.¹⁸ Para esta corriente, la ideología colonial propició que se instrumentalizara el racismo, se acuñaran y circularan las categorías raciales, y diera lugar a que el colonialismo se convirtiera en la fuente principal de la formulación de ideas sobre las discriminaciones raciales. Este análisis desde la teoría marxista clásica arguye que los orígenes del racismo pueden encontrarse en las relaciones sociales de clase inherentes al colonialismo.¹⁹

Con relación a este particular, Restrepo plantea: «[...] la discriminación racial constituye una realidad tozudamente persistente en las

¹⁶ Paz Moreno Feliú, investigadora española; Michel Wieviorka, sociólogo francés y uno de los más prolíficos autores sobre el tema; Esteban Krotz, antropólogo.

¹⁷ Olivia Gall: *Identidad, exclusión y racismo: reflexiones teóricas y sobre México*, p. 14.

¹⁸ M. Said (1993) en Hopenhayn & Bello (2001), p. 250.

¹⁹ Ibídem, p. 231.

sociedades contemporáneas. No se puede explicar la presencia del actual racismo por simples remanentes aislados de ideas racistas en la cabeza de algunos pocos individuos retrógrados. El racismo y la discriminación son fenómenos con alcances estructurales que atraviesan nuestras acciones y pensamientos cotidianos de formas que pueden incluso pasar desapercibidas para nosotros mismos».²⁰

Este autor considera que el racismo es ejercido por individuos concretos sobre individuos y poblaciones específicas. Sin embargo, esto no significa que el racismo pueda ser reducido a lo que dicen, perciben y hacen unos individuos con respecto a otros. No es un problema que se pueda limitar a las interacciones y decisiones de los individuos, pues si bien tiene una dimensión individual, no se puede perder de vista que el racismo tiene que ser también considerado desde su dimensión estructural, esto es, de cómo ha sido agenciado desde diseños institucionales que posicionan ciertos perfiles y trayectorias sociales (encarnado por sectores privilegiados racialmente no estigmatizados) socavando, a su vez, poblaciones racialmente estigmatizadas.

La reflexión de este autor acerca del racismo estructural, es sumamente interesante, porque advierte del papel del sistema institucional en el desarrollo de la discriminación racial, el que lamentablemente puede incluso pasar inadvertido, así como atravesar acciones y pensamientos cotidianos.

Vistas las consideraciones de diferentes autores, es importante destacar que a pesar de que la discriminación racial en las relaciones sociales no es la única manifestación de discriminación, es sin duda alguna de las más sensible y difundida; aunque a menudo pasa por inadvertida, salvo cuando desemboca en actos de violencia extrema. Por tanto, es considerada un ataque al principio fundamental subyacente en la Declaración Universal de Derechos Humanos: estos son derechos inalienables de cada uno de los seres humanos y se aplican a todos sin distinción.

El derecho a no sufrir discriminación racial es uno de los principios básicos de la legislación internacional de derechos humanos. Casi todos los principales tratados que regulan estos derechos prohíben la discriminación por motivos de raza, color, idioma u origen nacional. No obstante, la discriminación racial es de las formas que no solo perdura, sino que va en aumento y con signos alarmantes de violencia, al manifestarse de distintos modos según el carácter de la sociedad.

²⁰ Eduardo Restrepo: Ob. cit., p. 1.

Discriminación por orientación sexual

La homosexualidad es parte de lo que se conoce como orientación o preferencia sexual. Existen tres preferencias sexuales básicas: la heterosexual, define a una persona que se siente atraída tanto afectiva como eróticamente por gente del otro sexo. La bisexual, que se refiere a los individuos cuya atracción tanto afectiva como erótica se dirige hacia personas de ambos sexos, y la homosexual que comprende a aquellas personas del mismo sexo únicamente.

Analizadas las tres preferencias sexuales básicas, es fácil decir, pues es evidente, que las personas cuya preferencia u orientación sexual difiere de la heterosexual sufren discriminación porque existe una tendencia a defender la idea de la heterosexualidad como sexualidad dominante y, a partir de ella, la calificación de todas las demás orientaciones o manifestaciones. Además, el resto de las formas de sexualidad aparecen como incompletas, perversas y, en algunos casos, como patológicas, criminales e inmorales.

La discriminación contra las personas que tienen una preferencia u orientación sexual diferente a la heterosexual se manifiesta como homofobia, entendiéndose esta como la aversión contra las orientaciones, preferencias sexuales, identidades o expresiones de género, contrarias al arquetipo de los heterosexuales, lo que incluye la lesbofobia y la transfobia. Estas posiciones homofóbicas evidencian posiciones y actitudes intolerantes que tienen como objetivo controlar las vidas de las personas y limitar su autonomía a través de procedimientos particularmente agresivos y poco respetuosos.

Las personas que son víctimas de homofobia son rechazadas en el trabajo, la escuela y en sus propios hogares. Se manifiesta en despidos, exclusión educativa, rechazo religioso, negación de servicios, estereotipos y estigmas reproducidos por los medios de comunicación, humillación, rupturas familiares, abandono, invisibilidad, violencia y, en casos extremos, hasta la muerte.

En correspondencia con lo antes expuesto y con lo que se persigue en este trabajo, el análisis de la discriminación por orientación sexual que se hace en este epígrafe será referido a la homosexualidad, y en consecuencia, a la homofobia como forma de discriminación hacia este grupo de personas.

El término homosexualidad proviene del latín *homo* (hombre) y de *sexos* (diferencia física y constitutiva del hombre y la mujer). Kart Marie Benkert fue el introductor del término, también conocido como «uranismo» (*ulrichs* en alemán). Otros autores como Wetpath lo denominaron «sensibi-

lidad opuesta»; Ellis lo llamó «inversión sexual» y por último Sigmund Freud prefirió el vocablo de «inversión o variante». Aquí puede observarse una tendencia reduccionista a comprender solo la elección sexual del individuo.²¹

El primer y más importante paso en el conocimiento del tema lo dieron Flies y Freíd, en su libro *Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie*, al afirmar que todo ser humano atraviesa por un período psicológicamente bisexual durante su niñez. El componente homosexual se ve fuertemente modificado por la vida social, las costumbres adultas y los juegos, entre otras cuestiones.²²

En tanto, hablar de la evolución en el tiempo de la homosexualidad, como parte de la sexualidad humana es bien difícil, aun cuando los más antiguos testimonios históricos sobre sexualidad datan de más de cinco mil años, así pues la sexualidad varía de una cultura a otra en estrecha relación con el contexto socio-histórico en que se desarrolle.

Durante la prehistoria, se cree que no había limitantes para el sexo, ni reglas que lo regulasen, pues la sexualidad era vista más que todo como una forma de asegurar la especie.

En la antigüedad, con el judaísmo, ocurren interacciones interesantes ante la sexualidad, muestra de ello es el *Antiguo Testamento*, fuente original de la ley judía, donde se señalan las normas que regulan la conducta sexual de la época: se prohíbe el adulterio, aparece el tabú de la desnudez, se hace evidente la prohibición del incesto y se proscribe la homosexualidad, no fue así en Grecia donde se toleraba la homosexualidad masculina dentro de un contexto educativo.

En la Edad Media, la Iglesia consolidaba su poder, de modo tal que la teología se equiparaba a la ley civil. En esta época aparecieron los famosos cinturones de castidad, y se hicieron evidentes muchos problemas sexuales, por lo que la Iglesia para reafirmarse refrenda el matrimonio monógamo y declara el instinto sexual como demoníaco dando origen así a la Santa Inquisición.²³

Posteriormente, durante los siglos XVIII y XIX o época victoriana, conductas sexuales como la masturbación, eran consideradas inapropiadas y se les culpaba de desórdenes como la epilepsia. En 1886 aparece el trabajo del psiquiatra alemán Richard Kraft Ebing, «Psychopatía Sexualis», don-

²¹ Seida Barrera Rodríguez: «Propuesta legislativa a favor de las relaciones homosexuales en Cuba. Breve alusión al reconocimiento de la transexualidad por los tribunales cubanos», 2004.

²² Ibídem, p. 9.

²³ Por centurias las creencias religiosas dominaron el comportamiento sexual y aún lo dominan entre muchas personas de todo el mundo.

de describe diferentes tipos de comportamiento sexual, los etiqueta como patológicos y construye su propia clasificación de desviación sexual.²⁴

Luego, hace su aparición Sigmund Freud (1856-1939), médico vienés, que fue considerado el padre del psicoanálisis, quien demostró la trascendencia que la sexualidad tiene para los individuos, a partir del desarrollo de su teoría de la personalidad, la cual tiene como pivote el desarrollo sexual. Introdujo, además, el término lívido, como la energía de la que emanan todas las actividades de los hombres. Con este concepto escandalizó a la sociedad burguesa de Viena al afirmar que la mayoría de las fobias y miedos tenían relación con las frustraciones sexuales. Se dice por algunos estudiosos del tema, que con Freud se inició el modernismo sexual, el que surgió en respuesta a las rígidas normas victorianas.

Por la misma época de Freud aparecen otros autores con ideas muy avanzadas para la época, como lo es el médico británico Henry Havelock Ellis (1859-1939), y hacen su aparición las mujeres, entre ellas se destaca la escocesa Marie Stopes (1880-1958), quien apuntaba que el sexo debía ser disfrutado libremente y sin temores. De esta forma, comienzan a darse los primeros pasos para los estudios sistemáticos de la sexualidad, los que se inician con el zoólogo estadounidense Alfred Kinsey (1894-1956). Estos permitieron ir develando mitos y tabúes acerca de la sexualidad y en consecuencia de la homosexualidad.

En los informes realizados por Kinsey, se muestra la diversidad de matices que pueden existir entre la heterosexualidad u homosexualidad pura, lo cual puede deberse a múltiples factores, por ejemplo, una persona cuya homosexualidad puede no estar asumida o que adopte la postura de heterosexual solo para ofrecer una imagen social. Kinsey demostró que existen homosexuales en todos los órdenes de la vida, que crecen y se desarrollan en cualquier tipo de familias, y que pueden practicar, además, diferentes religiones, toda vez que los resultados arrojaron que las prácticas homosexuales con orgasmo desde la adolescencia hasta la vejez estuvieron presentes en el 37% de los hombres y en el 28% de las mujeres.

Acerca de la homosexualidad, Sigmund Freud consideraba que «es cierto que la homosexualidad no es una ventaja; pero tampoco es algo por lo cual tenga que avergonzarse; ni es un vicio, ni es una degradación, ni puede ser clasificada como una enfermedad. Nosotros la consideramos como una variedad de la función sexual producida por cierta detención del desarrollo sexual. Varios individuos altamente respetados en la antigüedad y en tiempos modernos fueron homosexuales, entre ellos: Platón,

²⁴ Alejandra Lin-Ku: «La perversión sexual: Psicoanálisis y Filosofía», 2016, pp.150-155.

Miguel Ángel, Leonardo Da Vinci. Es una gran injusticia perseguir la homosexualidad como si fuera un crimen, es una crueldad además».²⁵

Es evidente que la homosexualidad a lo largo de la historia ha navegado entre la aceptación y el rechazo, e incluso han existido leyes que por su contenido la han discriminado y sancionado de la manera más cruel, de las que pueden citarse algunas:²⁶

- En la Edad Media, tenemos el concilio de Nablusa en 1120, en el cual 4 de los 25 cánones aprobados contra los pecados de la carne se relacionan con la homosexualidad, su única redención era la hoguera. Sus antecedentes se encuentran en las leyes represivas de Constante I y II en el año 342, y en el Código de Justiniano del siglo VI.
- El Decreto de Graciano, promulgado entre 1139 y 1140, considera la homosexualidad como sodomía, de naturaleza más grave que el adulterio y la fornicación. Baste decir que el mencionado decreto formó parte de la ley básica de la Iglesia hasta la promulgación del Código de Derecho Canónico en 1917.
- Código de Napoleón como la primera ley que ve la homosexualidad como un acto no penable por la ley, distinguiendo entre crimen y vicio, y al no poder ubicar a la homosexualidad en ninguno de los dos, no se tipificó como sanción penal siempre que hubiera mutuo consentimiento.
- Código Penal Soviético, modificado poco después de la Revolución de Octubre, de manera tal que se suprimió como delito el adulterio, el concubinato, el bestialismo, el incesto, el amor lesbiano y el coito contra natura. Solo se sancionaría cuando la víctima fuese menor de edad o usando la fuerza.
- Lamentablemente estas actitudes, aunque existen acciones legislativas y de organizaciones civiles encaminadas a la lucha por los derechos de los homosexuales, aún persisten y cobran vida en la homofobia: discriminación por orientación sexual. Como consecuencia, organizaciones internacionales en la actualidad, se pronuncian, por ejemplo, el secretario general de la Organización de Naciones Unidas, Ban Ki-moon, afirmó que nadie debe ser sujeto de tortura o tratos crueles o degradantes, independientemente de sus preferencias sexuales y llamó una vez más a todos los países que penalizan a las personas por su orientación sexual o identidad de género a tomar las medidas necesarias para abolir esas leyes y promover el respeto a toda la gente.²⁷

²⁵ Seida Barrera Rodríguez: Ob. cit., p. 11.

²⁶ Ibídem, p.16.

²⁷ Reunión del Consejo de Derechos Humanos sobre violencia y sanciones legales por motivo de orientación sexual, celebrada en Ginebra el 17 de septiembre de 2010.

A través de este tópico, ha podido observarse que a lo largo de la historia, en diferentes contextos, las clases dominantes han creado mecanismos para el control social de la sexualidad, en confrontación con otros grupos y clases sociales que quedan en una relación de subordinación y desventaja.

Discriminación contra la mujer: la violencia como forma de expresión

Desde las épocas más remotas de la historia de la humanidad, la mujer se ha visto disminuida, pues se le ha impuesto el papel de subordinación a los hombres en todos los sentidos. Con el surgimiento de la familia patriarcal se dan una serie de interacciones que favorecen a la organización de la sociedad de forma desigual, atribuyendo derechos y deberes distintos para sus miembros según el sexo a que pertenezcan, que subsisten a lo largo de los siglos. De esta manera «[...] las sociedades patriarcales han instituido un modelo social de dominación/sumisión que tiene como eje la discriminación en razón del sexo [...]».²⁸

Esta forma de relación no se limita a concebir la inferioridad femenina, sino que incluso se manifiesta mediante comportamientos agresivos, que devienen en diferentes formas de violencia, como forma principal y más preocupante de discriminación contra la mujer, la que se remonta a los inicios de la civilización y se consagra y legitima a través del sistema patriarcal, y ha sido ratificada por las sociedades posteriores hasta la actualidad.²⁹

Aunque hoy la familia patriarcal puede verse de manera diferente tras épocas de esfuerzos de la mujer por emanciparse, pues en determinados momentos la mujer ha llegado a conseguir cierta emancipación, no se ha evitado que la violencia siga propagándose.

Pese a que este fenómeno no es algo reciente, muchos países históricamente lo ignoraron y no es hasta la segunda mitad del siglo xx cuando las organizaciones feministas dieron visibilidad plena al problema de la violencia contra la mujer, que se empieza a mostrar interés en relación con el tema.

En ese sentido, tuvo especial importancia la celebración del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres en Bruselas en 1976, pues

²⁸ Y. Valdés Jiménez, M. Díaz Tenorio, M. Perera Pérez *et al.*: *Violencia de género en las familias, encrucijadas para el cambio*.

²⁹ Silvia García Méndez: *Una mirada a la violencia contra la mujer desde sus protagonistas*, 2004, p. 2.

fue la primera vez que se tipificaron como crímenes diferentes tipos de violencia cometidos contra las mujeres. Consecuencia de su resonancia, en 1979 la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en 1980 se celebró en México la Primera Conferencia Mundial de la ONU sobre la mujer, activándose al año siguiente la Convención para Erradicar la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).³⁰ En 1993, las Naciones Unidas ratificaban la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, y en 1995 en Brasil, se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

Se ha podido constatar a través de diferentes estudios, que estos acontecimientos impulsaron toda una serie de medidas legislativas y modificaciones de códigos penales de muchos países, para tratar el tema de la violencia contra la mujer. Como resultado, actualmente numerosos países cuentan con estrategias para combatir la violencia contra la mujer, diseñan planes generales y sectoriales, promueven campañas para interesar a toda la sociedad en este problema, y han modificado su legislación incluyendo en ella leyes contra la violencia hacia la mujer.

Conclusiones

La discriminación es un fenómeno que comienza sus primeras manifestaciones a medida que van ocurriendo cambios camino a la civilización y el progreso, momento en el que se van acentuando las diferencias entre semejantes a la par de las desigualdades. Así, desde entonces y hasta la fecha de la mano con la historia ha ido la discriminación, la que históricamente ha sido considerada un fenómeno humano difuso, que se encuentra vinculado a casi todos los aspectos de las relaciones humanas. Solo el hombre es el único ente de tal fenómeno quien, además, en ocasiones se vale de medios que recrudecen sus efectos.

Por ello se puede determinar que el desarrollo de esta conducta no es privativo de ningún país en particular, todo lo contrario, se ha globalizado y se manifiesta independientemente de su desarrollo social y del sistema político imperante; incluso en los países del llamado primer mundo, se visualiza de forma alarmante.

De ahí que podamos concluir que las formas más comunes de expresión en atención a su percepción son: discriminación racial, discrimina-

³⁰ Ídem.

ción por orientación sexual, discriminación contra la mujer, la violencia como expresión

En resumen, puede decirse que estas formas de discriminación no son conductas novedosas por su origen y su evolución en el tiempo, sin embargo han modificado sus maneras de manifestarse con patrones agravados.

Por la importancia, la alta sensibilidad y la percepción de riesgo que encierra este fenómeno, actualmente numerosos países cuentan con estrategias, diseñan planes generales y sectoriales, promueven campañas para interesar a toda la sociedad en ese problema y han modificado su legislación atemperándola a la situación actual.

Bibliografía

- ABREU, JOSÉ LUIS: «Antecedentes de la discriminación», *Daena: International Journal of Good Conscience* 8(1) 249-255, marzo de 2013, ISSN 1870-557X. PDF.
- BARRERA RODRÍGUEZ, SEIDA: «Propuesta legislativa a favor de las relaciones homosexuales en Cuba. Breve alusión al reconocimiento de la transexualidad por los tribunales cubanos», 2004. Tesis presentada para optar por la Licenciatura en Derecho.
- BORÍSOV, ZHAMIN Y MAKÁROVA: «Diccionario de economía política». Enciclopedia virtual. <http://www.eumed.net/cursecon/dic/bzm/m/modopc.htm>.
- «Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia» [Base de datos Organización de Naciones Unidas]. http://www.un.org/es/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf, Consulta: 24 de marzo de 2014.
- «Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia». http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf, Consulta: 24 de marzo de 2014.
- «Declaración Universal de los Derechos Humanos». Organización de las Naciones Unidas, 1948.
- DURKHEIM, EMILE: *Sociólogo y médico de la sociedad moderna*, Editorial McGraw-Hill, España, 1993.
- GALL, OLIVIA: *Identidad, exclusión y racismo: reflexiones teóricas y sobre México*, 2004. PDF
- GARCÍA MÉNDEZ, SILVIA: *Una mirada a la violencia contra la mujer desde sus protagonistas*, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2004.

- GARCÍA, R.: «Migraciones internacionales en Cuba. Persistencia y cambios», en *Revista de la Emigración Cubana Progresista*, Areito digital. http://www.areitodigital.net/migraciones_internacionales_en_c.htm, Consulta: 18 de marzo de 2014.
- «Glosario de expresiones jurídicas», 2011.
- GONZÁLEZ DÍAZ, CARIDAD B.: «La discriminación y sus formas o manifestaciones. Su comportamiento y tratamiento en Cuba en el período 1990-2017». Tesis para la obtención de la Maestría en Estudios interdisciplinarios sobre América Latina, Caribe y Cuba.
- LIN-KU, ALEJANDRA: «La perversión sexual: Psicoanálisis y Filosofía», 2016, https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/132824/DPE-TP_LinKuA_Perversi%C3%B3nsexual.pdf?sequence=1&isAllowed=y. PDF.
- M. SAID (1993) en HOPENHAYN & BELLO (2001). Visto en José Luis Abreu: «Antecedentes de la discriminación», *Daena: International Journal of Good Conscience* 8(1) 249-255. Marzo 2013. PDF.
- MANRIQUE, NELSON: *La piel y la pluma: escritos sobre literatura, etnicidad y racismo*, Centro de Informe y Desarrollo Integral de Autogestión (CIDIAG), Lima, 1999. Visto en Zuleika Romay: Ob. cit.
- MONTES BERGES, BEATRIZ: «Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio», *Revista Electrónica de la Universidad de Jaén*, 2008.
- MORALES DOMÍNGUEZ, E.: «Cuba: Raza y República». *La Jiribilla*, No. 336, Año VI, 13 al 19 de octubre de 2007. http://www.lajiribilla.co.cu/2007/n336_10/336_01.html. Consulta: 24 de marzo de 2014.
- MORGAN, LEWIS HENRY (Considerado uno de los fundadores de la antropología moderna). En *Revista Cubana de Medicina General Integral*. Vol. 13, No. 5, La Habana, septiembre-octubre.
- ORTIZ, FERNANDO: *El engaño de las razas*, Fundación Fernando Ortiz, La Habana, 2011. Visto en Zuleika Romay: Ob. cit.
- Panel sobre discriminación por origen racial o étnico (2010). Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, Centro de Publicaciones, Ministerio de Sanidad Política Social e Igualdad, Gobierno de España.
- PÉREZ, JUAN ANTONIO; JUAN MANUEL FALOMIR; MARÍA JOSÉ BAGUENA Y GABRIEL MUGNY: «El racismo: Actitudes manifiestas y latentes», 1993. PDF.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua española*, vigésima primera edición, Barcelona, España, 1995.

- RESTREPO, EDUARDO: «Racismo y discriminación». <http://www.ram-wan.net/restrepo/documentos/racismo.pdf>. PDF.
- _____: *Racismo y discriminación*, Instituto de Estudios Sociales y Culturales, PENSAR, Universidad Javeriana.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS: «Definición y concepto de la no discriminación», 2005, revista *El Cotidiano*, Vol. 21, No. 134, noviembre-diciembre, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, México DF.
- ROMAY, ZULEIKA (2012): *Elogio de la altea o las paradojas de la racialidad*, 2012. Premio de la Crítica Casa de las Américas, Editorial Casa, La Habana.
- THUILLIER, PIERRE: «Ciencia y racismo», *Ciencias*, octubre de 2000-marzo de 2001.
- VALDÉS JIMÉNEZ, Y., DÍAZ TENORIO, M., PERERA PÉREZ, M., CHAO HERNÁNDEZ, A., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, N., GAZMURI NÚÑEZ, P. y MORGADO GARCÍA, A.: *Violencia de género en las familias, encrucijadas para el cambio*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2011.
- WIEVIORKA, MICHEL: «La mutación del racismo», *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. XLIX, No. 200, mayo-agosto. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

LOS COMIENZOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CUBA, 1721-1847

Law Teaching Beginnings in Cuba, 1721-1847

MSc. Sheila Rodríguez Rodríguez

Resumen

En el presente artículo se realiza una reseña histórica sobre la enseñanza del Derecho, el proceso de formación de abogados y la existencia en Cuba de una Academia de Jurisprudencia en La Habana. Se hace un recorrido histórico sobre la institucionalización de la enseñanza del Derecho a través de otros centros análogos que constituyeron antecedentes significativos para la comprensión del nacimiento, desarrollo y posterior consolidación de una ciencia clave para el ordenamiento jurídico de la Isla. Por último, se hace referencia a la instauración de la Academia de San Fernando y su significado para la vida jurídica, la educación y formación de abogados criollos.

Palabras clave: Derecho, formación de abogados, academia.

Abstract

A historical review concerning Law teaching, lawyer process formation and the existence of a Jurisprudence Academy in Havana, Cuba, is carried out through the present article. At the same time, the author also makes a historical examination on the institutionalization of Law teaching by means of other analogous centers that constituted significant antecedents for the understanding of birth, development and later consolidation of a key science for legal ordering of the island. Finally, we can find a reference to the instauration of San Fernando Academy and its importance for legal life, education and formation of Creole lawyers.

Key words: Law, lawyer formation, academy.

Introducción

La presencia de abogados en Cuba data casi desde la llegada de los españoles a estas tierras. Sin embargo, no era libre el ejercicio de la

profesión. En cuanto al estudio de la carrera de abogado, estos debían cursarse en las universidades de Salamanca, México o Santo Domingo, porque no existía en La Habana institución autorizada donde estudiarla.

Los primeros pasos para el establecimiento de una universidad en La Habana, vinieron de la mano de Diego Romero, fraile de la Orden de Predicadores. El papa Inocencio III, correspondiendo a sus gestiones y a las que formulara el Ayuntamiento de La Habana, promulgó la bula de 12 de septiembre de 1721, autorizando a los padres del Convento de San Juan de Letrán para fundar una universidad que sería a semejanza de la que ya existía en Santo Domingo. Esta bula obtuvo la autorización del Supremo Consejo de Indias el 5 de enero de 1728, disponiéndose por Real Cédula de 14 de marzo de 1732. En esa fecha, el claustro de la nueva universidad redactó su propio reglamento aprobado por el capitán general y el Consejo de Indias el 27 de junio de 1734.

De esa manera quedó fundada la Universidad de La Habana bajo la dirección de los padres predicadores quienes ocuparon la rectoría hasta 1820. En ese mismo año el notable abogado Prudencio Hechevarría y O'Gaban, combatió la elección del padre don Antonio Pérez y Guzmán, por considerarla contraria a la constitución de la monarquía. El plan de enseñanza seguido en cuanto al Derecho no podía ser precisamente usado como modelo. El mismo padre José Agustín Caballero, en 1795, lo hacía objeto de censuras. Aunque rudimentaria en sus inicios, de aquella universidad salieron abogados como Bernardo de Urrutia Matos, Rafael González, Luis Hidalgo Gato y Francisco Filomeno, entre otros.

Frente a la universidad se levantaba el Real Seminario de San Carlos y San Ambrosio, fundado en 1769 por el doctor Santiago José de Echevarría y Elguezuá, obispo de Cuba, Jamaica y provincia de la Florida. En la segunda de las secciones en que se dividió el seminario, se estudiaba el Derecho junto con la Gramática, la Retórica, la Filosofía, la Teología y las Matemáticas.

Como requisito para comenzar estudios en esta institución, el aspirante debía justificar ser hijo legítimo, estar limpio de toda mala raza de judíos, moros o recién convertido, no descender de negros, mulatos o mestizos, entre otros requisitos. A eso se le conocía como *limpieza de sangre*.

Entre la Universidad Pontificia y el Real Seminario de San Carlos existía cierta rivalidad. Cada uno de esos centros pretendía ser superior al otro en materia de enseñanza, aunque los jóvenes preferían estudiar en las aulas del seminario. En esa institución, el profesorado por regla general era más competente. Esa característica hizo que se reuniera en sus salones lo más selecto de la Isla y salieran graduados gran parte de los hombres que brillaron tanto en la ciencia como en la política.

Pese a lo anterior, la enseñanza del Derecho era deficiente en ambas instituciones, pues se dedicaba un tiempo mayor a la enseñanza del Derecho Romano que a la legislación vigente en la metrópoli o en la propia Isla. Así se mantuvieron las cosas hasta que por iniciativa del obispo Espada se abrieron las cátedras de Derecho y Economía Política, y se nombró para el desempeño de la primera en el Real Seminario de San Carlos, al licenciado Justo Vélez, quien al decir de Bachiller y Morales «era un sacerdote entusiasta, sostenedor de las doctrinas más avanzadas en los diferentes ramos de la administración social».¹ Fueron discípulos de Vélez: Govantes, Poey, Carrillo, Saco y la mayor parte de los hombres más distinguidos de aquel corto catálogo de compatriotas notables.

Tanto en la universidad como en el seminario, se explicaba la asignatura de Derecho Político, hasta la creación de una cátedra propiamente de dicha materia. Este honor se le debe al presbítero Félix Varela, quien la ganó en brillantes ejercicios de oposición contra tan distinguidos candidatos como José Antonio Saco, Nicolás Manuel Escobedo y Prudencio Echavarría.

Otras instituciones que tributaron al Derecho en Cuba

En Cuba, la administración de justicia estaba a cargo de la Audiencia de Santo Domingo, fundada por la Ley II, Título XV, Libro II de la Recopilación de Indias. La audiencia estaba compuesta por un presidente –gobernador y capitán general, cuatro oidores, un fiscal, un aguacil mayor y teniente de gran canceller. A ese personal agregó la cédula de 5 de abril de 1511, dada por Fernando V, tres letrados adscriptos con atribuciones para despachar en vista y revista.

La audiencia comprendía en el territorio de su jurisdicción no solamente las islas de Barlovento, sino los gobiernos de Venezuela, Nueva Andalucía, el río de la Hacha y la Guyana. Posteriormente la Audiencia de Santo Domingo fue trasladada a la ciudad de Puerto Príncipe por decreto de 14 de mayo de 1797, donde se instaló el 31 de julio de 1800.

Por el acuerdo de 28 de mayo de 1818 la Audiencia de Puerto Príncipe propuso la fundación de una Academia de Jurisprudencia Práctica en atención a las ventajas que indiscutiblemente debía producir su establecimiento y se encargó de su dirección al mismo regente de la audiencia. Este acuerdo disponía que en lo adelante nadie fuera admitido a examen de abogado sin presentar certificación de haber asistido por espacio de un año a la academia.

¹ J. Agustín Martínez: «El Derecho en Cuba», *Libro de Cuba*, p. 175.

Esta academia no contaba con numerosos discípulos debido al requisito indispensable que debían cumplir los candidatos para entrar en ella: poseer título de bachiller, algo que solo pocos jóvenes lograban. En cuanto a la profesión de abogado se exigían numerosos requisitos, según el acuerdo de 8 de junio de 1818 (Audiencia Pretorial de Puerto Príncipe):

Primero: Seis años de «pasantía» posteriores al grado de bachiller, acreditados con certificación jurada (uno de estos en la Academia de Jurisprudencia).

Segundo: Fe de bautismo y de limpieza de sangre; los documentos acreditativos de este último importante extremo debían ser pasados a informe de tres abogados antiguos de la ciudad.

Tercero: Calificado por la Real Universidad el grado de bachiller y el informe antecedente, se requería dar vista al señor fiscal y según lo que dicho funcionario resolviera, admitir o no a examen al candidato.

Cuarto: En el caso de dos o más aspirantes a una vacante, esta se proveía con el más antiguo, quedando los demás sin ejercicio hasta que resultara otra vacante a que adscribirlos.

Quinto: Las vacantes de la capital se cubrían con los abogados más antiguos y de mayor mérito de otros lugares que las solicitasen debiendo el candidato presentar su solicitud con dos meses de anticipación, cuando menos, en los estrados de la audiencia respectiva.

Sexto: Habilitación de la Real Audiencia.

Séptimo: Toma de razón de las justicias.

Octavo: Certificado de residencia.

Los que ejercieran la profesión sin cumplir cualquiera de estos requisitos podían ser suspendidos y corregidos, según la gravedad del exceso.

Algunos de esos requisitos fueron suprimidos por la Real Cédula de 4 de septiembre de 1819, bajo la que se fundó la academia conocida con el nombre de San Fernando en La Habana. La única restricción que se mantenía era en cuanto al número de los abogados, pues solo se permitieron ochenta en La Habana y veinticuatro en Puerto Príncipe. Se exigía, además, la edad de veinticinco años, que en aquel entonces se consideraba la edad de mayor discernimiento y madurez.

El establecimiento en La Habana de la mencionada Academia de San Fernando, inaugurada el 20 de marzo de 1831 con asistencia del capitán general excmo. Sr. don Francisco Dionisio Vives, del teniente de gobernador asesor general primero, don Francisco de Paula Vilches, de don Juan Ignacio Rendón, juez de Bienes de Difuntos, presidente de la academia, de don José Agustín Govantes, secretario, y de otras altas y connotadas personalidades.

Según Bachiller, «estas Academias prestaron grandes servicios y produjeron excelentes resultados para la profesión del abogado. Constituían además, un medio de fomentar el estímulo entre la juventud estudiosa».²

La Real Academia de San Fernando

La institucionalización de un sistema de jurisprudencia en la Isla atemperado a las realidades criollas surcó tempestuosos caminos. A pesar de constituir una de las instituciones más antiguas, su existencia fue efímera. Las contradicciones existentes entre los gobernadores generales y la élite criolla amante del Derecho desbordaron los anchos espacios de los cargos de la administración pública por lo cual acordaron multitud de medidas encaminadas al florecimiento de la ciencia jurídica en el país, el amor a la patria y con espíritu inquieto fomentaron la creación de otras instituciones propicias para el desarrollo de la nación siendo foco en no pocas ocasiones de movimientos juntistas.

La Real Academia Teórico Práctica de San Fernando, según las referencias encontradas en el *Diario de La Marina* fechado el 30 de abril de 1830, fue avalada por S.M. el rey a través de la Real Cédula del 4 de septiembre de 1819 y ratificada por la Real Cédula del 26 de octubre de 1824. Sin embargo, mucho tiempo tuvo que pasar para su creación debido al mal manejo del expediente. Al referirse a ello el Dr. Francisco Vilches, luego presidente de la academia, expone que el decreto y dictamen para su fundación se encontraban extraviados. El mismo Vilches comienza su exposición con una disculpa por la demora en la resolución de tan importante asunto como lo era el establecer un Colegio de Abogados y una Academia de Derecho en la capital. Por eso esclarecía que el expediente inicial no fue unido al que tramitaba él. En ese sentido llamaba a la conformación de una junta general para así poder realizar el examen, censura y acomodamiento de los estatutos remitidos a la Real Audiencia.

Una vez completado el expediente, Vilches propuso que el capitán general designara el local en que se establecería dicha institución. Para ello se tuvo en cuenta el número de individuos que debían asistir, y se le hizo funcionar bajo los estatutos de la Academia de Puerto Príncipe ya que estos se encontraban bajo la protección de la Real Audiencia de La Habana y del capitán general hasta tanto se aprobaran e imprimieran los que habían de regir en La Habana. En tal sentido, la academia tendría una estructura designada por el capitán general, quien elegiría a los

² Ídem.

presidentes, director, fiscales primero y segundo y secretario, así como a los letrados.

Se estipulaba que la academia tuviese el nombre de San Fernando en honor al rey. Entre sus fines se incluía la instrucción de los nuevos alumnos, así como la rectificación de doctrinas ya adquiridas por los matriculados con algún tiempo de pasantías en los estudios particulares.

Los cargos tendrían carácter honorífico y se cubrirían por cuatro años. Para ello se escogieron letrados de «probidad y sana opinión política». El empleo del director era amovible y en caso de falta o excusa legítima era de elección por el excmo. señor protector. Después de cuatro años el presidente y el vicepresidente eran de elección bienal, así como los demás oficios establecidos en el Artículo 24 de los estatutos de la Academia de Puerto Príncipe por la cual se regían para ganar en organización.³ En ese sentido organizativo se hace referencia a la forma en la que se debía conformar el horario de clases, los ejercicios y fijaba la cantidad de media onza como derecho de matrícula, más un peso mensual por cada alumno.

Una vez conformados los Estatutos de la Real Academia y dados a conocer, toma posesión el Dr. Francisco de P. Vilches como director de la Real Academia Teórico Práctica de San Fernando y siete días después el capitán general disponía con su nombramiento la instalación de la academia en la casa del oidor Juan Ignacio Rendón, designado presidente de la misma y oidor honorario. Se designó a los doctores Luis Hidalgo Gato, Ignacio Santos Suárez y José Agustín Govantes como los encargados de examinar los estatutos para su mejor aplicación y se establecen 20 días para su aprobación. Como vicepresidente fue elegido Luis Hidalgo Gato; fiscal primero, Francisco del Calvo y como segundo fiscal José Agustín Govantes.

La inauguración de la academia debía demorar casi un año publicado en el *Diario General del Real Colegio Seminario*. El 20 de marzo de 1832 se produjo la renuncia del Lic. Luis Hidalgo Gato como vicepresidente y se aceptó el 16 de abril el ascenso al cargo de Francisco del Calvo, a la fiscalía segunda el Lic. José Agustín Govantes y a la segunda secretaría al Lic. Andrés Rodríguez.

La salida de Vilches y la debacle de la Real Academia de San Fernando

Entre 1833 y 1834 Vilches es nombrado regente de la Audiencia de Puerto Rico, ese hecho contribuyó a cierta desorganización y mal manejo de los

³ Archivo Nacional de Cuba (ANC). Fondo de Jurisprudencia. Relativo a la Fundación de la Real Academia Teórico Práctica de San Fernando. Legajo 21, 1819.

expedientes en la Real Academia. Es por ello que la Audiencia de Puerto Príncipe, órgano que rectoraba el proceso de aceptación de aspirantes para abogados, comenzó a detener los expedientes debido a la falta de claridad de estos. Lo que produjo malestar en el presidente Lic. Ignacio Rendón, quien renunció al puesto a los cuatro días.

En lo adelante todo no marchó según lo previsto, pues en los fondos del Archivo Nacional se encuentran dos escritos en los cuales se critica la forma en la que funcionaba el organismo. El primero de ellos, fechado en el Colegio de San Carlos el 23 de junio de 1834, dirigido al director y ministros de la Real Academia, un grupo de bachilleres exponen que: «maltratados algunos de ellos en su reputación literaria y viendo todos ellos con dolor expuesto a quedar paralizado el inmenso aprovechamiento que pudiera prometerse de la concurrencia de sus esfuerzos bien sostenidos y encaminados, no encuentran otra senda que los conduzca al remedio tan grave daño que hacerlo presenta a V.S. como personas inmediatamente encargadas de remover cuantos estorbos puedan embarazar la marcha de este noble instituto hacia el más grande y único fin para que fue destinado».⁴

Sin embargo, poco o nada hicieron sus representantes académicos, pues el 10 de julio de ese mismo año, firmado por los bachilleres: Francisco de Maza Arredondo, Manuel Ancizar, Agustín Zárraga y Heredia, Antonio Bachiller, José Francisco Aguiar, Rafael Matamoros, Carlos Tarafa, José Valdés y Fauli, Manuel de Ortega, Manuel de Garay y Heredia y Juan Bautista de Olivares elevaron otra queja, esta vez destinada al capitán general, pidiendo una respuesta ante tales males. En la querella se hace un resumen histórico de la academia y se enumeran los fines para los que fue creada. Al respecto agregan:

Aquella multitud de ansiosos concurrentes han desaparecido todos: ni uno siquiera de los empleados de la Academia se deja ver en el salón, excepto el presidente; y los bancos se miran tan solo ocupados por unos pocos de aquellos a quienes lleva la necesidad de completar su carrera, y esos, por la mayor parte, indiferentes y distraídos, cuando no disgustados e impacientes por salir de una situación penosa y desaprovechada.⁵

El cuadro pintado con anterioridad demuestra que la academia de jurisprudencia de La Habana estaba reducida pocos años después de su fundación, a un mero organismo burocrático y a ello contribuía, sin duda, el recelo con que las autoridades miraban las actividades de la juventud

⁴ Ibídem, p. 10.

⁵ Ibídem, p. 11.

habanera y las constantes cortapisas opuestas a todo cuanto significara libre discusión y exposición de ideas. Se le asignaba a los miembros sus derechos y obligaciones, y le concedían influencia por votación en casi todos los actos de régimen interior y principalmente en el nombramiento de fiscales, secretarios y tesoreros que debían elegirse en su seno.

En esos momentos, la academia que sesionaba en La Habana era reducida a simple escuela, ni siquiera se habían fijado reglas que defendieran a los alumnos de la arbitrariedad de sus maestros y les sirviese, al mismo tiempo, para ordenar sus operaciones como se acostumbraba en los pequeños establecimientos de educación.

Señalan los bachilleres que en la academia habanera se juzgan sus escritos en términos de «templados y absolutos» y no les estaba permitido replicar. Sin embargo, aún no contaban con un reglamento que le sirviera de norma para la defensa de ambas partes, ni mucho menos que se acomodaran a los fines de la institución, pues aunque el general Vives estipuló que se rigieran por los estatutos de Puerto Príncipe, estos no se habían publicado en La Habana ni sabían los académicos si el director tenía alguno en su poder por los escasos conocimientos que demostraba, como por ejemplo con la exclusión de los bachilleres en cuanto al voto, como así lo estipulaba Vilches.

El análisis de esos documentos lleva de la mano a la conclusión que una vez más los gobernantes habían tenido en cuenta lo que ellos denominaban «las especiales condiciones que existían en La Habana». El escrito constituía un gesto de reclamos lleno de sinsabores. Las respuestas que recibieron no hemos podido rastrearlas, pues el documento más cercano a la fecha del mismo que encontramos sobre la academia, es una certificación expedida por el Lic. Andrés Rodríguez y Zenea, secretario primero de la Real Academia de Jurisprudencia y abogado de la Real Audiencia del distrito donde se hace constar que el 11 de julio de 1836, reunidos los señores Francisco Calvo, Ignacio Crespo y Ponce de León, tesorero; Lic. Manuel Martínez Serrano, secretario segundo; y el secretario primero dijo:

[...] manifestó el Presidente que a virtud de la comunicación hecha al Capitán General participándole el fallecimiento del Director y vicepresidente, y haber transcurrido con ventaja el tiempo porque fueron nombrados los actuales, se ha designado su Excelencia renovar los empleados eligiendo: Director, Francisco de Paula Viches; Presidente, Ignacio Crespo y Ponce de León; Vice, José Guerrero; Fiscal Primero, Antonio Zambrana; segundo, Francisco Javier de la Cruz; Tesorero, Antonio Pío de Carrión; secretario primero, Manuel González del Valle, y vice, Manuel Martínez Serrano, todos los cuales tomaron posesión, hablando en el acto de Vilches y el Presidente Crespo.

Como se puede apreciar, a la muerte de Ignacio Rendón el camino quedaba libre para Vilches, en tanto Francisco del Calvo no figuraba en la nueva directiva, esto permite deducir que el escrito de los bachilleres había surtido efecto y la figura de Vilches regresaba como el hombre de orden que el Gobierno necesitaba para respaldar en las especiales condiciones existentes en La Habana para 1836.

Por fin, en la sesión efectuada en diciembre de ese año, se dio lectura a la definitiva redacción del Proyecto de Estatutos, tal como se había acordado en sesiones anteriores. Los estatutos estaban formados por 10 capítulos y 55 artículos. Define como objetivo fundamental de la academia «Rectificar los estudios forenses e infundir virtudes morales y políticas». El capitán general designaba libremente al director, presidente y vicepresidente, estos dos últimos de acuerdo con el primero cada dos años. El cargo de director no tenía tiempo determinado. Esos tres funcionarios, a su vez, elegían a los demás miembros de la directiva, su elección se sometía a la aprobación del capitán general, protector de la academia, y se permitían las reelecciones. En enero del año siguiente renunció a su cargo el segundo secretario Manuel Martínez Serrano y fue designado para ocupar la vacante Francisco Javier Bernal, propuesto por el propio Vilches, porque era, sobre todo, de sanas opiniones políticas.

Hacia 1837, la Audiencia de Puerto Príncipe aprobaba los estatutos. Pero a pesar de que Vilches le solicitó el 14 de octubre a la Capitanía General rapidez en el trámite, la desorganización gubernamental se puso de manifiesto y un año después el propio Vilches se dirige al capitán general diciendo:

Ha padecido extravío el proyecto de Estatutos de la Real Academia de Jurisprudencia de esta capital que desde principios del año pasado dirigía al Excmo. Señor Antecesor de V. E. como jefe protector del Instituto, que los remitió en voto consultivo a la Real Audiencia sobre su aprobación, cuyo despacho tengo noticias fue de conformidad sin que posteriormente se haya podido averiguar el curso y existencia de dicho expediente, en esta virtud no queda otro arbitrio que repetir nuevamente la presentación de dichos Estatutos como lo verifico en la copia adjunta, certificada por Secretaria, para que V. E. se sirva, si lo tiene a bien, dirigirlos segunda vez a la Real Audiencia [...].

No se tiene noticias si Vilches logró dotar a la academia de sus estatutos, pero de todas maneras el nuevo Plan de Estudios, puesto en vigor en 1842 para Cuba y Puerto Rico, no tuvo en cuenta los criterios de la misma por su casi inexistencia y debido a la pasividad de sus miembros y a la

ausencia o muerte de sus representantes que no fueron sustituidos. No obstante, algunos levantaron su voz en pos de tal reforma como:

Jefe Protector: Excmo. Sr. Capitán General, D. Gerónimo Valdés.

Director: Lcdo. D. Francisco Vilches (El párrafo anterior es parte de la cita).

Presidente: Lcdo. D. Antonio Zambrana

Vice-Presidente: Lcdo. D. Francisco Javier de La Cruz.

Fiscal 1º: Dr. D. Manuel González del Valle.

Tesorero: Lcdo. D. Manuel Arizmendi.

Secretario 1º: Lcdo. D. Joaquín José del Valle.

Secretario 2º: Un Bedel.

Para los autores de la academia un factor detonante de su debacle fue la existencia de un Programa de Estudio que la privaba de sus recursos propios, es decir, de los fondos únicos y necesarios que contribuyeran a su conservación y existencia, haciendo de ella una institución superflua e inútil. Es indudable que al establecerse en la universidad la cátedra de Sustanciación o Procedimiento como componente de la Facultad de Jurisprudencia, la asistencia a la academia fue innecesaria y, por lo tanto, dejó de ser obligatoria por parte de los alumnos que debían cursar los años de práctica indispensables. Para que se les autorizara el ejercicio de la abogacía, los estudiantes contribuían con sus cuotas al sostenimiento de la misma. No obstante, no fue de interés por parte del gobierno ni del plantel suprimir la institución, pues consideraban a la academia como un «[...] cuerpo ilustrado y sumamente útil que procuraba eficazmente por todos los medios que le eran posible el adelanto de la ciencia en general y cumplir también por otra parte el laudable fin científico y a la vez social con que ella misma fue desde el principio erigida, según terminantemente lo expresa así el artículo 1º de sus Estatutos; para rectificar los estudios forenses e infundir virtudes morales y políticas a los que habían de ejercer la noble profesión de Abogados».⁶

Esta percepción influyó para que el legislador dictara una Disposición Transitoria del Título Adicional a su Plan: «Quedan suprimidas todas las enseñanzas de Derecho, establecidas en las ciudades de Cuba y Puerto Príncipe y la Cátedra del Seminario Conciliar de La Habana. Podrán sin embargo conservarse las Academias teórico-prácticas de Puerto Príncipe y de La Habana como asociaciones científicas, libres y públicas, pero la asistencia a ella no eximirá a los alumnos de concurrir a la Universidad en los términos prevenidos en este plan».⁷

⁶ Antonio María Tagle: «Real Academia de Jurisprudencia», pp. 169-172.

⁷ *Ibíd.*, p. 170.

Lo anterior muestra la centralización en las universidades en todo cuanto se refería al estudio de las carreras y las facultades para expedir a los estudiantes títulos de capacidad y que vino a poner fin a las dos academias existentes en Cuba, la de Puerto Príncipe y la de La Habana.

Durante algún tiempo se trató este problema en distintos expedientes iniciados sobre la formación de colegios de abogados y su procedencia. El punto final a la cuestión parece haberlo puesto la representación de los fiscales de la Audiencia de La Habana en el expediente iniciado con motivo de la Real Orden del 10 de marzo de 1847, donde el capitán general de la Isla, teniendo el voto consultivo de las reales audiencias de La Habana y Puerto Príncipe, propuso cuantas medidas juzgara conveniente para remediar el excesivo número de abogados existentes en Cuba. En el informe de la Audiencia de La Habana, elevado por Pedro Pinazo, su presidente, el 22 de septiembre, y uno de los extensos que se encuentran en el Archivo Nacional, se agota la cuestión en cuanto al restablecimiento de la academia.

Conocida ya la utilidad de su permanencia, la academia hubo de reformarse necesariamente, y adquirir un carácter de asociación científica libre y pública. Dicha modificación también se extendió a sus estatutos que debían armonizarse con la nueva función que estaba llamada a desempeñar; ahora su objeto principal era el de asociar los conocimientos y capacidades de los individuos que la componían, velando por el progreso de cada uno de ellos en particular y de la ciencia en general. Tendría la misión de mantener viva la memoria histórica de la abogacía en el patio, así como cultivar «la elocuencia forense y ejercitar la discusión científica». Constituía el lugar adecuado para llevar las dudas y resolver con su consulta las cuestiones prácticas de alguna dificultad.

Por el Artículo 76 del Plan General de Instrucción Pública se prohíbe admitir a examen en las audiencias de esta Isla y Puerto Rico, a los que no presentasen títulos de licenciados en esta universidad, dándose a entender con esto que deberán ser admitidos los que lo verifiquen. Por la primera de las disposiciones transitorias del mismo plan solo se permite la conservación de las Academias Teórico Prácticas de esta ciudad y Puerto Príncipe como asociaciones científicas, libres y públicas. Posteriormente fueron eliminadas las Academias Teórico Prácticas y se reclamaron sus fondos para aplicarlos a la enseñanza, así dejaron de existir estas corporaciones y las audiencias de la Isla se vieron imposibilitadas de exigir un requisito que ya no podía llenarse.

A partir de ese momento todos los conocimientos para el ejercicio legal de la profesión deberían adquirirse en las universidades. Tiempo después don José María Carbonell y Ruiz y don Augusto Martínez Ayala

consiguieron el establecimiento de una nueva Academia de Jurisprudencia y Legislación que por circunstancias no esclarecidas en las fuentes no llegó a perdurar en el tiempo.

Aunque en el mismo expediente hay un voto particular que estima vigente la orden de 1819, mientras no la derogue expresamente el Ministerio de Gracia y Justicia, la realidad es que no se volvió a discutir más sobre la Academia de Jurisprudencia que desapareció sin más y que sirvieron de antecedentes para la fundación años después de un deseo anhelado por los representantes del foro: la creación del Colegio de Abogados.

Como se puede apreciar el establecimiento de la enseñanza y la práctica del Derecho en Cuba describió una trayectoria caracterizada por la manipulación colonialista de la metrópoli española ante el despertar de la conciencia criolla que buscaba tomar distancia de las leyes peninsulares.

Bibliografía

AGUSTÍN MARTÍNEZ, J. (s/f): «El Derecho en Cuba». *Libro de Cuba*. Enciclopedia ilustrada que abarca las Artes, las Letras, las Ciencias, la Economía, la Política, la Historia, la Docencia y el Progreso General de la Nación Cubana. Edición Conmemorativa del Cincuentenario de la Independencia, 1902-1952 y del Centenario del nacimiento de José Martí.

ARCHIVO NACIONAL DE CUBA (ANC). Fondo de Jurisprudencia. Relativo a la Fundación de la Real Academia Teórico Práctica de San Fernando. Legajo 21, 1919.

TAGLE, ANTONIO MARÍA: «Real Academia de Jurisprudencia», *Revista de Administración. Periódico Jurídico, Administrativo y Rentístico*. Imprenta La Cubana, Habana (s/f).

EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA HABANA, AVATARES DE SU FUNDACIÓN

Havana Lawyer School, vicissitudes of its foundation

Lic. Yudith Cutiño Turro

Resumen

El presente trabajo constituye un recorrido por la historia de la fundación de una institución jurídica que aglutinaba a los profesionales del Derecho en la Cuba colonial, se trata del Colegio de Abogados de La Habana, el cual estuvo indisolublemente ligado al comienzo, progreso y consolidación del ejercicio de la abogacía en la Isla. Pese a la necesidad de su presencia, su creación fue un proceso dilatado que tardó años por ser percibido como un peligro para los intereses peninsulares.

Palabras clave: abogacía en Cuba, fundación, colegio de abogados, círculo de abogados.

Abstract:

This work is a historical analysis about the foundation of a legal institution that grouped law colonial Cuban professionals, that is, Havana Lawyer School, which was very indissolubly bound up with the beginning, progress and consolidation of law exercise in the Island. In spite of the necessity of its presence, it took a long time to create that institution because peninsular interests considered it very dangerous.

Key words: advocacy in Cuba, foundation, lawyer school, lawyer bar.

La abogacía en Cuba, una mirada desde su historia

La justicia se encuentra entre las primeras y más sentidas de las necesidades de la sociedad, así como una de las aspiraciones de los pueblos. Es casi imposible que se consolide una nación, que se mantenga un Estado,

que subsista un pueblo sin leyes que definan los derechos en las relaciones privadas y públicas. Según expresara el abogado Manuel Pérez de Molina –considerado el primer historiador del Colegio de Abogados de La Habana–, «La Administración de Justicia es el barómetro de la civilización».¹

La impartición de justicia históricamente tuvo como eje central el ejercicio de la abogacía. En la Edad Media, para llamarse abogado, bastaba con ser «sabidor del derecho ó del fuero ó de la costumbre de la tierra».² En esa época no era precisa ninguna condición que acreditara conocimientos científicos para consagrarse al foro, situación que generó muchos abusos. Para corregir esas arbitrariedades la corona puso en vigor numerosas disposiciones entre las cuales destacaron que el abogado fuese «escogido de los juzgadores é sabidores de derecho quienes debían facer jurar el buen desempeño del cargo inscribiendo su nombre en el libro donde fueren escrito los nomes de los otros abogados».³

Indudablemente, la profesión de abogado gozó de prestigio. En Roma se tuvo en tanto aprecio que el estipendio o recompensa del trabajo de los abogados se llamaba honorarios, nombre más noble que el que se daba al precio del trabajo de los jueces. Vale destacar que dicho término ha llegado hasta nuestros días y es utilizado en muchas regiones del mundo.

En la década de 1563 a 1573 fueron incluidos en la Recopilación de Indias los requisitos exigidos por las Leyes de Partidas y las Ordenanzas de Castilla para el ejercicio de la profesión de abogado. Esas disposiciones corregidas y aumentadas durante ese período formaban hasta veintiocho leyes de las Ordenanzas de Audiencia. Mediante ellas se reguló en un solo cuerpo el ejercicio de la profesión, estimándose ese esfuerzo como el punto de partida de la moderna organización de la clase. Al respecto se manifiesta: «Ordenamos y mandamos–dicen– que ninguno sea ni pueda ser abogado en nuestras Reales Audiencias sin ser primeramente examinado por el presidente y oidores y escrito en la matrícula de los abogados».⁴

En aquel entonces era preciso demostrar que se era conocedor del Derecho y aunque no estaban fijadas las reglas a seguir para demostrarlo, sí se imponía un examen, cuyo contenido quedaba a juicio de los magistrados de las audiencias. Esa disposición era un esbozo de la moderna autonomía del Poder Judicial.

¹ M. Pérez de Molina: «Colegio de Abogados de La Habana (I). El Foro Cubano», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, p. 4.

² Ídem.

³ Ídem.

⁴ José Cordero Isern: *Historia de la fundación del Colegio de Abogados de La Habana*, p. 11.

Sin embargo, las citadas disposiciones, aunque reconocían ciertos privilegios, establecían prohibiciones. El abogado no podía en el ejercicio de la profesión recibir porción alguna de la cosa por la que abogaba y que pudiera beneficiar a una parte en segunda o tercera instancia cuando haya defendido a la contraria en la primera. Fija la forma de los interrogatorios, prohibiendo las preguntas ambiguas, estatuye el bastanteo,⁵ regula la defensa de los pobres que deberían hacer gratuitamente los letrados inscritos en cada audiencia por turnos rigurosos y hace obligatorias las recusaciones⁶ en determinados casos. Y aunque prohíbe defender causas injustas, la prohibición resultaba pragmática de imposible cumplimiento por razones obvias.

La difícil labor de impartir justicia en la España antigua, constituyó el impulso para el surgimiento de iniciativas como la de los abogados de Madrid. Estimulados por el decoro profesional, se anticiparon al poder supremo y se constituyeron el 13 de agosto de 1595 en Congregación y Hermandad. Redactaron sus estatutos que fueron aprobados el 31 de marzo de 1596 y reformados más tarde el 8 de agosto de 1732 por cédula del consejo.

Resultaba difícil pensar siquiera en establecer colegios de abogados en las tierras del Nuevo Mundo colonizadas. Pero más adelante, cuando por efecto de la incorporación de los colegios de Granada, Zaragoza, Valladolid, Sevilla y otras audiencias y cancellerías al de Madrid, fue preciso que la corona volviese la vista hacia estas regiones y fijara su atención en los importantes intereses sociales.

Por su parte, los monarcas españoles mantuvieron los honores y prerrogativas que los romanos habían concedido a los de esa profesión. Ya por esos tiempos de esplendor del imperio español, los abogados poseían grandes privilegios, entre ellos el derecho a contraer matrimonio con damas de la nobleza, llamarse sacerdote en lo temporal, tener y usar coches (en tiempos en que solo podía tenerlos la nobleza), a usar las armas permitidas a los militares y a los nobles, desempeñar cargos de embajadores y a no ir preso por deuda civil, así como otros privilegios. En el caso de Cuba, para el oficio de abogado se dictaron algunas regulaciones recogidas en la Real Cédula del 21 de diciembre de 1516, en la cual se dispuso:

Por cuanto Pánfilo de Narváez e Antonio Velázquez, en nombre de la Isla Fernandina... nos fixieron relación que en la dicha Isla, a causa que los letrados que en ella habían procuraban e tenían maneras

⁵ Apoderado de una persona para la celebración de determinados negocios jurídicos conforme al alcance conferido en el contrato. Reconocer al abogado u otra persona encargada, el poder o mandato del procurador.

⁶ Es el acto por el cual se excepciona o rechaza a un juez para que entienda o conozca de la causa, cuando se juzga que su imparcialidad ofrece motivadas dudas.

para que se moviesen pleito los vecinos e pobladores e tratantes de la dicha Isla, unos a otros e otros a unos... porque no habiendo los dichos abogados e procuradores no habría pleitos... aunque en dicha isla Fernandina haya letrados no puedan abogar ni aboguen en ningunos pleitos ni causas que en ella hay e hobiere e nasciere, salvo si no fuere en causas criminales.⁷

Esa disposición confirma que la presencia de abogados en Cuba se remonta a los días iniciales de la colonización, su número no se limita, como dicen algunos historiadores, a la presencia de fray Bartolomé de las Casas, que arribó a Cuba meses después que Velázquez. La citada Real Cédula de 1516 es la primera disposición referente a los abogados en América que hemos encontrado.

Le sigue en orden cronológico otra medida dictada por Carlos V de Alemania y I de España, autorizando a los vecinos de Indias a defenderse mutuamente entre sí cuando careciesen de abogados en atención a que escaseaba el número de letrados porque «los que entran a descubrir nuevas tierras con nuestras licencias suelen capitular que por cierto tiempo no pueden entrar ni entren en ella abogados ni procuradores por no dar causa a pleitos y a diferencias entre los vecinos».⁸ Esto demuestra que la inmoralidad en las colonias del Nuevo Mundo era de carácter general y abarcaba a todas las clases sociales incluyendo al clero. Una posterior Ordenanza de Felipe II reproducida por Felipe IV en 1636, se limitó a pedir a los abogados de América que observaran las leyes.

En cuanto a los antecedentes del ejercicio de la carrera en Cuba, encontramos que el Ayuntamiento de La Habana tenía en el siglo xv amplias atribuciones. Sin su autorización no era posible ejercer la profesión de abogado, aunque el solicitante planteara tener los títulos pertinentes, era necesario demostrar los requisitos adecuados y una práctica de cuatro años como lo refería la ley.

En ese sentido antes del establecimiento en 1734 de la Universidad de La Habana, el interesado en cursar la carrera de Derecho necesitaba pasar diez años en México, seis de ellos eran de estudio y cuatro de práctica. Sin embargo, la realidad era otra, pues se soslayaba esa disposición, se acudía a Santo Domingo para adquirir el derecho de ejercer la profesión en Cuba. Lo anterior implicaba menos preparación y esfuerzo.

Esas disposiciones se recogieron en la Real Cédula de 16 de marzo de 1730 y se ratificaban en la Real Cédula de 29 de diciembre de 1739, muestra de que en la práctica otra cosa sucedía. Así, las cifras encontradas en

⁷ *Ibídem*, p. 12.

⁸ *Ibídem*, p. 14.

el año 1768 indican que el número de abogados había aumentado hasta 35, entre ellos 9 eclesiásticos. Es por eso que el 12 de marzo de 1769, exigiendo lo dispuesto en las Leyes de Indias, los eclesiásticos no pudieron abogar más que por sus iglesias, deudos, pobres y pleitos propios.

Para 1771, ocupó el gobierno y Capitanía General Felipe Fondesviela, Marqués de la Torre, quien ordenó una investigación sobre lo que producía en Cuba la profesión de abogado. El informe sobre el tema, emitido a la metrópoli en el año 1773, informó que por concepto de costo se pagaron todos los oficios con un total de 114 mil pesos, de los cuales no se reportaron los juicios verbales ante los alcaldes ordinarios y demás jueces.

Debido a la corrupción, el gobernador Antonio María Bucarely, hacia el año 1774 se vio obligado a regularizar mediante severas medidas el despacho de los procesos judiciales, alguno de los cuales tardaban hasta cuarenta años en resolverse. Sin embargo, parecía un tema sin solución. Para el período de 1777 a 1781 asumió como gobernador de la Isla Diego José Navarro García Valladares, quien redactó un interesante documento dictando reglas para el mejor desenvolvimiento de los tribunales y el ejercicio correcto de abogados, escribanos, procuradores y tasadores. El informe remitido a España afirmaba: «Por lo que respecta al manejo de los tribunales, secretarios y demás que concierne al papel sellado, declaro con rubor a la faz del Universo que ningún otro pueblo excede a La Habana en su arraigada y destructora intriga, excepto, acaso, algunos pueblos del interior».⁹

En cuanto a la capacidad profesional de jueces y abogados, afirmó Navarro: «son ignorantísimos, desconociendo la gramática de su idioma ni otra cosa alguna que no sea el embrollo».¹⁰

Tan convincente debió resultar el informe, que la corona se vio en la necesidad de dictar el Real Decreto de 20 de noviembre de 1784, comunicado al virrey y Audiencia de México y al presidente y Audiencia de Santo Domingo, por el cual se prohíbe que se examinaran y recibieran de abogados los profesores de jurisprudencias naturales y residentes en la Isla de Cuba hasta que se redujese el excesivo número de abogados.

La audiencia dominicana aprovechó esa oportunidad para admitir a los nativos y excluir una vez más a los cubanos nacidos en la Isla, por ello quedaron habilitados solo 12 letrados en La Habana para el año 1809. Pese a las peticiones realizadas por los residentes en La Habana y Santiago de Cuba para que se les permitiera ejercer la abogacía, se expidió el 29 de marzo de 1789 una Real Orden publicada en La Habana el 7 de julio del mismo año con la asistencia de un ayudante de la Capitanía General. En

⁹ Ídem.

¹⁰ Ibídem, p. 16.

la misma se dispuso que solo fueran admitidos al ejercicio de la abogacía quienes acreditaran con certificación pasada por el consejo, que hubieran estudiado en las Universidades Mayores de los Reinos de Castilla y practicado por espacio de seis años en algunas de sus capitales donde hubiese Tribunal Superior.

En la mencionada ordenanza se prohibía mediante penas graves que los abogados autorizaran con sus firmas escritos o dictámenes, todo esto con el fin de reducir el número de abogados. Sin embargo, no tuvo la acogida esperada ni los efectos precisos. Por ello fue necesario reiterar otra Real Orden el 30 de septiembre de 1798 que mandaba a reducir el número de abogados en América.

Para averiguar el número de abogados entonces existentes, se pidieron informes a los tenientes gobernadores (alcaldes mayores de las jurisdicciones). No se ha encontrado alguna fuente documental que recoja el resultado de la mencionada petición, a pesar de existir referencias de ella. Lo recogido en fuentes documentales son cuestiones referentes a la ciudad de Trinidad, en donde las autoridades achacaban la inmoralidad judicial al corto número de abogados que ejercían en la jurisdicción. Mientras, en La Habana se le atribuía la deshonestidad al gran número de ellos.

Se ignora el resultado de los informes, pero alguna influencia debieron tener en el Auto de la Audiencia de Puerto Príncipe, primero, y en la Real Cédula de 4 de septiembre de 1819, después.¹¹ El Auto de la Audiencia de Puerto Príncipe, fechado en 28 de marzo de 1816, no se pronuncia contra la limitación en sí del número de abogados y la prohibición de graduarse a los nativos, pero hace consideraciones sobre las cifras fijadas, señala casos en que resultan bajas y regula el número de quienes han de ejercer en cada población de la Isla.

Por el incremento de los negocios que exigían la dirección y consulta de facultativos, se asigna el número de 60 abogados para La Habana. En el caso de la Villa de Guanabacoa, para la que no consta número prefijado, fueron destinados tres abogados, en atención al incremento poblacional y su cercanía con La Habana. El propio Auto fijó la cantidad de abogados para cada ciudad: Santiago de Cuba, 11; Puerto Príncipe, 16; Sancti Spiritus, 6; Bayamo, 8; Santa Clara y Trinidad, 4; Matanzas y Holguín, 3; Remedios y Güines, 2; San Antonio, Santiago y Baracoa, uno para cada jurisdicción

¹¹ El 30 de junio de 1800 quedó establecida la Audiencia de Puerto Príncipe, en la ciudad cubana de igual nombre, en Camagüey, tras cesar la Audiencia de Santo Domingo por la ocupación francesa y ordenarse su traslado por Real Decreto de 17 de mayo de 1799. La audiencia, subordinada al capitán general radicado en La Habana, extendió su jurisdicción a toda Cuba, la Luisiana y la Florida.

En ese año 1816, el 28 de mayo, la Audiencia de Puerto Príncipe acordó la creación de una Academia de Jurisprudencia Práctica, aprobó sus estatutos y encargó la dirección al propio regente de la audiencia. Dos años más tarde, el 8 de junio de 1818, dicha Audiencia de Puerto Príncipe elaboró un grupo de artículos en los que se apreciaba una mejor comprensión del ejercicio de la profesión de abogado y su estudio.¹²

Posteriormente, por Real Cédula de 4 de septiembre de 1819, se mandaron a constituir colegios de abogados en las ciudades de La Habana y Camagüey; para la primera ciudad se fijó el número de ochenta letrados y de veinticuatro para la segunda. Estas limitaciones se contradicen con lo expresado en la Real Cédula que: «[...] deja en absoluta libertad a los cursantes de derecho en la Isla de Cuba para que puedan recibirse de abogados en su Audiencia, previos los requisitos y exámenes determinados por las leyes, y con tal que después de obtenido el grado de Bachiller, tengan seis años de práctica, y los dos de ellos con precisa asistencia a la Academia que se establecerá en La Habana o a la ya establecida en Puerto Príncipe».¹³

La Real Cédula del 4 de septiembre de 1819 es un documento típico de la época. Pese a dictar medidas sin especificar la forma en que han de hacerse, ni fijar plazos para la ejecución, aún resulta un documento valioso para el estudio del Colegio de Abogados de La Habana. Ofrece datos ilustrativos de los recursos empleados para eliminar a los cubanos del ejercicio de la profesión.

Sin embargo, en 1813, seis años antes de que se dictara la Real Cédula de 1819, había 75 abogados en La Habana, cuestión que tuvo gran influencia en los hechos subsiguientes, contribuyendo a determinar que la capital de la Isla no tuviera su Colegio de Abogados hasta sesenta años más tarde. Ese y otros factores, políticos en casi su totalidad, constituyeron limitaciones que frustraron los empeños por fundar el Colegio de Abogados de La Habana.

Elementos que sesgaron la fundación del Colegio de Abogados de La Habana

Para finales del año 1819 se había autorizado por la metrópoli la creación del Colegio de Abogados de La Habana. En ese entonces acababa de tomar posesión de la gobernación de la Isla de Cuba Juan Manuel Cagigal, hombre de avanzada edad.

¹² Dichas disposiciones aparecen recogidas en el libro *Historia sobre la Fundación del Colegio de La Habana*, documento perteneciente a Fondos raros y valiosos de la Biblioteca Nacional José Martí.

¹³ José Cordero Isern: Ob. cit., p. 26.

En su año y medio de mandato, sus esfuerzos estuvieron encaminados a impedir que se desencadenara una lucha armada entre los cuerpos que formaban la guarnición. Las discordias entre los partidarios de la Constitución española de 1812, conocida como La Pepa, y que fuera restablecida con el regreso al trono del rey Fernando VII y los contrarios a ella, generaban serios conflictos.

El mandato de Cagigal constituyó «el más extraordinario desbarajuste confrontado jamás por la Colonia en estas tierras», por lo que no es casual que ante tanto ajetreo político no fuera hasta el 15 de enero de 1820 que se remitiera a la Audiencia de Puerto Príncipe el testimonio de la Real Cédula del 4 de septiembre de 1819.¹⁴ De inmediato fue emitido un auto en el que se ordenaba se cumpliera lo dispuesto por el rey en la mencionada cédula.

Por entonces no existía la Audiencia Pretorial de La Habana y la Real Audiencia residía en Puerto Príncipe, Camagüey, por lo que la tramitación del asunto se hacía extremadamente engorrosa, a ello se sumaba el carácter primitivo de las comunicaciones. Por esas razones no fue hasta el 21 de mayo de 1820 que se conoció de manera oficial el auto emitido por la Real Audiencia de Puerto Príncipe.

Pese a existir la ordenanza para la creación del Colegio de Abogados en La Habana, dicho asunto no fue tocado hasta cuatro años después, específicamente en el cabildo cuya celebración tuvo lugar el 23 de enero de 1824. Se solicitó llevar a efecto la creación del Colegio de Abogados. Fue en cartas documentadas entre mayo y junio del siguiente año, 1825, que el doctor Francisco Ramón Hernández de la Joya, fiscal de la Audiencia de Cuba, acudió al rey insistiendo en la necesidad de establecer colegios de abogados en la Isla de Cuba.

De esa gestión resultó el auto acordado de la Audiencia de Puerto Príncipe del 5 de junio de 1829 en el que se consignaban los estatutos del Colegio de Abogados de dicha ciudad, los que fueron considerados adaptables para el colegio que habría de erigirse en la ciudad de La Habana. Posteriormente se conformó un expediente remitido al capitán general, quien lo pasó al asesor Francisco de P. Vilches el 7 de abril de 1830.

Pese a que el asunto de la creación del Colegio de Abogados de La Habana estaba a tan altos niveles, no se le dio cumplimiento a lo estipulado por la metrópoli. Dos años después, el 22 de mayo de 1832, se expidió otra Real Cédula encargando a la audiencia de la isla de Cuba que «[...] pusiera inmediatamente en completa ejecución la Real Cédula de 4 de Setiembre de 1819, arreglando los Colegios de Abogados prescriptos para

¹⁴ Ídem.

Puerto-Príncipe y La Habana, y disponiendo que los Letrados excedentes se repartiesen por los demás pueblos de la Isla, según mejor parezca a la Audiencia, conciliando el servicio público y la menor incomodidad de los interesados».¹⁵ Esto último constituyó un obstáculo que entorpeció los propósitos tantas veces enunciados por el gobierno supremo en sus reales disposiciones.

Esa situación motivó que se expidiera otra Real Cédula el 27 de junio de 1835, en la cual se declaró que fuera indefinido el número de abogados de los colegios en las capitales. A fin de cumplir lo establecido, el 21 de enero de 1836 el capitán general Tacón nombró a los vocales que debían redactar los estatutos.¹⁶ Cuando todo indicaba que se haría efectivo lo estipulado en los ya mencionados decretos reales, nuevos acontecimientos impidieron la instalación del colegio.

El 28 de noviembre de 1841 se declara por Real Decreto innecesario para el ejercicio de la abogacía la incorporación a los colegios de abogados. En virtud de lo promulgado por el Tribunal Supremo de Justicia y las audiencias de la Península se manifestaron los colegios de Sevilla, Valladolid, Murcia, Oviedo y algunos otros, que quedara sin efecto dicho decreto. Por tal motivo se dictó otro con fecha de 5 de junio de 1844 en el que se dictamina «continuasen los Colegios existentes, y se establecieran otros en las ciudades y villas donde hubiera veinte abogados, cuando menos con vecindad y Estudio abierto».¹⁷

El 25 de junio de 1846 fue emitido por la fiscalía un dictamen en el que se le solicita sea informado al rey la no existencia de colegios de abogados en el territorio de la Audiencia Pretorial de La Habana (establecida por Real Decreto de 16 de junio de 1833) y que el expediente sobre su instalación se hallaba detenido. Por otra parte, esta pronunciación defendía la conveniencia de crear dicha corporación regida por los estatutos generales elaborados en 1838 modificados por el ya mencionado real decreto de 1844 otorgándosele la presidencia de las juntas al gobernador político, con facultad de delegarla.

Otro de los argumentos del citado documento era el que apostaba por la conveniencia de crear colegios en las ciudades de La Habana y Matanzas, así como en otros pueblos, y cerrarlos cuando se considerase oportuno. Por otra parte, se señalaba el número de ciento cincuenta abogados para el de La Habana y cuarenta para el de Matanzas. Debían ser miembros los abogados más antiguos y los demás serían considerados

¹⁵ Manuel Pérez de Molina: Ob. cit., p. 5.

¹⁶ Los vocales nombrados fueron los licenciados D. Francisco Núñez del Pando, D. Vicente Osés, D. Manuel de Armas y D. Agustín Govantes.

¹⁷ Manuel Pérez de Molina: Ob. cit., p. 6.

supernumerarios con facultad de desempeñar la profesión, siempre que contaran con haber pasado seis meses de su matrícula y poseyeran bufete abierto.

Este asunto volvió a quedar en suspenso por otros seis años hasta que el capitán general D. José Gutiérrez de la Concha (Marqués de la Pezuela) en un nuevo mandato, emitió el 1 de enero de 1852, un comunicado al regente de la Audiencia Pretorial. En dicho oficio Gutiérrez de la Concha manifestaba que: «[...] había llamado su atención que en el territorio de la misma no existiese ningún Colegio de Abogados [...] que a pesar de estar reconocida generalmente la conveniencia de la creación de dichos Colegios, medida indispensable para regularizar una clase respetable de la sociedad, y que, como tal, debe ser objeto, bajo todos los conceptos, de la atención del Gobierno, quedó en suspenso indefinidamente [...]».¹⁸

Ante tal emplazamiento por parte de la máxima autoridad de la Isla, la Real Audiencia no tuvo otra opción que proceder a dictar las disposiciones convenientes para la creación en todo su territorio de colegios de abogados. Además, autorizó la reimpresión de los estatutos generales detenida años atrás. Fue el fiscal de la audiencia quien dijo la última palabra proponiendo varias reglas para la instalación de los colegios; entre ellas, que reimprimiesen con una ligera modificación los estatutos y con la orientación de que se instalaran los colegios en las poblaciones donde hubiera al menos veinte abogados.

El 27 de enero de 1852, es aceptado el acuerdo por el capitán general, quien orientó a la audiencia que procediera al establecimiento de los colegios. De esa manera fueron pasadas las comunicaciones al decano de los abogados de La Habana, licenciado D. Antonio del Monte, y al gobernador de Matanzas.

El 22 de agosto de 1852, en solemne ceremonia, quedó instalado el Colegio de Abogados de Matanzas con treinta y dos abogados, el cual solo vivió hasta principios de noviembre de 1853, cuando se dio cumplimiento a la orden de disolución expedida por el capitán general D. Valentín Cañedo, el 27 de octubre del propio año.

El infortunio también acompañó la creación del Colegio de La Habana. El 11 de marzo de 1852 el Licenciado D. Antonio del Monte anunció que estaba finalizado el expediente de inscripción. El número de abogados ascendía a 358, sin contar seis, quienes por motivo de los cargos que desempeñaban procuraban ser admitidos con carácter de honorario.

Posteriormente, el 29 de marzo, por Real Acuerdo se dictamina que se forme la lista de los abogados y sea remitida al decano con el objetivo de

¹⁸ Ibídem, p. 7.

que se celebrara la primera reunión bajo la presidencia de la persona que designara el capitán general para la elección de una Junta de Gobierno. Para tal misión se designó el 6 de abril al regente de la audiencia y se efectuó el acto el día 12. La ceremonia fue presidida por el capitán general, quien diez días después suspendió el Colegio de Abogados de La Habana.

Al ser suprimida por decreto de 21 octubre de 1853 la Audiencia de Puerto Príncipe, en cuya ciudad ya existía un Colegio de Abogados e incorporarse su territorio al de la Audiencia de La Habana donde no existía, surgió una contradicción. Ante esta situación el regente de la pretorial consultó el 3 de enero de 1854 al capitán general sobre si debían establecerse los colegios de abogados o suspender los existentes. El 11 de enero de 1854 el capitán general emitió su respuesta sobre el asunto: «[...] que continuase el actual estado de cosas, sin hacerse novedad alguna en el particular hasta la resolución de S.M a quien con aquella fecha daba cuenta, para su soberana determinación».¹⁹

Dos años después, con fecha del 20 de octubre de 1856, el capitán general pidió un ejemplar de los estatutos del Colegio de Puerto Príncipe y de los demás que fuesen anteriores en fecha a los publicados en 1838 en la península. Luego de la consulta dirigió al año siguiente otra comunicación al regente de la audiencia preguntándole sobre ciertas reformas de los estatutos impresos en 1852. Siete años más tarde, el fiscal elaboró nueva petición al rey en recordación de la anterior. En el documento se reiteraba la conveniencia de establecer colegios debido al progresivo desarrollo de la población y la riqueza de la Isla. Este dictamen fue elevado a la metrópoli pero nuevamente volvió a quedar detenido el asunto. Durante ocho años se mantuvo en este estado hasta que el 12 de septiembre de 1872 fue expedida una Real Orden mandando a crear nuevamente el Colegio de La Habana.

Al año siguiente se celebró una junta de los abogados que abonaban la mayor cuota, los cuales dieron autorización al decano para que auxiliado de otros letrados redactaran los estatutos. Dicha tarea no resultaba difícil si se tiene en cuenta que pocas modificaciones podían introducirse a los ya discutidos, aprobados e impresos en 1852 y reformados en 1857. Aun así la comisión tardó un año en cumplir su cometido, al parecer por no resultar del todo atractivo este proyecto para los participantes.

El proceso de creación del Colegio de Abogados de La Habana fue sin duda tórpido, calificado por ilustrados de la época como un proyecto misterioso que llegó a despertar la curiosidad pública. Si se mira desde el punto

¹⁹ *Ibídem*, p. 8.

de vista histórico, ese asunto constituyó un reiterado incumplimiento de las disposiciones reales. Desde la metrópoli se mandó a establecer ocho veces el Colegio de Abogados de La Habana en los años 1819; 1824; 1826; 1832; 1835; 1844; 1845 y 1872. Es precisamente en el último año antes mencionado, que se nombra una comisión para la redacción de los estatutos del colegio. El proyecto fue escrito e impreso. Para su discusión fue convocada una junta que nunca llegó a efectuarse.

Cuando parecía que más de medio siglo sería tiempo suficiente para agotar las esperanzas de un colegio en la capital de la Isla, el ansia de los juristas cubanos por asociarse, se impuso una vez más. Esta vez encontró la Ilustración habanera una forma alternativa de socializar sus conocimientos jurídicos. Se constituyó «una corporación científica en que pudieran congregarse los Letrados, comunicarse unos a otros el provechoso fruto de sus severos estudios, depurar en el crisol de la discusión sus opiniones, debatir, no ya como en el foro, los intereses privados de las partes, sino los grandes e importantes intereses de la ciencia e impulsar el adelanto intelectual en el país».²⁰

Nace de esa manera en 1878 el Círculo de Abogados de La Habana, institución privada de corte científico y literario. Tenía como fin estrechar las relaciones profesionales entre sus miembros a través de la difusión de sus conocimientos, utilizando los medios a su alcance y en el marco legal. Su creación fue obra de Pedro González Llorente y Ponce, quien fuera por un tiempo su presidente. El funcionamiento de dicha institución se ajustó de tal modo a sus principios fundacionales que de alguna manera logró disipar muchas de las dudas que despertaba en las mentes intransigentes y prejuiciadas la idea de una asociación que agrupara a un número considerable de criollos ilustrados.

La creación del Círculo de Abogados constituye la antesala de la instauración del Colegio de Abogados de La Habana efectuada al año siguiente. Terminada la Guerra de los Diez Años, nuevamente es retomado el asunto de la creación del colegio. A efecto, se constituye una comisión responsable de elaborar los estatutos, los cuales debían ser valorados por el Consejo de Administración y el de la Audiencia de La Habana antes de darlos a conocer a la Capitanía General.

La mencionada comisión solicita al Círculo de Abogados que convoque a una junta para presentar el proyecto de reglamento para el colegio. Fueron invitados todos los abogados residentes en la capital para el viernes 10 de octubre de 1879 en el salón de sesiones del Círculo de Abogados.

²⁰ Memoria leída en el Círculo de Abogados, por el señor Secretario Don Eliseo Giberga, en la sesión solemne celebrada la noche del lunes 19 de enero último. Certamen del Círculo de Abogados de La Habana, 1880, p. 6.

Hechas las precisiones y trámites pertinentes se convocó una vez más a todo el foro habanero para los salones del círculo. El domingo 30 de noviembre de 1879, queda constituido finalmente el Colegio de Abogados de La Habana, su decano fue precisamente Pedro González Llorente y Ponce, su tesorero Agustín Recio y como secretario-contador Vidal Morales Morales.

Esta vez, como sucedió en 1852, el fantasma de la conspiración, o la rebelión, no pudo ensombrear el nacimiento de tan necesaria y ansiada institución. Los electos eran prestigiosas figuras del foro habanero y de la nación. Luego de tanto batallar en la arena intelectual y política, el anhelo de los jurisconsultos cubanos estaba realizado.

Bibliografía

- CORDERO ISERN, JOSÉ: *Historia de la fundación del Colegio de Abogados de La Habana*. Fondos raros y valiosos de la Biblioteca Nacional José Martí, La Habana, 1960.
- HERRERA, J. M.: *Revista del Foro de la Isla de Cuba*, No. 1, 1879,
- MATILLA, CORREA. A.: *Estudios sobre historia del Derecho en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009.
- OTERO, J; J. SABATES; R. A. PAZOS; A. ROSELLÓ Y OTROS: *El Libro de Cuba*. Enciclopedia ilustrada que abarca las Artes, las Letras, las Ciencias, la Economía, la Política, la Historia, la Docencia y el Progreso General de la Nación Cubana. Edición Conmemorativa del Cinquentenario de la Independencia, 1902-1952 y del Centenario del nacimiento de José Martí, 1953.
- PÉREZ DE MOLINA, M.: «Colegio de Abogados de La Habana (I). El Foro Cubano», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Fondos raros y valiosos de la Biblioteca Nacional José Martí, 1874.
- SEGURA CABRERA, A.: *El Mundo Judicial*. *Revista de Jurisprudencia y Noticias*, 1894.
- SUZARTE, F.: *Boletín Jurídico*. *Semanario de Legislación y Jurisprudencia*. No 1, mayo 4, 1885.

DE LOS AUTORES

Gerardo Machado Alfonso

Licenciado en Sociología. Doctor en Filosofía. Investigador Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Mercedes de Armas Alonso

Doctora en Ciencias Históricas. Licenciada en Historia. Diplomada en Estudios Políticos y Sociales. Investigadora Titular y Profesora Titular del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Daile Simón Romero

Licenciada en Pedagogía. Máster en Ciencias Políticas. Investigadora Auxiliar y Profesora Asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Elena Rojas Estévez

Licenciada en Filosofía y Derecho. Aspirante a investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Daimig Sánchez de la Torre

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho de Familia. Investigadora Agregada del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Caridad Bárbara González Díaz

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho. Investigadora Agregada del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Tania Muñoz Lobato

Licenciada en Derecho. Profesora Instructora. Aspirante a investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Diana Hernández de la Guardia

Doctora en Derecho y Profesora Titular.

Alenay Felipe Herrera

Licenciado en Derecho. Jefe del departamento de Asesoría Jurídica de la Dirección Provincial de Justicia de Mayabeque.

Martha Laguna Fernández

Licenciada en Derecho. Asesora jurídica de la Dirección Provincial de Justicia de Mayabeque.

Luz María Batista Romero

Licenciada en Derecho. Trabajó como Investigadora Auxiliar en el Centro de Investigaciones Jurídicas.

Ana Isabel Peñate Leiva

Doctora en Ciencias de la Educación. Licenciada en Historia. Máster en Sexualidad y Miembro del Equipo Técnico Nacional del Proyecto de Divulgación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Cuba: «Por un mundo al derecho» rectorado por el Ministerio de Justicia.

Sheila Rodríguez Rodríguez

Licenciada en Historia. Máster en Estudios Interdisciplinarios sobre América Latina, Caribe y Cuba. Investigadora Agregada del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Yudith Cutiño Turro

Licenciada en Sociología. Aspirante a investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Danay Vignier Figueredo

Licenciada en Enfermería. Máster en Psicología. Profesora Auxiliar. Diplomada en Sexología, en Medicina Natural Tradicional y Terapia intensiva. Aspirante a investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas.