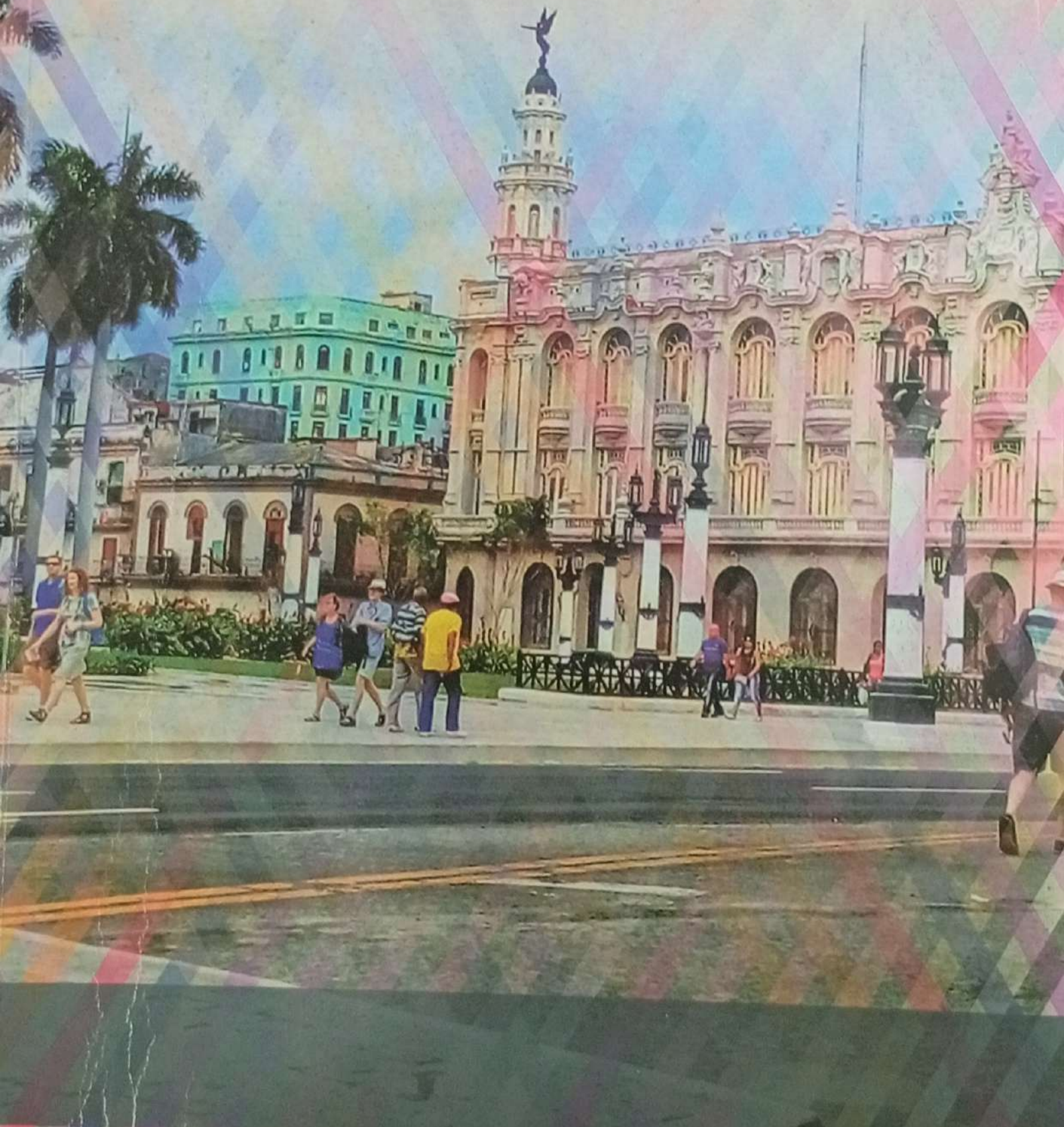


Anuario 2014-2015





Centro
de Investigaciones
Jurídicas

Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas

Director: Rubén A. Aldana Escalante

Consejo Editorial

Editor científico: Gerardo Machado Alfonso

Secretaria: Idalmiz García Blanco

Traducción: Sadiel González Bernal

Corrección: Rafael Hernández de la Torre y Luis Gómez Suárez

Diseño de cubierta: Niolet Marisol Ortega Meléndez

Edición general y composición digital: Aimé Lavín Mena

Comité Editorial

Dr. C. Libio Luís Catalá Barroetabeña, Doctor Fernando Cañizares Abeledo, Doctor Jorge Luis Bodes Torres, Lic. Lidia Ercilia Audivert Coello, Dra. C. María Teresa Ferreiro Tuero, M. Sc. Silvia Esther García Méndez, Dra. C. Mercedes de Armas Alonso, M. Sc. María Soledad Sôñora Cabaleiro, Dra. C. Diana Hernández de la Guardia.

Consejo Asesor

Dra. C. Tania de Armas Fonticoba (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Dr. C. Jesús García Brigos (Instituto de Filosofía), Dra. C. Marta Fernández Martínez (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Dr. C. Emilio Duharte Díaz (Facultad de Filosofía de la Universidad de La Habana), Dra. C. Teresa Díaz Canals (Facultad de Psicología de la Universidad de la Habana), Dr. C. Fernando Alpízar Caballero (Consultoría Jurídica Internacional), Dra. C. Eulalia Viamontes Gilbeaux (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Dr. C. Leonel Caraballo Maqueira (CITMA), Dra. C. Martha Prieto Valdés (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Lic. José Candia Ferreira (MINJUS), Lic. Yuri San Rodríguez Aroche (MINJUS), M. Sc. Francisco Alea Fernández (MINJUS), Dra. C. Iracema Gálvez Puebla (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Lic. Elena Rojas Estévez (CIJ), M. Sc. Daile Simón Rivero, (CIJ), Lic. Daimig Sánchez de la Torre (CIJ).

© Todos los derechos reservados

© Sobre la presente edición

Centro de Investigaciones Jurídicas, 2014-5.

ISSN 1810 4924

RNPS 0515

Centro de Investigaciones Jurídicas

Calle O no. 216 entre 23 y 25,

Plaza de la Revolución,

La Habana, Cuba.

Teléfono: (53-7) 835 44 08

E-mail: ruben@oc.minjus.cu,

cij@oc.minjus.cu

Cada artículo expresa la opinión de su autor

Índice

Teoría del Derecho y Derecho Penal

¿Es superior la impartición de justicia cuando se utiliza el sistema de jurados de tipo clásico? / 7

Diana Hernández de la Guardia

Tesis sobre la reforma penal en Cuba /23

José Candia Ferreyra

La cancelación de los antecedentes penales. Consecuencias jurídicas de su escasa regulación / 41

Adisson Rafael Díaz Cesín

Derecho Registral y Notarial

Una propuesta metodológica para el estudio de la calidad de los servicios notariales / 67

Mercedes de Armas Alonso, Daile Simón Romero y Lázaro Juan Corzo González

Acercamiento a los principios registrales desde la óptica Registro del Estado Civil / 89

Elena Rojas Estévez

Derecho Administrativo y Agrario

Los contratos agrarios, la tierra y la actividad productiva en Cuba / 123

Roy Ramón Philippón.

Ciudadanía, Cultura y Conciencia jurídica

Cultura y cultura jurídica: Una necesidad ciudadana / 143

Silvia Esther García Méndez y Mariela Ordaz Torres

Los desafíos de la conciencia jurídica, una mirada deontológica / 162

Majela Ferrari Yaunner

Ciudadanía y nacionalidad desde una perspectiva cubana / 177

Ernesto Domínguez López y Seida Barrera Rodríguez

Sociología e Investigación Sociojurídica

Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica en Cuba / 213

Marisol Sónora Cabaleiro, Daile Simon Romero, Gerardo Machado Alfonso, Elena Roja Estévez. Coautores Lissette Pérez Hernández y Yury Pérez Martínez.

Derecho Ambiental e Inmobiliario

La auditoría ambiental como herramienta de gestión y el derecho administrativo sancionador, actualidad cubana /235

Alcides Antúnez Sánchez

El derecho de habitación en Cuba: ¿su admisión en el ordenamiento jurídico vigente? / 279

Marien Piorno Garcell, Liesner Rodríguez Correa y Yoandris Tamayo Méndez.

Derecho de Autor e Informático

Notas sobre la Auditoría a las Tecnologías de la informática. Relación del Derecho y la Informática / 313

Alcides Antúnez Sánchez

El Derecho de Autor ante los desafíos del desarrollo digital en la empresa estatal cubana en la actualización del modelo económico/ 337

Olivia Virgen Figueredo Paneque, Alcides Francisco Antúnez Sánchez y Yolanda Soler Pellicer.

De los autores

Teoría del Derecho y Derecho Penal

¿Es superior la impartición de justicia cuando se utiliza el sistema de jurados de tipo clásico?

Is higher the administration of justice when the jury system of conventional type is used?

Diana Hernández de la Guardia

Resumen

A la impartición de justicia por medio del jurado de tipo clásico se ha dado a nivel internacional gran publicidad en los medios de difusión masiva: prensa, filmes, series, etc., lo que en cierta medida ha contribuido a sembrar una opinión bastante favorable de sus supuestas “bondades”. Nuestro país en estos momentos se encuentra en un proceso de perfeccionamiento de sus normas jurídicas y, entre ellas, se encuentra la Ley de Procedimiento Penal. Algunas veces se ha escuchado la conveniencia de incorporar esta institución, avalado también en la generalización de su uso en el mundo, con gran preponderancia en el continente americano.

En el trabajo se analizan las características más generales de la utilización del jurado de tipo clásico en cuatro países: Estados Unidos, España, Argentina y México, sopesando sus ventajas y desventajas para dilucidar si sería realmente beneficioso instituir en nuestro país este tipo mecanismo de impartición popular de la justicia.

Palabras claves

Sistema de jurados, derecho penal, procesal penal, tribunales, administración popular de justicia, Cuba.

Abstract

In the administration of justice through jury of conventional type has been given internationally highly publicized in mass media: newspapers, films, series, etc., which to some extent has contributed to plant a very favorable opinion their alleged "goodness". Our country right now is in a process of improving its legal standards and

among them is the Law of Criminal Procedure. Some analysis have been carried out with regards to the advisability of incorporating this institution also supported that its use is spreading in the world, with great prominence in America.

At work the most general features of the use of the jury of the conventional type are analyzed in four countries: United States, Spain, Argentina and Mexico, weighing its advantages and disadvantages, to determine whether it would be really beneficial to institute in our country, this type mechanism popular imparting justice.

Key words:

Jury system, criminal law, criminal proceeding, courts, popular administration of justice, Cuba.

Introducción

Surgimiento. La impartición popular de la justicia.

Perdido en el tiempo, cuando fue necesario condenar a los hombres, se hizo manifiesta la importancia de que ese acto se realizase por más de una persona y la trascendencia de que quienes lo ejecutasen tuviesen puntos de contacto con el comisor, de manera que el juzgamiento no se convirtiera en una *vendetta* arbitraria y desproporcionada.

De ese modo, apareció el jurado, entendido como el grupo de ciudadanos que son elegidos para participar en la solución de la controversia judicial. Sus inicios unos los remontan a la Grecia y Roma antiguas, en tanto otros lo sitúan en períodos muy anteriores, cuando las primeras civilizaciones germanas encargaban la aplicación de la justicia a sus iguales.

Durante la etapa feudal las arbitrariedades de los poderosos fueron manifiestas y ante las colosales injusticias se impusieron los juicios por jurados. Los antecedentes más conocidos son los referentes al año 1215, cuando en Inglaterra se establece el juicio entre pares a partir de lo exigido en la Carta Magna.

Esta institución se desarrolló en el sistema anglosajón durante toda la Edad Media y luego tomó fuerza a partir de la Revolución Francesa. En Estados Unidos el sistema de

jurado de tipo clásico es utilizado con gran aceptación de la sociedad, a pesar que aproximadamente sólo el 4% de los casos penales son sometidos a él.

Su nombre tiene su origen en el hecho de que la totalidad de sus integrantes, de una forma u otra, son compelidos a un juramento donde se contribuye a recalcar la relevancia y trascendencia de su función. En Argentina, en el Estado de Buenos Aires, se les pregunta: “*¿Prometéis en vuestra calidad de jurados, en nombre del Pueblo, examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, de acuerdo a la prueba producida y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia y las leyes vigentes?*”.

Nuestro país en estos momentos se encuentra en un proceso de perfeccionamiento de sus normas jurídicas y entre ellas se encuentra la Ley de Procedimiento Penal, la cual se promulgó hace más de treinta años. Con un afán reformador, algunas veces se ha escuchado la conveniencia de incorporar esta institución, cuyo uso se está generalizando a nivel internacional.

El objetivo del presente trabajo es presentar de forma muy general, tanto las cualidades que pueden hacer de esta institución un aporte beneficioso, como los elementos que no lo son, de manera que cada cual pueda conformarse –con absoluta libertad- una idea lo más global posible acerca del jurado de tipo clásico, para finalmente exponer los criterios que se considera deben tenerse en cuenta para el caso de su implementación en Cuba.

Desarrollo

Tipos de sistemas de jurados:

Se han determinado tres formas principales por medio de las cuales se puede impartir justicia de manera popular:

A. Sistema clásico:

Es el conocido como anglosajón o norteamericano, aunque los Estados Unidos lo adoptaron a consecuencia de la dominación inglesa. Hoy está muy difundido (más de 60 países lo aplican) y se constituye con un grupo de personas elegidas al azar por un tiempo determinado, las cuales han de participar en la vista oral y determinar, a partir de las pruebas practicadas, si el sujeto procesado es o no culpable, para en este último supuesto, dar paso a que un juez titular se pronuncie sobre la sanción.

Es utilizado en Europa en España, Noruega y Rusia. En América lo tienen establecido Argentina, Canadá, Brasil, El Salvador, Estados Unidos, México, Nicaragua y Panamá. También está instituido en Australia.

B. sistema combinado:

En este el jurado lo componen tanto jueces titulares como legos, en unos países dan predominio a los jueces titulares y en otros a los legos, quienes juntos y en una proporción impar muchas veces, ejecutan el acto de impartir justicia de manera colegiada, al confluir en el proceso de deliberación tanto los criterios sociales como los técnico-jurídicos.

Está instituido en Alemania, Italia, Francia y Suiza. En América Latina lo tenemos en Cuba y en Venezuela.

C. sistema mixto:

Más próximo al primero, -pero con pluralidad de jueces profesionales y legos-, en este sistema se establece que los miembros legos del jurado deliberen sin los profesionales. Si el criterio es de absolución, se libera al reo, pero si no lo es, los jurados requieren de los titulares para juntos definir la medida de la sanción. Es de aplicación en Austria y Bélgica.

1. Ventajas que se le reconoce al sistema de impartición de justicia por jurados:

Al sistema de jurados se le atribuyen las siguientes ventajas:

- Es una forma de ejercicio democrático de la función de administrar justicia.
- Garantiza que el acusado sea juzgado por sus iguales.
- Logra una mayor aproximación a los problemas y conflictos del acusado.
- Se ejecuta por más de una persona.
- Propende a que haya un menor índice de corrupción.
- Procura que el fallo esté imbuido de un mayor sentido común.
- Hay una mejor aceptación por los sancionados, al saber que sus pares lo reconocen culpable.
- Contribuye a que los ciudadanos ejerzan el poder y además se sientan honrados con la función que les ha sido atribuida.

- Es un mecanismo paradigmático de la participación ciudadana en la impartición de justicia.
- Por todo lo antes expresado, debe conllevar a una mayor calidad de la justicia.

2. Características generales del sistema de jurados de tipo clásico: Especial referencia a algunos países.

A continuación serán analizadas las particularidades propias de este sistema, con especial referencia a cuatro países fundamentales: España, Estados Unidos, México y Argentina. Debe tenerse en cuenta que en el caso de los tres últimos, el análisis se hará partiendo de lo que expone la doctrina y la legislación, pero tomando en cuenta que se trata de estados federados, y por tanto, hay variaciones en las legislaciones internas.

De todos ellos, son los Estados Unidos el país que más experiencia tiene en la aplicación de esta institución. Allí el juicio por jurados es una garantía procesal del acusado, que está reflejada en la VI Enmienda de la Constitución norteamericana promulgada el 15 de diciembre de 1791, pero también constituye un órgano jurisdiccional, según el artículo III § 2 de la Constitución. En cuanto a antigüedad, México no se queda muy lejos. Allí el establecimiento del juicio por jurados fue una de las cuestiones más discutidas en el Congreso Constituyente de 1856, llevando a la promulgación de la Ley de Jurados en materia criminal para el Distrito Federal, el 15 de junio de 1869 por el presidente Benito Juárez. Más adelante se recogió en el Código de Procedimientos Penales de 1860, en la Ley de Jurados en Materia Criminal de 1861, en el Código de Procedimientos Penales de 1894, la Ley de Organización Judicial en el Distrito y Territorios Federales, de 1919 y 1928. En el Código de Organización de competencia y procedimientos de materia penal para el Distrito y territorios Federales de 1903, las leyes Orgánicas de los Tribunales de Fuero Común de 1919-1928, en el Código de Organización y Competencia y Procedimientos Federales de 1929 se suprimió la intervención del jurado en los delitos comunes.

Su introducción para los delitos de imprenta ocurrió a raíz del Reglamento Español de 1812 y para los delitos oficiales por medio del artículo 111 de la Constitución de 1917. En este trabajo será analizado la norma vigente para el Distrito Federal y el estado de Michoacán.

En el caso de España, constituye un órgano jurisdiccional especial también regulado en el artículo 125 de la Constitución de 1978, por medio del cual los ciudadanos participan en el poder judicial y se realiza la función constitucional de impartir justicia, pero no es

considerada una garantía procesal del acusado. Esta institución está regulada en la Ley del Tribunal del Jurado de 1995.

La legislación con que se trabajó en el caso de Argentina es bien reciente: se trata de la Ley No. 14543, para la incorporación al Código Procesal Penal del Juicio por Jurados en la jurisdicción de Buenos Aires, de 19 de septiembre del 2013, promulgada el 26 de septiembre del 2013.

Con estos cuatro países se realizará una panorámica de sus regulaciones en torno a esta institución, a partir de elementos esenciales que han sido tenidos en cuenta. Ellos son:

A. Número de integrantes o cantidad de jurados.

El número de integrantes del jurado varía bastante entre los países. España exige 9 personas con dos suplentes, en tanto Argentina tiene 12 y 6 suplentes, los cuales habrán de estar presentes durante la vista oral, y únicamente se podrán retirar cuando los titulares abandonen el local para realizar la deliberación. El jurado estará integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. México exige de 7 individuos como titulares para el Distrito Federal y 5 en los distritos.

Pero debe recordarse que los datos ofrecidos no solo difieren de un país u otro, sino inclusive, en el mismo país. Para el caso de los Estados Unidos, se piensa siempre que se trata de 12 sujetos (con 2 suplentes), pero nada más lejano de la realidad, debido a que la composición del jurado se regula en una ley federal, por lo cual existen tantas leyes como estados federados, es decir, cincuenta, por ello, en determinadas circunstancias puede ocurrir que el jurado esté conformado por un número menor.

B. Selección.

La elección de los jurados es aleatoria en todos los países estudiados. En el caso de México se eligen al azar y públicamente en presencia del acusado y el defensor. Para hacerlo primero se colocan en un ánfora los nombres de los posibles, y se extraen 30 de ellos de los que solamente pueden recusar 5, que serán reemplazados. Se citan y cuando acuden unos 12 se procede a su selección aleatoria, para determinar los 7 titulares y los supernumerarios que considere necesarios el juez.

Es también pública en los Estados Unidos, pero se realiza a puertas cerradas en España, lo que ha sido considerado como algo positivo, pues la privacidad contribuye a que los jurados se expresen con más libertad y menos presión. Los españoles eligen los

ciudadanos sobre la base de los datos del censo electoral y cada dos años. Para cada juicio se realiza una selección de entre 20 ó 30 personas -nunca menos de 20- y se rechazan aquellas personas que en el interrogatorio den muestras de parcialidad en el tema que se está juzgando. Las partes podrán rechazar a alguno de los miembros seleccionados (hasta 4, tanto por parte de la defensa como de la acusación), sin tener que alegar ninguna causa, a excepción de los terceros responsables civiles y el actor civil quienes sí deberán fundamentar la causa de su rechazo.

En resto de los países estudiados, las partes o el acusado pueden recusar a los propuestos para ejercer de jurados.

C. Instrucciones a los jurados.

Como los integrantes del jurado no son especialistas en Derecho, resulta importantísimo que se les instruya acerca del delito que se imputa, las características de su comisión, las pruebas que contribuyen a probarlo, cómo deben ser tenidas en cuenta, etc. Ello se decide mediante un acto procesal donde se precisan aquellos elementos que tomando en cuenta el Derecho, han de ser observados para adoptar la decisión final. En este proceso participa no solamente el juez profesional, pues este se apoya en las partes, que deberán anticipar antes del juicio sus propuestas de instrucciones, presentándolas generalmente por escrito, con copia al juez y las demás partes.

Elas pueden comprender:

- El papel de los jurados en el proceso, que básicamente se circunscribe a la determinación de si el sujeto es o no responsable del ilícito.
- Cuáles son los medios con que cuentan para llegar a criterio. Expresarles de un modo claro qué constituye una prueba y cómo valorarla.
- Se debe informar también sobre los principios generales esenciales como, por ejemplo, la presunción de inocencia.
- El papel de las partes en el proceso.
- Se debe recalcar que han de ejercer su función de modo imparcial.

D. Momento de impartición de las instrucciones.

También debe tomarse en cuenta el momento en el cual debe hacerse patente, pues puede ocurrir.

- al principio del juicio oral, (como es el caso de algunos estados de Estados Unidos),
- durante la práctica de la prueba, (en otros estados de Estados Unidos),
- antes de que ocurra la deliberación, después de las conclusiones finales de las partes, como en el caso de España y Argentina, donde se instruye al Jurado solamente al final del juicio oral.

El asunto sobre las instrucciones a los jurados ha sido muy estudiado en los Estados Unidos y de hecho es bien controvertido. Las partes proponen los temas sobre los que deben ser instruidos los miembros del Jurado y estos se imparten generalmente de forma oral, aunque los otros países en general prefieren la forma escrita.

Puede ocurrir que los integrantes del jurado decidan no seguir las Instrucciones. En este supuesto ocurre la *nullification*,¹ que únicamente afecta cuando –a pesar de que se probó la participación en un acto ilícito- la decisión es absolver al acusado.

En Argentina se puntualiza que en ningún caso se requerirá del jurado valoraciones sobre la subsunción de los hechos en categorías jurídicas, explicándoseles que su decisión versará exclusivamente sobre las circunstancias de hecho objeto del debate.

Sin embargo, en el caso de España no solamente se decide si hay o no un culpable, sino que también el jurado debe subsumir los hechos que considera constitutivos de delito en las normas penales y, para colofón, fundamentarlo (en el 2000 era el único país que lo hacía así). Además, pueden votar la remisión condicional de la pena y el indulto de la pena en la sentencia. Por ello se debe instruir al Jurado con todos los asuntos puramente penales: la naturaleza de los hechos, circunstancias constitutivas del delito, causas de exención o modificación de responsabilidad, etc., lo cual ha sido duramente criticado por lo complejo que resulta para los miembros del jurado.

E. Utilización de expertos.

Siempre las partes se han auxiliado de expertos para probar y argumentar las evidencias, pero hay grandes diferencias en su concepción. En los Estados Unidos, los miembros del Jurado saben que los expertos dependen y son financiados por las partes que los

¹ “Si los jurados son incapaces de ponerse de acuerdo después de un tiempo prudencial de deliberación, y creen que será difícil conseguirlo con más tiempo de deliberación, el juez puede declarar el juicio nulo. En caso de un juicio nulo en los juicios penales, el fiscal puede pedir un nuevo juicio y un nuevo jurado (Ver, por ejemplo, Estados Unidos v. Leslie, 1997; Estados Unidos v. Sutherland, 1972).” Entre el 5 y el 12 % no se ponen de acuerdo.

presentan, de modo que reconocen que tratan de beneficiar a los que les pagan, pero en España es bien diferente, los expertos son considerados neutrales, pues están financiados por el Estado.

F. Tomar notas, hacer preguntas a testigos, peritos y acusados.

Se ha discutido si durante el juicio oral se le debe permitir a los miembros del jurado tomar notas, a lo que se le han encontrado las siguientes desventajas: “1) pueden distraer a otros jurados, 2) pueden dar una ventaja injusta algunos jurados durante las deliberaciones, 3) pueden estar equivocadas, 4) pueden favorecer a la acusación en los delitos penales, y 5) las notas tomadas pueden aumentar los desacuerdos que surjan en las deliberaciones puesto que los que tomaron notas tendrán un registro del juicio (exacto o no)”.

Sin embargo, en investigaciones en los Estados Unidos no se comprobó que tomar notas afectara la eficacia de su participación, por lo que en muchos estados se permite tomar apuntes, aunque no se les permite hacer preguntas (como ocurre también en Argentina), a diferencia del resto de los países estudiados, donde se aceptan preguntas a peritos, testigos y acusados.

G. El jefe del Jurado:

Los miembros del jurado cuentan con un portavoz que puede ser elegido de diferentes maneras y que debe dirigir los debates, la votación, leer el veredicto en el juicio y firmar el acta en representación del resto.

Este sujeto es la primera persona seleccionada en España y además de las funciones generales, es el encargado de elaborar por escrito las justificaciones de las decisiones, pero para el caso en que no esté de acuerdo con la mayoría, se designará un redactor. En Estados Unidos puede ser seleccionado de tres maneras diferentes según el estado: o cuando se retiran a deliberar, o el juez lo designa, o es el primer jurado seleccionado. En Argentina los jurados elegirán su presidente por mayoría simple, bajo cuya dirección analizarán los hechos. En caso de empate se designará al de mayor edad.

H. Formas de realizar el voto:

La votación será secreta en Argentina, y por escrito en los Estados Unidos y México, pero pública en España, donde el voto se realiza por orden alfabético, en voz alta y nominalmente, y es el portavoz el último en votar. Si alguno no lo hiciera, será multado.

I. Reglas para adoptar un fallo: unanimidad o no.

La norma inicial era siempre de la unanimidad, pero ya ni Inglaterra la mantiene, de hecho, desde 1967 el voto es por mayoría 10 a 2 cuando no se haya logrado la conformidad después de dos horas deliberando.

Sin embargo, en los Estados Unidos lo general es que el veredicto se adopte por unanimidad, aunque hay excepciones, por ejemplo, en Oregón y Luisiana se permite una votación de 10 a 2 para la felonía². En Oklahoma de 9 a 3 para delitos de menos de un año de prisión. Si no hay acuerdo, se pide nuevo juicio y nuevo jurado.

En España el veredicto se adopta por mayoría. Específicamente se requieren cinco votos para la absolución y siete para la condena (de 9 posibles). En Argentina el veredicto de culpabilidad requerirá como mínimo de diez (10) votos (de 12 posibles), si el delito por el que fuera calificado legalmente el hecho en que se sustenta la acusación tuviera prevista pena de prisión o reclusión perpetua, se requerirá la unanimidad de votos afirmativos.

J. ¿Se constituye para todos o algunos delitos?

La legislación más amplia en cuanto a los delitos que pueden ser sometidos a un jurado, es la norteamericana, que incluye hasta los delitos menores, pero los demás países establecen bastantes límites, siendo el más relevante el de México, que lo ciñe únicamente a los llamados delitos de imprenta.

En España se constituye para:

- Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos.
- Delitos contra el honor.
- Delitos de incendios.
- Delitos contra las personas: parricidio, asesinato, homicidio, auxilio o inducción al suicidio... etc.

² Expresa el Gran Diccionario de la Lengua Española Larousse, que felonía es la deslealtad, la acción propia de un traidor.

- Quebrantamiento de la custodia de presos, de documentos, malversación de caudales públicos, fraudes...

Sin embargo, el Tribunal del Jurado no intervendrá si el conocimiento de estos delitos corresponde a la Audiencia Nacional.

En Argentina se conforma para los delitos cuya pena máxima en abstracto exceda de quince años de prisión o reclusión o, tratándose de un concurso de delitos, alguno de ellos supere dicho monto.

K. Características personales de los jurados, posibilidad de renuncia a ser juzgado por un jurado.

Debe remarcarse que en la concepción norteamericana constituye un derecho ser juzgado por un jurado, por lo cual, el acusado puede renunciar a ese derecho, siempre que lo apruebe el Fiscal y el órgano jurisdiccional. Por otra parte, los integrantes del jurado han de representar la comunidad en la que se realiza el proceso, debiendo tener ciertas condiciones personales y de convicción que no perjudiquen al acusado.

En cambio, en España, por ejemplo, no se considera que represente a nadie, ni a la comunidad y como se eligen al azar, no deben tener ciertas condiciones que no perjudiquen al acusado, no estando permitida la renuncia a ser juzgado por un jurado. Argentina no sólo permite esa renuncia, sino que en caso de existir pluralidad de imputados, la renuncia de uno de ellos determinará la integración del Tribunal usual.

L. Pronunciamientos sobre los hechos o el derecho

En todos los países estudiados los jurados solamente se pronuncian acerca de qué hechos han sido probados y si hay o no culpabilidad más allá de cualquier duda razonable. Es el juez quien aplica el Derecho al caso. Pero en España no solamente decide si hay o no un culpable, sino que también debe subsumir los hechos que considera constitutivos de delito en las normas penales y para colofón, fundamentarlo (en el 2000 era el único país que lo hacía así). Además pueden votar la remisión condicional de la pena y el indulto de la pena en la sentencia. Por ello se debe instruir al Jurado con todos los asuntos puramente penales: la naturaleza de los hechos, circunstancias constitutivas del delito, causas de exención o modificación de responsabilidad, etc.

M. Remuneración:

En cuanto a este tema existen muchas variantes en los distintos países, pero un ejemplo de cómo ello puede complicarse lo muestra la norma argentina.

“La función de jurado será remunerada de la siguiente manera:

a) Cuando se trate de empleados públicos o privados, mediante declaratoria en comisión con goce de haberes, de carácter obligatorio para el empleador.

b) En caso de trabajadores independientes o desempleados, podrán ser retribuidos a su pedido, con la suma de dos US diarios.

En ambos casos, si así lo solicitasen los jurados seleccionados y si correspondiere por la duración del juicio o las largas distancias que deban recorrer para asistir al mismo, el Estado les asignará a su favor una dieta diaria suficiente para cubrir sus costos de transporte y comida. A tales efectos, la Suprema Corte de Justicia dispondrá de una partida especial que estará prevista en el presupuesto correspondiente”.

3. Desventajas de la aplicación del sistema de jurados:

1. Aunque teóricamente el sujeto elegido como jurado debe sentirse orgullo de tal elección, es un sistema para el que la población no siempre se muestra colaboradora, pero es preciso garantizar que funcione, de modo que exige la presencia en las normas para conminar a los ciudadanos a la participación en el proceso, so pena de multas, arrestos, etc. para lograr la asistencia a la elección (México), a realizar el voto (España), a asistir a juicio (Argentina).

2. Se ha comprobado que muchos jurados no comprenden bien las instrucciones que se le imparten. Ello trae nefastas consecuencias para los implicados en un proceso al no contar en sus deliberaciones con la guía de juristas.

3. Las instrucciones no siempre son brindadas con suficiente claridad, lo que da pie a aclaraciones, reclamaciones e impugnaciones, dilatando el proceso.

4. Al no haber suficiente preparación o comprensión sobre las instrucciones impartidas, ocurre que integrantes del jurado se sienten incapaces de tomar una decisión.

5. Cuando los jurados no han entendido bien, se habla de que se adoptan veredictos en los que predominan los sentimientos, muy por encima de los hechos probados. En ello puede influir mucho la teatralidad y la elocuencia de los defensores. En México se han desacreditado mucho, al punto de ser identificados como una fábrica de absoluciones.

6. Todo ello se complica aún más cuando se le pide a los miembros del jurado que fundamenten jurídicamente su parecer, pues no están preparados técnicamente para aplicar y dilucidar las normas penales subsumibles al caso.

7. Muchas veces no hay acuerdo suficiente y es preciso volver a comenzar todo el proceso. En los Estados Unidos –que es el país con más larga tradición y aceptación social- entre el 5 y el 12 % de los casos sometidos a jurado no se logra el acuerdo.

8. Investigadores norteamericanos han comprobado que los jurados consideran las normas penales excesivamente complejas, como para tener que tomar partido contando con ellas.

9. Es un proceso que enlentece enormemente la impartición de justicia. Al ser más demorados, los juicios con jurados resultan más costosos y hay más descontento en la sociedad.

10. El sistema es muy caro hasta para los países ricos. En los Estados Unidos se ha expuesto que los gastos incluyen desde la preparación de los jurados, la capacitación de jueces y abogados, el enorme costo del proceso de selección que incluye medios informáticos materiales y humanos, hasta inmuebles y, en algunos casos, alojamiento y dietas.

11. En ocasiones es necesario adoptar medidas de seguridad especiales para proteger a los jurados en casos vinculados al crimen organizado transnacional, lo que multiplica la carestía del proceso en orden exponencial.

12. Si ocurriera enfermedad grave de uno de los integrantes, puede requerirse volver a atrás.

13. Los juicios resultan muy permeados por las condiciones de oratoria y de convencimiento de las partes.

14. La doctrina reconoce que la adopción de muchos de estos sistemas ha consistido en asumir fórmulas o instituciones de otros países sin antes realizar un adecuado análisis, lo que ha acarreado más problemas que soluciones.

En Argentina, por ejemplo, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se pronunció en contra del juicio por jurados. Una encuesta del Diario Judicial dio una opinión mayoritariamente desfavorable a la implantación de jurados y la Federación Argentina de Colegios de Abogados señaló los graves problemas que el mismo produciría.

15. Como es un proceso tan complejo y costoso, en algunas legislaciones se toman medidas para evitarlo: adopción de acuerdos previos para no llegar al jurado;

contemplar que si uno de los acusados rechaza ser procesado por este sistema, ello afecta al resto y todos se juzgan por el sistema usual; etc.

16. Aún en países con una población mayoritaria a favor del juicio por jurados, como los Estados Unidos, muchas veces los abogados tratan de evitarlo y prefieren a los jueces, porque los jurados no siguen en sus decisiones los precedentes establecidos por la jurisprudencia de los tribunales o de otros jurados, lo que les perjudica.

A modo de conclusión

Resulta evidente, luego de examinar y comprender tal cantidad de inconvenientes, que el sistema de justicia de tipo clásico no es una opción plausible.

El sistema de jurados proviene del sistema anglosajón donde las condiciones son bien diferentes al sistema romano-francés, pues no tienen el desarrollo dogmático del derecho penal alcanzado en este, ni son procesados judicialmente el mismo número de casos, al contar con mecanismos conciliatorios muy fuertes destinados a abreviar o evitar el proceso tradicional de administración de justicia.

Extrapolar este sistema de juzgar solo puede complicar, encarecer enormemente y ralentizar el proceso judicial, al obligar a adoptar mecanismos que son casi excepcionales en el otro, con la agravante que necesariamente no beneficia a los reos, pues se pone en manos desconocedoras de la compleja norma penal y sin una guía inmediata, el peso principal del juzgamiento, por lo cual no considero sustancialmente beneficiosa para nuestro país la adopción de la impartición de justicia por el sistema de jurados.

Bibliografía

.....Art.: Reforma procesal penal en Neuquén: Mucho más que juicio por jurados, Fuera del Expediente. 2 de enero de 2014. En: <http://fueradelexpediente.com.ar/2014/01/02/reforma-procesal-penal-en-neuquen-mucho-mas-que-juicio-por-jurados/> consultados vía Internet el 14 de abril del 2015:

.....Art.: El jurado en el Derecho penal, Abogado. En: <http://iabogado.com/guia-legal/ante-la-justicia-penal/el-jurado>. consultados vía Internet el 14 de abril del 2015:

.....LEY (Bs. As.) 14543 | Código Procesal Penal. Juicio por Jurados. Incorporación, Biblioteca Calz. Viernes, 22 de noviembre de 2013. En: <http://bibliotecacalz.blogspot.com/2014/08/b-i-b-l-i-o-t-e-c-l-z.html>. Consultados vía Internet el 14 de abril del 2015:

.....Art.: Sistema de Justicia Penal –¿Cómo funciona? The New York Country District Attorneys Office. 2012. En: <http://manhattanda.org/es/sistema-de-justicia-penal-%E2%80%93-%C2%BF%C3%B3mo-funciona>. Consultados vía Internet el 14 de abril del 2015.

.....Art.: La implementación de los jurados en los juicios penales en el Ecuador, Repositorio Digital. 2012. En: <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/1162>. Consultados vía Internet el 14 de abril del 2015.

.....Art.: Derecho Penal en el Centro del Debate, Primer Congreso Internacional deDerecho Penal y Criminología. 4, noviembre de 2013. En: consultados vía Internet el 14 de abril del 2015: http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2014_congreso-de-derecho-penal.php.

.....Jornal USA; “Anatomía de un juicio por jurados”. Departamento de Estado de Estados Unidos. Oficina de Programas de Información Internacional, en PDF, en <http://www.america.gov/publications/ejournalusa.html>. Consultados vía Internet el 14 de abril del 2015:

.....Infojus, Anuario Jurídico, IIJ-UNAM, La Reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, México.

Tesis sobre la reforma Procesal Penal

Thesis on criminal procedure Reform

José Candia Ferreyra

Resumen

La reforma del proceso penal y particularmente de la Ley de procedimiento penal se erige en una de las necesidades más actuales del ordenamiento jurídico cubano. Ello contribuiría a un proceso más ajustado a las situaciones, necesidades y retos de los tiempos actuales. Aun cuando nuestro país resulta referencia latinoamericana y mundial, son precisos cambios a fin de perfeccionar el debido proceso, ofrecer mayores garantías ciudadanas y mayor eficacia en la gestión judicial penal. El presente artículo expone en forma de tesis las opiniones del autor en cuanto al contenido fundamental que debe caracterizar el esfuerzo legislativo de actualización del procedimiento penal.

Palabras clave

Código penal, Ley de Procedimiento penal, Reforma procesal penal.

Abstract

The reform of the criminal procedure and particularly the Law of Criminal Procedure stands as one of the most current needs of the Cuban legal system. This would contribute to a process in keeping with the situations, needs and challenges at present. Although our country is Latin American and world reference, necessary changes are needed to achieve due process, provide greater citizen guarantees and more effective criminal justice management. This article is aimed to offer theses and arguments to characterize the efforts made.

Keywords

Criminal Code, Law of Criminal Procedure, Criminal Procedure Reform.

La necesidad de una profunda reforma en nuestro sistema de justicia penal.

El procedimiento penal en la República de Cuba, tanto en su rama ordinaria o común, como en la militar, es el fruto de la evolución que tuvo en nuestro país la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) del imperio español, que fuera puesta en vigor en 1882 y extendida varios años más tarde a los territorios coloniales de Cuba y Puerto Rico. En el momento de su elaboración, la LECrim recogió instituciones y normas que décadas antes habían avanzado otras legislaciones de la Europa continental, especialmente las de Alemania y Austria, a partir de las importantes reformas del proceso penal que surgieron de la revolución francesa y fueron en principio plasmadas en el Código de Instrucción Criminal francés de inicios del siglo XIX, que pretendió establecer una alternativa de mayor modernidad en el proceso penal, conjugando instituciones y principios propios del enjuiciamiento de tipo inquisitorial que se generalizó en el continente, con las instituciones y normas que el procedimiento anglosajón preservó, de conformidad con principios asentados desde antes del Medioevo. Elementos de particular trascendencia en esta nueva legislación fueron el establecimiento de la separación de las funciones de acusar y juzgar y del juicio oral y público como vía mediante la cual el juzgador debía entrar en contacto inmediato y directo con el material probatorio que serviría de base a su decisión sobre el caso.

De este modo, la LECrim resultó ser uno de los códigos procesales penales más avanzados para su época en el mundo occidental de tradición románico-francesa, al momento de su promulgación. En nuestro país, tomó su propio camino de evolución, al realizársele importantes modificaciones durante la ocupación militar norteamericana desde los últimos años del siglo XIX y los primeros del siglo XX y al entrar en vigor la Constitución de 1940, moderna y progresista que, en este orden, entre otras cosas, elevó a rango constitucional el llamado recurso de Habeas Corpus, consagró el principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación.

Cumplidos más de 90 años de la promulgación de la LECrim en España, se produjo la sustitución de su versión criolla, por la primera Ley de Procedimiento Penal, N° 1251, promulgada en 1973 y en vigor desde 1974, la cual fue perfeccionada y a su vez sustituida en 1977 por la ley de igual denominación, N° 5 de ese año, que posteriormente fue varias veces modificada. Con cambios dirigidos a simplificar la

regulación y dotar de más agilidad los procesos, reformas en algunos procedimientos y variaciones en determinadas instituciones, estas leyes, sin embargo, mantuvieron la esencia de la vieja ley procesal decimonónica: separación de las funciones de investigar, acusar y juzgar, aunque quedando la segunda prácticamente monopolizada por el Ministerio Público, manteniendo facultades del tribunal para cuestionar el ejercicio de la acción penal y para participar en el esclarecimiento de los hechos e igualmente se mantuvo la división en dos fases del procedimiento en primera instancia, la igualdad de las partes y el carácter contradictorio en la fase de juicio oral, responsabilidad del tribunal en cuanto al establecimiento de la verdad objetiva como base para su decisión y predominio del recurso de derecho como medio de impugnación de sentencias.

Los cambios de mayor importancia que se establecieron finalmente fueron: la sustitución del Juez Instructor por el Instructor policial o de la Fiscalía, ambos actuando bajo la supervisión del Fiscal; simplificación de los recursos contra resoluciones interlocutorias; eliminación del juez personal, sustituido en todos los casos por tribunales colegiados, y la posibilidad de juicio sin formalizar el ejercicio previo de la acusación en procesos por delitos con sanciones de hasta un año de privación de libertad o multa no superior a 300 cuotas o ambas.

Otra de las decisiones adoptadas fue la impugnabilidad de todas las sentencias, con recurso de apelación, en forma exclusiva, para los procesos por delitos con sanciones inferiores a tres años de privación de libertad, y una nueva primera instancia para el caso de imposición de la sanción capital; ampliación de facultades del Fiscal para no ejercitar la acción penal en algunos casos y para resistirse ante el rechazo del tribunal a aceptar el sobreseimiento libre solicitado; ampliación de la competencia de los tribunales municipales; incremento de los motivos de revisión de sentencias firmes y de las autoridades facultadas para promoverlo ante el Tribunal Supremo Popular (TSP).

También se estableció un procedimiento abreviado para delitos flagrantes, cuasi flagrantes y evidentes, en el que se dispuso la facultad del procesado de manifestar su conformidad con la acusación, posibilitando la conclusión del proceso a partir de ese acto, así como la de conformarse con el fallo dictado al momento de su pronunciamiento, haciéndolo firme de inmediato y, en el procedimiento contra acusados

ausentes, la posibilidad de sancionar al acusado que no haya comparecido en juicio, en determinados casos.

Mediante disposición constitucional, desde 1975, se consagró la facultad de dictar por el Consejo de Gobierno (CG) del TSP instrucciones de obligatorio cumplimiento para los tribunales, a fin de imponer la uniformidad de la práctica judicial en la interpretación y aplicación de la Ley.

Estas modificaciones, si bien importantes, no cambiaron la esencia de nuestro proceso penal, que continuó siendo una mezcla más o menos armonizada de distintos sistemas procesales (lo que se ha llamado indistintamente –y a partir de algunos matices– como sistema mixto, inquisitivo reformado o acusatorio formal), manteniéndose en lo fundamental nuestro sistema procesal anclado en los finales del siglo XIX, vencida ya la primera década del siglo XXI, habiéndose producido un retraso en la introducción de instituciones, normas y tendencias que, de conjunto con algunas de las que tenemos vigentes, configuran el debido proceso, de conformidad con las modernas teorías al respecto y los consensos plasmados en diversos tratados y convenciones internacionales y recomendaciones de organismos especializados de la Organización de Naciones Unidas al respecto.

Adicionalmente, el esfuerzo realizado para reducir los más de 900 artículos (muchos de ellos extensos o con varios apartados) de la LECrim a los 409 de la actual Ley de Procesamiento Penal (LPP), eliminando trámites que se consideraron innecesarios, además de que no fue un remedio suficientemente eficiente para eliminar el burocratismo en la administración de justicia, trajo como consecuencia la necesidad de que el CG del TSP fuera dictando sucesivamente diversos acuerdos dispositivos o aclaratorios sobre la actividad procesal, cuyo conjunto constituye actualmente una especie de reglamento de la LPP, cuando en realidad muchas de tales disposiciones deberían formar parte de la Ley.

Finalmente, cabe señalar que por haber sido realizadas las reformas de la Ley N° 5 de Procedimiento Penal en oportunidades diversas y en algunos casos provocadas por situaciones coyunturales, se han generado omisiones e incongruencias en el texto de la

Ley, de las que solo algunas han sido salvadas mediante acuerdos como los antes referidos u otras disposiciones de órganos del TSP.

A pesar de existir en nuestro país 169 tribunales municipales y actualmente 15 tribunales provinciales y una sala especial (en el Municipio Especial Isla de la Juventud) con competencia para el conocimiento de delitos con sanciones superiores a tres años de privación de libertad, el volumen de casos que se presentan al conocimiento de todos estos órganos jurisdiccionales y especialmente ante los de nivel provincial y las dificultades objetivas y organizativas que con frecuencia impiden concluir cada proceso en una única sesión, provocan una carga de trabajo que no resulta recomendable para la serena reflexión que requiere la solución de cada caso criminal que se someta a juicio y para la respuesta del también considerable número de recursos que se interponen contra las sentencias. También, dada la amplitud de los motivos legales que amparan el empleo del procedimiento de revisión de sentencias firmes, la cantidad de solicitudes que deben procesar las autoridades facultadas para promoverlo sigue siendo alta y es también relativamente elevada la cantidad de procedimientos de revisión de sentencias firmes en materia penal promovidos ante el TSP y resueltos por las salas de justicia respectivas.³

Además de todo lo anterior, se manifiestan en la práctica foral diversos indicios de que subyace entre muchos de los operadores del derecho una interpretación inquisitorial de las instituciones de nuestro procedimiento penal, como consecuencia de la tradición secular de esa forma de enjuiciar y de la tendencia burocrática, también de larga data histórica, de otorgar enorme confiabilidad a las actas escritas, anteponiéndolas en ocasiones a lo que en el proceso se manifieste frente al juzgador.

Este panorama y, especialmente la necesidad de modernizar nuestra legislación para ponerla más a tono con las circunstancias contemporáneas, no solo en el universo del derecho procesal, sino también en relación con el enfrentamiento a la criminalidad (que aunque requiere diversidad y multilateralidad, tiene en el sistema penal un instrumento

³ Antes de la publicación de este trabajo, se promulgó el Decreto-Ley 310/13, que entre otras cosas amplió la competencia de los Tribunales Municipales Populares (TMP) para el conocimiento de delitos y las facultades de la policía para dar solución a casos sin acudir al proceso, temas que resultarían superficialmente tratados si se pretendiera incluirlos en este trabajo, pero en nuestra opinión, tales medidas, ni solucionarán el problema del congestionamiento de los tribunales ni son las más apropiadas alternativas para, al menos, tratar de paliar esa situación.

fundamental, aun cuando se emplee en última instancia), justifica que no se dilate por más tiempo una profunda reforma de nuestro sistema procesal penal: no basta con introducir nuevas modificaciones aisladas y puntuales en la ley vigente –que, a no dudarlo, ha cumplido con cierto grado de eficiencia su papel durante algo más de 38 años, a pesar del lastre que la mantiene atada a un pasado generalmente superado, incluso por países de América que hasta hace unos veinte años todavía no habían estrenado el juicio oral y público y los jueces seguían basando sus fallos en el análisis indirecto (a través de las actas) de los medios probatorios– sino que se necesita un cambio revolucionario, que produzca el nacimiento de una nueva legislación (Código propiamente) procesal en materia penal.

En función de tal propósito, se formulan las tesis que siguen, sin la aspiración de que se tengan como únicas e invariables, sino tan solo como una referencia del camino que en nuestro criterio debería seguirse para una reforma útil y efectiva partiendo de la aplicación de determinados principios propios del derecho procesal penal, que produzca una legislación que perdure por varias décadas sin necesidad de introducir grandes cambios; si al menos las ideas expuestas sirven para promover el debate teórico que permita pulirlas y enriquecerlas y facilitar a los legisladores un esquema de pensamiento y acción coherente, preciso y fundado, habremos comenzado a andar y, como dice un antiguo proverbio chino, el viaje más largo comienza con el primer paso.

Es necesario aclarar que en las *tesis* que a continuación se exponen, hemos tratado de referirnos a los problemas más generales que a la luz de nuestros conocimientos y experiencia hemos apreciado, sin introducimos en detalles en cuanto a otros puntos criticables, incongruencias u omisiones de menor trascendencia que, mediante una redacción cuidadosa e inteligente del proyecto de la nueva legislación y una posterior revisión alerta y acuciosa del texto a promulgar, podrán ser resueltos, evitando al mismo tiempo incurrir nuevamente en defectos similares a los hasta ahora existentes.

Orientación fundamental de las Reformas al sistema Penal

1. La primera cuestión es qué clase de reforma necesita nuestro procedimiento penal; en este sentido nos inclinamos absolutamente por la idea de que los actuales problemas institucionales, organizativos y subjetivos que enfrentamos en este campo,

no se resuelven con nuevas modificaciones parciales que aisladamente puedan introducirse en la legislación vigente, sino que se necesita una profunda, amplia y seria transformación del proceso penal, que partiendo de un enfoque sistémico y aplicando concepciones propias del siglo en que vivimos, produzca una ley coherente, moderna, en correspondencia con los principios universalmente aceptados sobre el debido proceso, que instrumente procedimientos dinámicos y ágiles, que elimine el exceso de burocratismo actual, aunque sin merma de las garantías para acusados y víctimas ni injustificadas limitaciones al derecho de acceso a la justicia.

2. Para comenzar los trabajos de elaboración de una nueva ley procesal penal, resulta conveniente y provechoso que la Asamblea Nacional del Poder Popular apruebe previamente las **bases** sobre las que deberá asentarse el trabajo y las propuestas de la comisión redactora.⁴ Estas bases deben partir de las normas constitucionales sobre el proceso y las funciones de los tribunales y de los principios generales del derecho procesal penal que los legisladores determinen como sustento de las correspondientes leyes y de la concepción de la política penal de nuestro Estado en relación con cuestiones claves, tales como el tipo de enjuiciamiento deseado (balance entre autoritarismo y garantismo), si el procesamiento por delitos debe ser una función estatal (principios de oficialidad, legalidad e indisponibilidad del proceso) o quedar sujeto al interés del perjudicado (principios de instancia de parte y disponibilidad del proceso) o se opta por compartir responsabilidades entre el deber del órgano estatal y el derecho de quien resulte perjudicado por la infracción criminosa; el fin atribuido al proceso (establecimiento objetivo de la realidad histórica o restablecimiento del equilibrio o paz social o una coexistencia equilibrada de ambos fines) y otras.

Dado que la composición de nuestro órgano legislativo estatal es minoritariamente de juristas, resulta igualmente muy útil y conveniente que el proyecto de ley (Código) que se presente, sea acompañado por una *exposición de motivos* o *fundamentos*, en que se

⁴ Después de la promulgación de la Ley N° 5 en 1977, todas las reformas posteriores que se le han incorporado se han realizado mediante decretos-leyes, basados en proyectos elaborados por comisiones integradas por especialistas de las instituciones relacionadas con el proceso penal, particularmente de los tribunales, la fiscalía y el Ministerio del Interior junto con el Ministerio de Justicia (aunque eventualmente se ha dado participación a la Facultad de Derecho y a la organización de los abogados), de tal manera que los propios operadores del derecho procesal penal se han encargado de ajustar la legislación a sus intereses y necesidades, ante los problemas que la práctica diaria plantea y por la vía del consenso entre ellos mismos.

expliquen claramente las razones de regular de una u otra forma los mecanismos e instituciones procesales y los cambios más importantes que se propongan. Por supuesto, deberán tomarse en cuenta, adaptándolas a nuestras condiciones y características, las convenciones internacionales de las cuales nuestro Estado es parte, así como las recomendaciones de los órganos correspondientes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre la prevención y enfrentamiento al delito y el tratamiento del delincuente.

3. La nueva ley o código procesal penal ha de ser concebida como un sistema de acciones y medidas dirigidas a la prevención, esclarecimiento, enjuiciamiento y represión de hechos calificados legalmente como delitos y al mismo tiempo, a garantizar el cumplimiento de los derechos legítimos de los que resulten acusados como presuntos responsables y los de víctimas y perjudicados, de conformidad con las modernas concepciones generalmente aceptadas sobre el debido proceso. Con arreglo a lo anterior, el llamado principio acusatorio y la imparcialidad de los jueces deben ser elementos esenciales a fortalecer en la nueva legislación, eliminando toda institución o norma que implique al tribunal de juicio en la conformación del objeto del proceso sobre el cual deberá caer su pronunciamiento.

4. En la parte general de la nueva legislación resultaría conveniente que se expusieran los principios del derecho procesal que sirvan de base a su conformación, de manera que los operadores de esa ley, en lo adelante, se puedan orientar por la formulación que a cada uno de tales principios se dé, para la interpretación del contenido de las instituciones y de los preceptos de la propia ley.⁵

5. Los principios de **legalidad**, de **oficialidad** y de **establecimiento de la verdad material** sobre el hecho imputado, constituyen la columna principal de la base del procedimiento criminal, junto con el **derecho de defensa sin restricciones indebidas**,

⁵ Hay importantes principios procesales que de un modo u otro están manifestados en determinadas regulaciones de las leyes procesales penales vigentes; sin embargo otros, como la prohibición de la *reformatio in pejus* y de la *ultra petita* en las impugnaciones y el de *in dubio pro reo* así como el de obligación de motivar las sentencias no se expresan, con independencia de que se apliquen, generalmente, en la práctica.

de conformidad con el artículo 59 de la Constitución de la República de Cuba (CRC). Pero sin desconocer esos principios fundamentales y propios de nuestra tradición, la disponibilidad de las partes sobre el proceso o sobre su objeto, puede tener alguna cabida en la ley, en función de la economía procesal, la agilización de los procesos y la mayor eficacia en la reparación de consecuencias de los hechos y el resarcimiento procedente, siempre que se evite merma en los fines de justicia material.

6. Debe perfeccionarse, sobre la base del ***principio acusatorio***, la separación entre las funciones de investigación y persecución del delito y la de juzgar, fortaleciendo las medidas dirigidas a garantizar la mayor independencia y la total imparcialidad de los jueces y su autoridad exclusiva de aplicación de la ley penal y de las sanciones y medidas de seguridad en ella establecidas. Al mismo tiempo, debe definirse mejor la responsabilidad del Fiscal con el resultado de las investigaciones previas y dotarlo de toda la autoridad necesaria como titular de la acción penal y controlador del cumplimiento de la legalidad en esa fase del proceso.

7. Con independencia del objetivo fundamental de la Fiscalía General de la República de control y preservación de la legalidad y de la objetividad que debe presidir la actuación del Fiscal en el procedimiento, la supervisión del cumplimiento de las garantías y derechos durante el procedimiento preparatorio ha de estar a cargo de un juez (de garantías o de control del procedimiento) específicamente facultado para resolver, en primera o en segunda instancia, respecto a todo aquello que implique una restricción de la libertad personal, la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, del derecho a la defensa o de los derechos patrimoniales del acusado y del derecho al proceso de víctimas y perjudicados. El juez que en tal función intervenga en un proceso, no podrá integrar el tribunal que, en su día, deba resolver definitivamente sobre la imputación realizada, ni en la solución de recursos contra la sentencia que en este proceso sea dictada.

Si bien la actuación objetiva y ajustada a la ley del Fiscal en el curso de la fase preparatoria de los procesos penales no es un imposible, resulta una evidente contradicción que el encargado de reunir los elementos que permitan fundar una acusación por delito, sea, al mismo tiempo, el garante de los derechos del sospechoso o de quien resulte imputado. El Fiscal que interviene en un proceso, por muy profesional y honesto que pueda ser, no está en una posición de imparcialidad, representa no solo al

Estado, sino también a las víctimas de los delitos, con el interés del esclarecimiento y del eficaz enfrentamiento de la actividad delictiva.

8. Resulta necesario concebir medidas normativas que conlleven o favorezcan la desburocratización del procedimiento, especialmente en las actuaciones de la fase preparatoria, partiendo de que la etapa fundamental de aquel es la realización del juicio oral, en condiciones de publicidad –salvo razonables excepciones en la ley– sin perjuicio del debido aseguramiento de los medios y fuentes de prueba en la etapa previa del proceso y su práctica ante los jueces en la fase decisoria.

9. Se deben estudiar y precisar las diligencias realizadas con anterioridad al juicio que puedan considerarse preconstituidas y las garantías necesarias para su realización y admisión como tales, definir el tratamiento de pruebas que se obtengan de manera irregular y modernizar las concepciones acerca del empleo de la ciencia y la técnica en la obtención, procesamiento y evaluación de las pruebas y otros medios de evidencia.

10. A los efectos de descongestionar el trabajo de los tribunales y otros órganos que intervienen en los procedimientos penales, ha de regularse legalmente la discrecionalidad en el ejercicio de las acciones penales por el Fiscal respecto a hechos que, aunque típicamente constitutivos de delito, hayan tenido escasas consecuencias materiales o insignificante peligrosidad social o cuando hayan conllevado para el autor efectos más graves que la propia pena que pudiera imponérsele, haciendo moral y prácticamente innecesaria la punición. En la misma forma, deben preverse otras salidas alternativas al proceso para otros casos de más trascendencia social o con mayores perjuicios, pero que solo afectan bienes jurídicos normalmente disponibles.⁶ Tales alternativas pueden contemplar medidas correctivas no penales, el resarcimiento por daños y perjuicios materiales y morales, sin necesidad de llegar a juicio, salvo el caso de que sean incumplidas las medidas y obligaciones impuestas a los responsables.

⁶ No deben, sin embargo, concederse al respecto facultades demasiado amplias a los órganos no jurisdiccionales para aplicar sanciones por vía administrativa ante determinados delitos, debiendo quedar limitada tal prerrogativa a los ilícitos de menor entidad (mínimas sanciones) y consecuencias de poca trascendencia. No se debe generalizar demasiado solucionar el conflicto social mediante medidas pecuniarias aun cuando estas fueran relativamente elevadas, pues esto privilegia a los que tienen más en desmedro de los menos favorecidos económicamente en la sociedad.

11. Con similares propósitos de economía procesal, debe preverse la posibilidad de manifestación, en cualquier tipo de procedimiento, de conformidad con la acusación una vez que esta sea formalizada y aprobada para el examen judicial del caso, como mecanismo que puede dar lugar a la terminación del proceso sin la realización del juicio oral y a la inmediata firmeza de la sentencia dictada con arreglo a la voluntad del acusado. Posibilitar que tal conformidad pueda plantearse, cuando menos, desde que se requieran las conclusiones provisionales del defensor del acusado, de modo que, de ser admitida, se pueda prescindir también del resto de los trámites preparatorios del juicio oral.

12. Establecer formas de incorporación de víctimas o perjudicados al procedimiento como participante con atribuciones y obligaciones, sin que su ausencia o inactividad limite las posibilidades de desarrollo del proceso ni que su intervención conlleve innecesarias dilaciones y la posibilidad del ejercicio de la acción por el perjudicado u otro acusador, con independencia del Ministerio Público o en forma adherente.

13. Determinar casos en que la falta de interés público permita que el Fiscal no participe en el juicio ordinario, si hay otro acusador. En correspondencia con ello dar cabida al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en el marco de las normas que deben regular la facultad de no proceder, tanto para el Ministerio Fiscal como para el particular.

14. Tomando en cuenta los principios de imparcialidad, igualdad procesal y contradicción, moderar y perfeccionar la regulación de la cuestionable facultad del tribunal de devolver las actuaciones que presenta el Fiscal con solicitud de apertura a juicio oral o de sobreseimiento libre. Siendo la esencia de este instituto el eludir el inicio de un juicio o la aprobación de un sobreseimiento libre sin fundamento probatorio suficiente, la decisión al respecto puede estar a cargo del Juez de Garantías o de Control o de un órgano colegiado integrado solo por jueces profesionales (con vista preliminar al respecto y escuchadas todas las partes o sin realizar audiencia), de manera que los jueces que en su día conocerán del objeto del proceso no participen en la decisión de pasar el asunto a juicio o no. En este trámite, si hubiera audiencia, de plantearse conformidad con la imputación, podría adoptarse la decisión que corresponda por esta misma autoridad jurisdiccional, ya que, al obviarse el juicio, no es necesaria la

constitución de un tribunal para realizar una vista, salvo que se considere que, por alguna razón, la conformidad manifestada es inadmisibile.

15. La regulación de los trámites con el sobreseimiento libre solicitado por el Fiscal, debe hacerse de modo que no se obligue al tribunal a disponer el equivalente a una sentencia absolutoria en contra de su propio criterio sobre el caso, cuando ninguna de las demás partes acusadoras asuma el ejercicio de la acción penal. La falta de acción por ente ajeno, impide que el tribunal entre al conocimiento y solución del asunto, pues tendría que asumir la función de acusador y delimitar el objeto del proceso y las pretensiones correspondientes; pero obligar al órgano jurisdiccional a acatar la solicitud de sobreseimiento libre a pesar de no considerarlo fundado, pone en manos del Ministerio Público el ejercicio del *ius puniendi*, que es exclusivo del juzgador. Una posible solución sería que el tribunal discorde, en lugar de incitar al Fiscal para que ejercite la acción, directamente ofrezca a otros posibles interesados la posibilidad de sostenerla de manera particular, pero de no hacerlo estos, debería devolver las actuaciones al Fiscal, expresando el desacuerdo del tribunal para que archive las actuaciones, pues el Tribunal, a falta de acción acusatoria, no puede iniciar el proceso, pero ello no debe implicar que se le imponga una solución que tiene el mismo efecto de una sentencia absolutoria.

16. Regular de modo más apropiado y en una etapa más temprana del proceso, el momento en que se formaliza la situación del acusado como sujeto procesal, con independencia de la decisión que pueda adoptarse sobre su aseguramiento con alguna medida cautelar, delimitando además en ese acto, las imputaciones que deba enfrentar, sin perjuicio de que estas puedan ser modificadas (ampliadas o reducidas) en el curso de la fase preparatoria del proceso hasta el momento que se formule la acusación ante el tribunal.

17. El procedimiento relativo a los delitos con sanciones hasta de un año de privación de libertad o multa de 300 cuotas debe ser formulado sin imprecisiones y, especialmente, definiendo correctamente las funciones del fiscal, eliminando su actual facultad de sobreseer actuaciones “definitivamente” (decisión cuyos efectos son actualmente imprecisos), restituyendo al tribunal su autoridad para el sobreseimiento libre en los casos que proceda y estableciendo la obligatoriedad de fijar el objeto del

proceso por el Fiscal, aún cuando sea con mínimas formalidades, al remitir al tribunal las actuaciones. Este órgano deberá notificar de la acusación del Ministerio Público a los sujetos del procedimiento con anterioridad a la vista, teniendo en cuenta que se trata de procesos en los cuales el tribunal puede imponer sanciones hasta de un año de privación de libertad e incluso más, de concurrir determinadas circunstancias, no de juicios por faltas o contravenciones sancionables solo con multas o con pocos días de privación de libertad.

18. Establecer regulaciones generales sobre la obtención, custodia y traslado de piezas de convicción y otro material probatorio; sobre la validez, nulidad o anulabilidad y la inadmisibilidad de pruebas y acciones, así como las consecuencias respecto a lo que se haya derivado de una prueba ilícitamente obtenida o que haya sido declarada nula. Precisar reglas en que ha de basarse la libre valoración de la prueba por el órgano juzgador, tales como la necesaria congruencia con lo imputado y la fundamentación razonada de la valoración del material probatorio.

19. Regular las facultades del tribunal en relación con la admisión y práctica de las pruebas de modo más preciso, a partir de que el principio predominante es el de la aportación por las partes, especialmente por la acusadora; definir mejor los casos en que el tribunal puede rechazar pruebas oportunamente propuestas y ampliar las posibilidades de las partes para incorporar prueba nueva antes de que se concluya la fase de su práctica en el juicio⁷ o reexaminar a quien ya haya comparecido; definir con toda claridad que el tribunal no puede incorporar por sí mismo, en función de su obligación de esclarecer la verdad material sobre los hechos, nuevos medios de prueba antes de agotar la práctica de las pruebas propuestas por las partes que previamente haya admitido. Perfeccionar la regulación de la práctica de pruebas preconstituidas y las demás que se puedan anticipar al comienzo de la vista oral, así como la de las que resulten irreproducibles.

⁷ En la actualidad, salvo limitadas excepciones previstas en el art. 340 de la Ley de Procesamiento Penal (LPP), ni las partes ni el tribunal pueden incorporar nuevos medios de convicción una vez iniciado la fase de juicio y, de obtener nuevas pruebas después del auto que admitió las que el tribunal estimó necesarias y útiles para la vista, las partes tendrían que reservárselas para intentar que sea promovido por alguna de las autoridades facultadas, luego de la firmeza de la sentencia, un procedimiento de revisión, lo que evidentemente va en contra del principio de economía procesal, incrementando los costos y la demora de los procesos.

20. Perfeccionar la regulación de cuestiones previas al juicio que deban resolverse preferentemente, de modo incidental antes del comienzo de la vista, como, por ejemplo, incluir la cuestión de “litis pendencia” y acumulación de procesos. Igualmente, deben definirse el contenido y los efectos de la cosa juzgada en materia penal.

21. Se deberán ampliar las facultades del tribunal para intervenir activamente en el examen de las pruebas en el juicio, facultándolo para formular preguntas a los acusados después del interrogatorio por las partes, disponer el reexamen de quien ya haya comparecido y, en general, favorecer que la vista se desarrolle de manera más dinámica y menos formal.

22. Fortalecer la concreción del principio de inmediación jurisdiccional en la apreciación de las pruebas, estableciendo claramente que, sin merma de la facultad de libre valoración de cada medio de prueba, el tribunal no pueda sustituir con el resultado plasmado en actas de la fase preparatoria, el resultado que haya tenido la práctica de esa propia prueba en el juicio oral. Prohibir la perniciosa práctica de requerir del acusado al momento en que le corresponde declarar en la vista para que ratifique la declaración prestada en algún momento previo, sin ni siquiera dar lectura a tal declaración.

23. En función de ampliar las garantías efectivas del ejercicio del derecho de defensa, deben preverse medidas organizativas y las atribuciones correspondientes para una participación más activa de los defensores en todas las fases del proceso, incluyendo su obligación de buscar y fijar los elementos probatorios a su alcance en función de los intereses de su representado y para posibilitar la comunicación del acusado con su defensor durante todo el desarrollo del juicio oral. Establecer la imposibilidad de designar nuevo defensor en el acto mismo de iniciar el juicio oral o durante su desarrollo y continuar inmediatamente el proceso sin facilitar el tiempo y las condiciones necesarias para que este nuevo representante del acusado se prepare apropiadamente para el ejercicio de su función.

24. Perfeccionar la institución recogida en el actual artículo 350 de la LPP (fórmula) a partir de que, en virtud de los artículos 120 y 122 de la CRC, corresponde a los tribunales, en exclusiva, la interpretación y aplicación de la ley penal y la facultad de sancionar, pero resulta conveniente, a los efectos de prevenir a las partes del proceso

para su mejor actuación y defensa de sus posiciones y en función de la impartición de la justicia, alertarlas acerca de la posible consideración de una tesis sobre el hecho (en cuanto a circunstancias no esenciales, en correspondencia con la invariabilidad del objeto del proceso) o sobre las calificaciones jurídicas planteadas, distinta de las ofrecidas por ellas. Debe precisarse en este precepto la posible aplicación de esta fórmula no solo en caso de

25. que el Fiscal “*retire*” la acusación, sino también cuando solicite la absolución y el tribunal no concuerde con ello, así como en el caso que estime que se ha incurrido en error en la calificación del grado de ejecución del delito.

Establecer que esta alerta se formule en cualquier momento del proceso en que el tribunal advierta la probabilidad del cambio, pero siempre antes de que se expongan los informes de las partes y, en el propio artículo, definir que el tribunal no podrá agravar la situación del acusado en relación con lo solicitado por las partes acusadoras en sus conclusiones definitivas, sin acudir al empleo de esta fórmula.

En función del cumplimiento del principio de igualdad procesal, debe valorarse la conveniencia de que el Tribunal alerte a la parte acusadora sobre la posibilidad de apreciar una eximente de la responsabilidad penal o alguna otra circunstancia excluyente de la penalidad que no haya sido calificada por ninguna de las partes.

26. La regulación del contenido de las sentencias penales debe establecer la obligatoriedad de razonar expresamente la valoración de la prueba practicada en el proceso para formar su convicción (motivación), tomando como base de la norma correspondiente las indicaciones al respecto del CG del TSP. Todos los recursos conocidos en segunda instancia deben resolverse, también, mediante sentencia con declaración de hechos probados, y debidamente motivada.

27. El sistema de impugnaciones debe generalizar la doble instancia (que puede tener diversas alternativas de realización de la segunda) tomando en cuenta las exigencias de los instrumentos internacionales respecto a las sentencias de condena. Mantener la posibilidad del recurso de casación como una alternativa a escoger por el recurrente, al menos para determinados procesos y a favor de la unificación de la jurisprudencia. Establecer la *horizontalidad* de los órganos de apelación respecto al tribunal cuya

resolución se recurre, con lo que se evitarán trámites, traslados de documentos y personas y dilaciones en esos procesos.

28. Las normas sobre los diversos medios de impugnación deberán establecer expresamente causales de inadmisibilidad, distinguiendo entre las perentorias y las que pudieran no serlo.

29. El recurso de casación, de mantenerse, requiere ser modernizado y ampliado, estableciendo la posibilidad de impugnar el quebrantamiento de garantías y de formalidades esenciales del proceso que hayan tenido presumible trascendencia al fallo, la incongruencia en puntos esenciales de hecho entre la imputación fáctica y el resultando probado de la sentencia y entre este y la motivación de la sentencia y valorar, al menos como excepciones posibles en el procedimiento casacional, la admisión de pruebas y el cuestionamiento del relato de hechos y de la validez de pruebas de importancia que se hayan tomado como fundamento del fallo acordado.

30. El tribunal de casación, en general, no debe tener posibilidades de declarar un quebrantamiento de oficio, en virtud del principio dispositivo que conforma los mecanismos de impugnación. Cabría como excepción a esta regla, con independencia de la existencia de una causal que autorice recurrir a una resolución por tal motivo, hacerlo exclusivamente cuando aprecie por sí mismo un quebrantamiento de garantía o de formalidad esencial que haya trascendido al fallo, de modo especial cuando haya producido indefensión y, en todo caso, con la reserva de que la resolución que se dicte como consecuencia del nuevo juicio o la nueva sentencia, no perjudique al acusado, aunque no hubiera sido recurrente.

31. En la tramitación de los recursos de casación, no deben formar parte del tribunal *ad quem* jueces legos o, de estimarse su necesidad a pesar de que se trate solamente del examen de la aplicación del derecho, deben designarse para integrar la sala que se pronunciaría sobre el caso jueces legos que sean juristas titulados.

32. El procedimiento de revisión debe quedar limitado a casos extraordinarios donde se advierta un grave error en cuanto a los hechos que motivaron la imposición de la sanción, especialmente cuando se demuestre mediante pruebas obtenidas con

posterioridad a la firmeza de la sentencia o resolución definitiva (hechos nuevos, demostración de falsedad en las pruebas o de corrupción o vicios de voluntad en la actuación de los jueces) y para cuando se constaten graves quebrantamientos de garantías del proceso trascendentes al fallo acordado. La resolución que disponga la aplicación de medidas de seguridad predelictivas (de mantenerse como un procedimiento judicial) debe también ser objeto del procedimiento de revisión; también debe ser impugnabile por esta vía el Auto mediante el cual se declare la extinción de responsabilidad penal, cuando sus fundamentos sean falsos o ilegales y el beneficiado con ello se encuentre realmente vivo.

33. En función del derecho de libre acceso a la justicia, el sancionado debe estar facultado para promover directamente la revisión ante el Tribunal correspondiente. La facultad de promover la revisión, ante instancia o de oficio, debe corresponder solo al Fiscal General y, si se estimara también procedente, al Presidente del Tribunal Supremo Popular, obviando la intervención de autoridades administrativas ajenas al proceso. Asimismo, de conformidad con el principio *favor rei* la ausencia del sancionado en el desarrollo del procedimiento promovido en su interés, no debe resultar obstáculo para que, garantizado el derecho de defensa mediante abogado designado o de oficio, el tribunal de revisión resuelva sobre la pretensión de anulación presentada a su favor; en sentido contrario, no podrá dictarse sentencia de revisión que perjudique al sancionado, absuelto o beneficiado con sobreseimiento libre, que no haya podido ejercitar personalmente su derecho de defensa en la vista de revisión.

34. Incorporar las funciones y atribuciones del juez de ejecución a las normas que regulan esta fase del proceso penal, contemplando además los recursos que puedan interponerse contra resoluciones ejecutivas del tribunal o del juez de ejecución o por falta de ellas cuando sean procedentes.⁸

35. Regular los actos que el tribunal de revisión, en su caso, o el tribunal de instancia cuando efectúe nuevo juicio, deberá ejecutar o disponer su ejecución por quienes

⁸ Las funciones del Juez de ejecución pudieran ser recogidas en la necesaria Ley de Ejecución de Sanciones penales, ahora inexistente y, además, requeriría alguna modificación al respecto la vigente Ley de los Tribunales Populares.

corresponda, para asegurar la realización de la restitución de derechos y honores que el absuelto como consecuencia de la revisión deba recibir, incluyendo las reparaciones de orden moral. Igualmente prever la solución en este orden que deba darse al caso de quien, habiendo sido anulada la sentencia que lo condenó, no resulta nuevamente juzgado al archivarse las actuaciones sin nuevo proceso, por falta de prueba suficiente u otro motivo.

Bibliografía

- CANDIA FERREYRA, JOSÉ. «Problemas actuales en la Legislación Procesal Penal», Revista Cubana de Derecho, no. 2, abril-junio, La Habana, 1991.
-: Necesidad de una profunda reforma del proceso penal en Cuba, ponencia presentada en el III Congreso de Derecho Procesal, Cienfuegos, 2010.
-: «Instituciones procesales penales. Reflexiones sobre su modernización en Cuba», ponencia presentada en el VII Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, julio de 2007.
-: «La fase intermedia del proceso penal», Temas de Derecho Procesal Penal, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
-: «La revisión penal. Premio en la categoría de trabajo científico del concurso Ignacio Agramonte de la Unión Nacional de Juristas Cubanos en el año 2005, La Habana, 2005.
- COLECTIVO DE AUTORES: «Sobre las modificaciones al Procedimiento Penal Cubano». Resumen de las intervenciones efectuadas en el evento científico de la sociedad cubana de Ciencias Penales (18 de abril de 1992), Revista Cubana de Derecho, no. 7, julio–septiembre de 1992.
-: Constitución de la República de Cuba. Editorial Ignacio Agramonte y Loynaz. La Habana, 2014.
-: Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 2011. (Folleto)
-: Ley no. 21, Código Penal de 15 de febrero de 1979». Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 1979.
-: «Ley no. 62, Código Penal», 29 de diciembre de 1987, Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 1987.
-: «Ley no. 62, Código Penal» de 30 de abril de 1988, Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 1988.
-: «Decreto Ley 242/2007», Gaceta Oficial no. 014 Extraordinaria de la República de Cuba, 16 de marzo de 2007, año CV, La Habana, 2007.
-: «Decreto Ley 286/2011», Gaceta Oficial no. 30 Extraordinaria de la República de Cuba, 21 de septiembre de 2011, año CIX, La Habana, 2011.

La cancelación de los antecedentes penales. Consecuencias jurídicas de su escasa regulación.

Annulment of criminal record. Legal consequences due to its poor regulation.

Adilson Rafael Díaz Cesín.

Resumen

La cancelación de los antecedentes penales es una de las instituciones que aborda el Código Penal cubano. Este deja a cargo del Ministerio de Justicia su implementación adjetiva. Sin embargo, a pesar de que el precipitado cuerpo legal fue promulgado en el año 1988 y modificado en varias oportunidades, aún no existe un procedimiento por escrito que abarque la cancelación de los antecedentes penales, por lo que, nuestros especialistas trabajan a ciegas, con orientaciones que en la mayoría de los casos son dadas por vía telefónica. Así las cosas, esta norma sustantiva no es clara, en ocasiones tiene un silencio total y en otras se contradice un artículo con otro. De igual manera, el practicismo ha dado pie a que la población se vea rechazada por algunas entidades laborales en el momento de aceptarlas porque poseen antecedentes penales, aun cuando este particular no es impedimento para la vinculación laboral, según lo establecido en la Resolución Conjunta Número 1 de 2001 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Justicia; por otra parte, el estar vinculado laboralmente es uno de los requisitos para solicitar la cancelación de los antecedentes penales.

Palabras clave:

Derecho penal, Código Penal cubano, antecedentes penales, cancelación de los antecedentes penales, regulación jurídica.

Abstrac

The annulment of criminal records is stated in the Cuban Penal Code. This makes the Ministry of Justice responsible of its implementation. However, despite the precipitate legal body was promulgated in 1988 and amended several times, there is still no written procedure covering the cancellation of criminal records, so that our specialists are

working blindly, with guidance which, in most cases, are given by telephone. So this substantive rule is unclear usually having a total silence and contradictions among the articles. Likewise, the practicality has aroused the rejection of people by some work institutions when knowing about their criminal records, even though this matter is not an obstacle to the employment, as stated in the Joint Resolution No. 1 2001 of the Ministry of Labor and Social Security and the Ministry of Justice. Furthermore, being employed is one of the requirements when requesting the cancellation of criminal records.

Keywords:

Criminal Law, Cuban Penal Code, criminal records, annulment of the criminal record, legal regulation.

Introducción

Desde épocas muy remotas el hombre, dada su propia naturaleza, ha ejecutado actos que atacan el normal desarrollo de la sociedad en que viven, por lo que la misma le exige al Estado la aplicación de medidas como la sanción penal para reprimir estas conductas negativas; por otra parte, el mismo hombre ejecuta actos que revierten tal peligrosidad, teniendo en cuenta que la sanción penal no tiene como única finalidad la de reprimir, sino además la de educar y reinsertar a la sociedad al sancionado. Es por ello que la Ley, tanto en el Derecho Penal cubano como en el comparado, regula el procedimiento de cancelación de antecedentes penales.

En este trabajo se refleja el impacto negativo que tienen los antecedentes penales en las personas que han sido sancionadas, a las cuales se le imposibilita su reinserción a la sociedad y fundamentalmente su vinculación laboral, cuestión esta que no ha sido abordada en los últimos años; así como las dificultades a que se enfrentan los funcionarios de las Direcciones Provincial de Justicia y del Registro Central de Sancionados en el ejercicio de su función pública.

El cumplimiento de los objetivos propuestos constituirá un modesto aporte al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano y, desde el punto de vista práctico, abrirá las puertas a la reflexión y debate del tema en aras de enriquecerlo.

Desarrollo

El presente estudio versa sobre el tratamiento dado a la cancelación de los antecedentes penales cuyo Problema se define con la siguiente interrogante ¿La legislación vigente en materia de Antecedentes Penales, no establece un procedimiento para su eficaz aplicación?

Objeto de la investigación: Las normas jurídicas referidas a la cancelación de los antecedentes penales y el procedimiento práctico seguido por los funcionarios que atienden esta actividad.

Objetivos Generales: Determinar la efectividad y precisión con que la legislación cubana actual regula la Cancelación de los Antecedentes Penales.

Objetivos Específicos: Establecer un proyecto de modificación del artículo 67 apartado 2 inciso g) y el apartado 5 con relación al término para la cancelación de antecedentes penales.

Realizar el proyecto de Reglamento para la Cancelación de los antecedentes penales.

Hipótesis:

De existir un término inferior al legislado para la cancelación de los antecedentes penales, la población exreclusa, la familia y la sociedad ganarían en la reincorporación social del sancionado.

Si existiese un Reglamento para la cancelación de los antecedentes penales se ganaría en calidad y agilidad procesal de este trámite.

1. LOS ANTECEDENTES PENALES. SURGIMIENTO Y EVOLUCION HISTORICA.

La referencia más lejana sobre la apreciación de los antecedentes penales se remonta a la época del Imperio Romano en el que el derecho comienza a atender como elementos vinculados al delito, determinadas circunstancias que afectan al hecho y a las personas, y en correspondencia con estas valoraciones se comienza a tener en cuenta la conducta precedente y de manera especial la reincidencia específica.

Es en la Edad Media con el surgimiento del Derecho Canónico cuando tiene lugar el nacimiento de la doctrina general de las circunstancias, en la que la reincidencia se comienza a valorar en el contexto de la relación moral del autor con el hecho, surgiendo así las primeras formulaciones de las teorías individualizadoras de la pena.

Las leyes penales anteriores a la Revolución francesa de 1789, se caracterizaron por la existencia de un amplio arbitrio judicial, en el que los jueces podían admitir las circunstancias que libremente entendieran, entre ellas la reincidencia, y de esa forma se posibilitaba facultativamente atenuar o agravar las penas, conociéndose en la historia la arbitrariedad de las penas que reinaron durante el sistema inquisitivo.

La consolidación de las monarquías absolutas, en la etapa feudal, trajo como consecuencia la implantación de un orden penal caracterizado por el feroz sistema de penas, los privilegios para determinadas clases (la nobleza, los señores feudales y la alta jerarquía eclesiástica), el arbitrio absoluto de los monarcas, los procedimientos secretos, etc.⁹

Posterior al año 1789 el Código Penal francés instauró el sistema de penas fija, de esa forma no se aceptaba la posibilidad de modificar la respuesta estatal por el hecho delictivo, surgiendo así las teorías del fin retribuido de la pena, inspirado en el principio de igualdad de los hombres ante la ley.

Es con la promulgación del Código Penal francés de 1810 que se comienza a concebir la pena en abstracto por el hecho delictivo, donde los jueces podían libremente apreciar un sistema de circunstancias, entre las que se encontraba la reincidencia y en consecuencia adecuar la pena dentro del marco penal establecido para ese delito, ideas que fueron acogidas posteriormente por el movimiento codificador ocurrido en Europa a mediados del siglo XIX manteniéndose la práctica de su apreciación hasta nuestros días.¹⁰

1.2 Los antecedentes penales en el Derecho Penal cubano

Al igual que en la metrópoli, en Cuba se aplicaron las disposiciones del Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación, aunque en realidad en todo ese lapso, las Leyes de Castilla y las de Indias solo rigieron en apariencia, ya que los tribunales no se atenían a las mismas y la justicia penal se administraba según costumbres, permaneciendo el desinterés en uniformar las leyes por algunos años, a pesar de que los tribunales aplicaban incluso con carácter supletorio los Códigos

9 Renén Quiroz Pirez: Manual de Derecho Penal. Tomo I. Primera Parte. Editorial Félix Varela. Año 1998. Pág. 1.

10 Renén Quirós Pirez: Ob. Cit. Pág. 4. "Desde la mitad del siglo XIX comenzaron a promulgarse textos legislativos codificados en casi todos los países europeos: España (1848), Austria (1852), Suecia (1864), Alemania (1871), Hungría (1878), Holanda (1881), Portugal (1886), Italia (1889)"

Penales Españoles de 1822 y 1849.¹¹ De esa forma la justicia penal se impartió en Cuba, hasta 1879 dentro de una fórmula de anarquía completa.¹²

No es hasta el año 1879 que se pone en vigor en Cuba el Código Penal español de 1870, en el que se incluía la reincidencia como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal y se concebía que:

“Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviere ejecutoriamente condenado por otro”

“Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a los que aquella señale pena menor”

Esta última circunstancia fue denominada “reiteración”, donde debía atenderse a la naturaleza y efectos del delito actual en relación con el anterior, para determinar si aquel revelaba la persistencia de la voluntad culpable, en condiciones que demostraran mayor perversidad en el agente. Una característica importante de esta circunstancia agravante fue su apreciación por los tribunales según las condiciones personales del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito y señalaba que cuando la pena anterior quedaba sin efecto por amnistía, no era posible tomarla en consideración.

A partir del año 1900 se hicieron varios proyectos de Códigos Penales por penalistas cubanos y de “los que se destacaron: el Proyecto Lanuza de 1808–1910, porque reconoce no solo la reincidencia específica, sino que incluía la reincidencia genérica y exigía para la apreciación de esta circunstancia que la sanción impuesta fuera firme”.¹³

Con la promulgación del Código de Defensa Social el 8 de octubre de 1938 se establece la diferencia entre lo que se denominaba reincidencia y reiterancia, así como en los casos de pluralidad de esta circunstancia se incluían nuevos conceptos denominados; habitualidad específica y habitualidad genérica.

La reincidencia cuando el agente había sido ejecutoriamente sancionado por otro delito de la misma especie, la reiterancia cuando había sido sancionado por dos o más delitos de distinta especie, mientras que la habitualidad específica consistía cuando el agente había sido sancionado tres o más veces por delitos dentro del mismo título y la genérica cuando, el agente ha sido sancionado cuatro o más veces por delitos de distinta especie.

¹¹ Guadalupe Ramos Smith: Derecho Penal Parte General I. Universidad de La Habana. Imprenta Andre Volsin. Año 1985. Pág. 12.

¹² Renén Quiroz Pirez: *Ibídem*. Pág. 16.

¹³ Guadalupe Ramos Smith. *Ob. Cit.* Pág. 15 y siguiente

Sin embargo, el Tribunal Supremo en varias sentencias se afilió al criterio de la apreciación de la reincidencia a la existencia de sanciones de la misma especie, por lo que la actuación del máximo órgano judicial impuso un pensamiento diferente y más adecuado que el postulado en la ley sustantiva y el que se refería a delitos bajo el mismo título.¹⁴

Como elemento significativo de la apreciación de la reincidencia con la llegada del Código de Defensa Social se señala, que su apreciación como circunstancia agravante exigía la habitualidad para la mayor severidad de la pena, amparada en la concepción defensiva en los fines de la pena.

1.3 La reincidencia y multirreincidencia en la Leyes Revolucionarias. Ley No. 21 de 15 de febrero de 1979 y en la Ley No. 62 de 30 de abril de 1988

La entrada en vigor de la Ley No. 21 de 15 de febrero de 1979 estuvo matizada por un notorio incremento de la reacción estatal, reflejándose en el tercer POR CUANTO de la Fundamentación Legislativa “destacándose, como características esenciales del mismo la incrementada protección que ofrece a la sociedad, a las personas y al orden social, económico y político del estado; la finalidad de la sanción, que se propone la reeducación antes que la represión; el fortalecimiento de la lucha contra la reincidencia mediante la imposición de penas más severas a los que se incurren en nuevos delitos;...”¹⁵

De esa manera, con la entrada en vigor de la ley No. 21 de 1979 la reincidencia y la multirreincidencia sufrieron importantes modificaciones, al quedar ubicadas dentro del capítulo de la Adecuación de la sanción como circunstancias adecuativas de la responsabilidad penal, en tanto las circunstancias agravantes no permitían modificar el quantum de la pena fijado en el marco penal del delito.

De esa forma, aparece por primera vez un enfoque diferente a la reincidencia con trascendencia a la pena, que establecía un nuevo marco sancionador más elevado de conformidad con las diferentes modalidades de aquella. De igual forma, dicha ley establecía la apreciación preceptiva de la reincidencia y la multirreincidencia, anulándose la posibilidad de su valoración facultativa por el tribunal.

¹⁴ Arnel Medina Cuenca. “La reincidencia y la Multirreincidencia en la Legislación Cubana”. Selección de lectura de Derecho Penal General. Tomo II. Pág. 325.

¹⁵ Código Penal. Ley No. 21 de 1878.

Otro de los elementos distintivos incorporados por dicha Ley lo fue, la consideración de la reincidencia cuando: “al delinquir el culpable ya había sido sancionado con anterioridad”, excluyéndose de esa manera en la apreciación de la reincidencia el elemento hasta ese momento exigido, la ejecución de la sanción.

En igual sentido, y aún cuando no es objeto de análisis en este trabajo, resulta meritorio destacar la relevancia penal de la inclusión del carácter perpetuo de la reincidencia, al quedar establecido que, el antecedente penal cancelado recobrará su vigencia a los efectos de apreciar la reincidencia y multirreincidencia, si el sancionado incurría en un nuevo delito intencional.¹⁶

Por último, otro de los conceptos relacionados con la reincidencia y multirreincidencia que aportó el Código Penal de 1979, fue que tanto el nuevo delito, como el o los delitos precedentes, debían ser intencionales, criterio que fue seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la omisión de las leyes penales que le precedieron.

En correspondencia a imperiosas necesidades de flexibilidad de las penas vigentes y su adecuación, entra en vigor la Ley No. 62 de 30 de abril de 1988 en el tercer POR CUANTO de la Fundamentación Legislativa apuntó; “El régimen de sanciones previsto en el Código Penal por su coherencia, equilibrio y flexibilidad, debe responder a la gravedad de diversos comportamientos delictivos, de manera que se garantice, al aplicar la sanción, una adecuada individualización de la misma”.¹⁷

En conferencia elaborada por el Ministerio de Justicia sobre las modificaciones de la citada Ley No. 62 de 1987, refiere que el Pleno del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, efectuado en el mes de marzo de 1985 apuntó: “... una rectificación de los órganos encargados de la justicia, para lograr la ejecución de la una justicia humanista”, asimismo, la citada exposición de motivos argumenta; “en el propio año 1985, a finales de agosto, la asistencia de una delegación de juristas cubanos al Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, confirmó el criterio ya existente, acerca de la necesidad de impulsar nuevos y más eficientes métodos, para enfrentar la problemática del delito y que la

¹⁶ Artículo 69. Inciso 3. Ley No. 21 de 1878.

¹⁷ Fundamentación Legislativa. Tercer POR CUANTO. Ley No. 62 de 1987. Código Penal. Título Editado por el Órgano de Divulgación del Ministerio de Justicia. Primera Edición. Pág. 4

respuesta penal que se venía dando a esa problemática, únicamente basada en la represión, no permitía superarla”.¹⁸

De esa manera, la Ley No. 62 incluyó algunas reformas importantes a las circunstancias de la reincidencia y la multirreincidencia, relacionada con los siguientes aspectos:

1. La apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia tendría para el Tribunal un carácter facultativo
2. La inclusión de la ejecución de la sanción en la apreciación de la reincidencia y multirreincidencia
3. La eliminación del carácter perpetuo en la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia.

El citado documento del Ministerio de Justicia en el apartado h), relacionado con los puntos esenciales sobre los que versó la modificación de la Ley No. 62 de 1987, valoró lo siguiente: “Se ha sustituido en cuanto a la reincidencia y la multirreincidencia su carácter preceptivo por el facultativo, a fin de fortalecer la naturaleza de éstas como medios para la adecuación de las sanciones.”¹⁹

Sin embargo, la Ley No. 62 de 1987 no se pronunció por la consideración de la reincidencia y la multirreincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, permaneciendo inamovible la posibilidad de modificación del marco penal establecido por el hecho antijurídico y la culpabilidad.

Posteriormente la citada Ley No. 62 de 1987 fue modificada por la Ley no. 87 de 16 de febrero de 1999, la que retoma con fuerza los criterios de severidad de las penas, valorándose en el único POR CUANTO de la Fundamentación Legislativa lo siguiente: “En los últimos años se ha advertido un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana y exige una respuesta adecuada y enérgica...en particular en las concernientes al Código Penal.”²⁰

¹⁸ Conferencia: Las modificaciones del Código Penal. Divulgación Ministerio de Justicia. Año 1988. Registro No. 637. Pág. 4 y 5.

¹⁹ Conferencia: Las modificaciones del Código Penal. Ob. Cit. Pág. 10.

²⁰ Ley 87 del 16 de febrero de 1999.

Entre las modificaciones que la Ley 87 de 1999 introduce al Código Penal se encuentra, la apreciación preceptiva de la reincidencia y multirreincidencia y con esta la imposibilidad de su valoración facultativa por el Tribunal.

El recuento hasta aquí abordado lo hemos considerado necesario, no solo como dato histórico del desarrollo de la reincidencia en el contexto de los fines de la pena en nuestro país, sino como punto de partida de especial importancia para analizar esta problemática en la actualidad.

De esta forma la apreciación de reincidencia en nuestra **ley penal sustantiva está caracterizada por los siguientes elementos:**

1. En el apartado 3 del artículo 55 del Código Penal se establece la apreciación preceptiva de la reincidencia y multirreincidencia, privándose de su valoración por el Tribunal cuando la sanción excede de un año de privación de libertad o multa de trescientas cuotas.
2. En el apartado 4 del artículo 55 del Código Penal se establece que sólo es posible apreciar facultativamente la reincidencia y la multirreincidencia cuando la sanción anterior sea inferior a un año de privación de libertad o de multa de trescientas cuotas.
3. Los citados apartados 3 y 4 del artículo 55 de la propia legislación regulan la reincidencia y la multirreincidencia, genérica o específica, así como la modificación agravatoria de los marcos sancionadores establecidos para el hecho antijurídico y la culpabilidad.
4. A pesar de que este propio artículo exige para la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia, que el culpable haya sido ejecutoriamente sancionado, el Tribunal Supremo Popular se acoge al concepto de ejecución de la sanción establecido en el ultimo párrafo del artículo 42 de la vigente Ley de Procedimiento Penal y de esta forma es apreciada cuando la sentencia haya adquirido firmeza y no cuando realmente haya sido ejecutada.²¹

Además de la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia dentro de la adecuación de la sanción reflejada en la Parte General del Código Penal, en su Parte Especial existen ocho modalidades delictivas que califican la pena de la figura básica e

²¹ Ley No. 5 de 1977. "Ley de Procedimiento Penal". Libro Primero. Del Proceso Penal. Título VI. De las Resoluciones, Autos, Sentencias. Artículo 42 párrafo final. Tomado de copia corregida de G.O. No. 34 de 26 de agosto de 1977. "Llámesse sentencia firme, cuando no quepa contra ella recurso alguno; y ejecutoria, al documento publico y solemne que contiene una sentencia firme.

imponen un marco sancionador agravado, cuando el autor haya reincidido en un delito de la misma especie.²²

2. LOS ANTECEDENTES PENALES Y SU CANCELACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

Según lo preceptuado en el artículo 66 de nuestro vigente Código Penal constituyen antecedentes penales y en consecuencia se inscriben en el Registro Central de Sancionados:

- a) las sanciones impuestas en sentencia firme por los Tribunales Populares, con excepción de la amonestación, así como de la multa inferior a doscientas cuotas;
- b) las sanciones por los Tribunales Militares por delitos no militares, con excepción de la amonestación, así como de la de multa inferior a doscientas cuotas;
- c) las sanciones impuestas por los Tribunales Militares por delitos militares, cuando expresamente así se disponga en la propia sentencia;
- ch) las sanciones aplicadas a ciudadanos cubanos por tribunales extranjeros, en los casos y con las condiciones establecidas en los reglamentos.

Es prudente detenernos en el apartado c) de éste artículo teniendo en cuenta que la Ley 22, LEY DE LOS DELITOS MILITARES establece en su Capítulo 1 Concepto y Aplicación lo siguiente;

Artículo 1.1. Se considera delito militar toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por esta ley bajo conminación de una sanción penal, y que afecta directamente el orden de cumplimiento del servicio militar.

Entiéndase como cumplimiento del servicio militar: El conjunto de relaciones que surgen en las actividades militares de las unidades o instituciones de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y del Ministerio del Interior e incluye las relaciones de subordinación y ejercicio del mando, las obligaciones propias del servicio militar, la conservación y seguridad del secreto militar, las relaciones entre militares y las de estos con el resto de la población partiendo de que estas están basadas en los principios del decoro y el honor militar,

Por otra parte establece en su:

Artículo 2.- Los delitos militares pueden cometerse por:

²² Violación art. 298.1.3.a). Pederastia con Violencia art. 299.1.2.c). Abusos Lascivos art. 300.1.3. Proxenetismo y trata de personas art. 302.1.3.b). Robo con fuerza en las cosas art. 323.1.3.b). Hurto art. 324.1.2. Robo con Violencia o Intimidación en las Personas art. 327.1.4.ch). Receptación art. 328.1.3.a)

- a) los miembros de Las Fuerzas Armadas Revolucionarias, del Ejército Juvenil del Trabajo y del Ministerio del Interior, en servicio militar activo;
- b) los reservistas, al ser llamados a cumplir tareas de instrucción militar o servicios de carácter militar
- c) las demás personas expresamente determinadas por la ley.

Como se aprecia por la lectura de este artículo, solo se consideran sujetos activos de los delitos militares los militares en el servicio activo, los miembros de la reserva al ser llamados a cumplir tareas de instrucción o servicios de militar o aquellas personas que expresamente la ley determina. Por ello, si un hecho es cometido por una persona distinta a las señaladas, aunque aparentemente atente contra el orden del cumplimiento del servicio militar, no podrá ser sancionado como autor de un delito militar.

De igual forma refrenda en su:

Artículo 3.- Las disposiciones del Código Penal son aplicables a los delitos militares y las personas relacionadas en el artículo anterior, excepto cuando contradigan regulaciones específicas de la presente Ley, que se fundamenta en las condiciones y circunstancias propias del servicio militar.

En este apartado aparece el elemento integrador de lo que será o no antecedente penal y es la voluntad y disposición de la sala al declarar en la sentencia dictada por el Tribunal sancionador si la conducta del infractor constituye antecedente penal o no, por tanto, un mismo hecho delictivo puede constituir antecedente penal para un sujeto y para otro no. La propia Ley 22 LEY DE LOS DELITOS MILITARES en sus artículos 60.-1 y 61.1 establece que:

Artículo 60.-1 En relación con los delitos cometidos por militares, no se tendrán en cuenta para apreciar la reincidencia o la multirreincidencia:

- a) las sanciones de privación de libertad remitidas condicionalmente cuando el sancionado no ha infringido las disposiciones establecidas para el período de prueba;
- b) las sanciones de privación de libertad respecto a las cuales, desde su cumplimiento, han decursado los términos establecidos en el Código Penal, para la cancelación de los antecedentes penales;
- c) las sanciones de amonestación y multa cuando ha transcurrido un año desde su cumplimiento.

A diferencia de lo establecido en el Código Penal, la Ley comentada prohíbe expresamente aumentar el límite máximo de la sanción establecida para el delito; en

consecuencia el tribunal militar al adecuar la sanción a imponer al militar reincidente o multirreincidente, aumentará solamente el límite mínimo en la escala que corresponda.

Artículo 61.1 Antes de cumplirse los plazos señalados en los casos mencionados en el artículo anterior, el Tribunal puede, a instancia del mando o del colectivo a que pertenezca el sancionado, declarar cancelado el antecedente penal correspondiente, si dicho sancionado, después de extinguir la sanción, ha demostrado, con su conducta ejemplar y honesta actitud ante el servicio militar y la sociedad, haberse reeducado cabalmente.

2. El Tribunal que disponga la cancelación anticipada de los antecedentes penales librára la comunicación correspondiente al órgano encargado del Registro Central de Sancionados, a los efectos pertinentes.

2.1 La cancelación de los antecedentes penales, Código Penal LEY 62.

Según nuestra vigente legislación penal en su artículo 67.1 establece que: Los antecedentes penales se cancelan de oficio o a instancia del propio interesado.

En su apartado 2 estipula que: Los antecedentes penales se cancelan de oficio cuando el Registro Central de Sancionados, por cualquier medio, tenga conocimiento de que se ha producido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) muerte del sancionado;
- b) haber arribado el sancionado a los setenta años de edad y no hallarse cumpliendo sanción;
- c) haberse dictado sentencia absolutoria en proceso de revisión o de inspección judicial;
- ch) amnistía;
- d) indulto definitivo, siempre que en el acuerdo que lo conceda se disponga expresamente la cancelación del antecedente penal;
- e) referirse el antecedente penal a hechos que, por efectos de una ley penal posterior hayan dejado de constituir delito;
- f) estar dispuesto, específicamente, en este Código.
- g) haber transcurrido diez años a partir de la fecha en que fue cumplida la sanción impuesta.

Apartado 3. La cancelación de oficio, a que se refiere el inciso g) del apartado anterior, no procederá en ningún caso, cuando se trate de reincidentes o multirreincidentes o de sancionados por delitos contra la seguridad del Estado.

En este caso cabe analizar los supuestos siguientes: de lo establecido en el artículo 67.1.2 en lo concerniente a cuando **el Registro Central de Sancionados tenga conocimiento por cualquier medio** acaso esto significa que con una mera comunicación del sancionado vía correo oficial puede solicitar la cancelación de su antecedente penal, recordemos que nuestra doctrina patria se afilia a la teoría del conocimiento, pero en este caso el legislador debió realizar una precisión más exacta y dejar establecido como consta en la **LEY 22, Ley de los Delitos Militares** que el Tribunal está en la obligación de remitir comunicación al órgano del Registro Central de Sancionados para que proceda a la cancelación de oficio de los antecedentes penales de las personas militares o no que hayan sido sancionados por estas salas de justicia.

De lo ordenado en el Artículo 67.1.2 inciso b) en este caso cabe analizar las modificaciones que ha sufrido nuestra legislación penal vigente al respecto, ya que una persona que haya extinguido una sanción de 30 años de Privación de Libertad a la edad de 69 años y once meses cancela prácticamente de inmediato por el solo hecho de haber arribado a los 70 años de edad, particular este que va en contradicción con lo establecido en el inciso g), pues el grado de peligrosidad social del autor y del delito ejecutado no es el mismo, ya que en este último inciso se contemplan las sanciones de multa, que por su ubicación en el **TITULO VI LAS SANCIONES, CAPITULOS II Y III SECCION SEXTA** es la segunda de menor rigurosidad después de la Amonestación.

Carecen estos dos apartados de lo concerniente al pago o no de la responsabilidad civil, todo lo que nos da a demostrar que con el solo hecho de cumplirse alguna de las circunstancias de las previstas en los mismos se procede de inmediato a la cancelación de los antecedentes penales, lo que no ha sido demostrado por la practica diaria de esta actividad, pues la cancelación de oficio lleva consigo la tramitación de un expediente.

Por otra parte en el artículo 67.1.4 establece: Los antecedentes penales también se cancelan por el Ministerio de Justicia, a instancia del propio sancionado, siempre que se hayan cumplido los requisitos siguientes:

- a) haber extinguido el sancionado todas las sanciones impuestas, ya sea por cumplimiento o, en caso de indulto, remisión condicional o libertad condicional, por haber decursado el término en que debieron haber quedado cumplidas;
- b) haber satisfecho totalmente el sancionado la responsabilidad civil o hallarse cumpliéndola satisfactoriamente;

c) haber transcurrido después de extinguida la sanción, el término que, según la cuantía o naturaleza de la impuesta, se dispone en el apartado siguiente;

ch) haber observado el sancionado con posterioridad al cumplimiento de la sentencia, o desde que fue indultado remitida la sanción o puesto en libertad condicional, una conducta ajustada a las normas de la convivencia social y una actitud honrada ante el trabajo.

En el caso del inciso a) del artículo anterior entendemos que el legislador no tubo en cuenta que la sanción de Remisión Condicional es benigna y puede ser catalogada como una subsidiaria más de la privación de libertad ya que para que el Tribunal pueda acoger alguna de estas tiene que tener en cuenta que la sanción a imponer por el delito no exceda de cinco años, las características individuales del sancionado, su vida anterior, sus relaciones personales y el medio en que se desenvuelve y vive, por lo que a nuestro juicio una vez transcurrido el período de la Remisión de la misma debe ser cancelada de oficio, corriendo los mismos trámites que se siguen con las subsidiarias de la privación de libertad.

Con relación al inciso b) haber satisfecho totalmente el sancionado la responsabilidad civil o hallarse cumpliéndola satisfactoriamente; nos detendremos a analizar varias cuestiones:

La responsabilidad civil se abona a la Caja de Resarcimiento cuando se trate de personas naturales según lo previsto en el Título X LA DECLARACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES PROVENIENTES DEL DELITO en su artículo 71.1 de nuestra vigente legislación penal; en los casos de que la reparación del daño material y la indemnización de los perjuicios se realizará a personas naturales se abonaran por esta misma vía siempre y cuando la sentencia fuese firme antes de agosto de 1996, en los demás casos se abonará la misma a la persona afectada.

Cabe comentar que en los casos en que la entidad a la que se le debe realizar el pago hubiese desaparecido o fue desintegrada legalmente por las causas y bajo los procedimientos que todos conocemos entonces cómo se tramitaría entonces el pago.

En la actualidad existen varios casos en el territorio sin que se le haya podido dar una respuesta favorable, porque ni el organismo superior a la entidad desintegrada o desaparecida ni la Caja de Resarcimiento se hacen acreedores de la deuda, quedando en total estado de indefensión las personas que tienen toda la voluntad y disposición en pagar la deuda y por otro lado se deja de ingresar al presupuesto de la caja esas sumas de dinero, por lo que es necesario que en estos casos se disponga la vía de cobro lo antes

posible y entendemos que el mismo debe realizarse por la caja, teniendo en cuenta que dichas empresas al ser disueltas o fusionadas le pasan todo su patrimonio (débitos y créditos) a quien las acoge y en todos los casos hasta ahora valorados ninguna tiene declarada esa deuda.

Por otro lado, en ese propio inciso establece “hallarse cumpliéndola satisfactoriamente,” este supuesto no es aceptado por el Ministerio de Justicia, por lo que entendemos que la citada expresión es muy abierta y no establece los parámetros a considerar como: ¿Qué elementos se tienen en cuenta para aceptar esta excepción, cuantía liquidada, tiempo transcurrido desde que comenzó a liquidar hasta la fecha etc.? Por otro lado existen usuarios que tienen una responsabilidad civil muy elevada, motivo por el cual realizan convenios de pago con la Caja de Resarcimiento, quiénes han abonado la suma convenida por un término prudencial y cumpliendo con los requisitos del convenio. Realmente este inciso no es claro y lo deja a la libre voluntad subjetiva del funcionario del Ministerio de Justicia, que reiteramos no hace uso de esta facultad.

Según establece la Ley No. 597 de 1959 en su artículo 8, modificativa del artículo 13 de la Ley 1258 de 1954, La Caja de Resarcimientos, cuando lo estime imprescindible por razón de las condiciones económicas de los obligados a satisfacer la responsabilidad civil, podrá convenir con ellos, siempre que no se trate de pensiones, el pago de su importe en forma aplazada. Los pagos no podrán extenderse a un término mayor de dos años para la liquidación total del adeudo; pero si el obligado no tuviere otros recursos que el producto de su trabajo, los plazos podrán ser de una cuantía no inferior al diez por ciento de sus entradas mensuales, cualquiera que sea el término en que se produzca la liquidación total. En estos convenios la caja de resarcimientos, no podrá anular, modificar ni alterar el derecho a hacer efectivas las fianzas prestadas en la causa para responder al pago de la responsabilidad civil y los seguros obligatorios constituidos en virtud de disposición legal para asegurar el pago de la misma.

En ningún caso la caja efectuará convenio con el sancionado principal, con excepción de si lo fuere para liquidar el recargo a que esté obligado con arreglo a derecho, si de la sentencia existiere tercero civil subsidiariamente responsable al pago. Si el obligado faltare al pago de dos plazos consecutivos del convenio éste quedará resuelto.

No obstante, a solicitud del interesado, se podrá disponer la investigación sobre las condiciones económicas del obligado y las modificaciones que éstas hayan podido sufrir con posterioridad a la concertación del convenio. Comprobado por la Caja de Resarcimientos la imposibilidad del sancionado a seguir pagando los plazos del

convenio inicial, se dejará sin efecto la resolución del convenio, modificándose las cantidades que deba abonar mensualmente.

Según lo establecido en el apartado c) haber transcurrido después de extinguida la sanción, el término que, según la cuantía o naturaleza de la impuesta se dispone en el apartado siguiente:

Apartado 5. El término que debe transcurrir, a los efectos de la cancelación de los antecedentes penales a instancia del propio interesado, es el que corresponda según la escala siguiente:

- a) el de diez años cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad de diez años y un día a treinta años;
- b) el de ocho años, cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad de seis años y un día a diez años;
- c) el de cinco años, cuando la sanción impuesta sea la de tres años y un día a seis años;
- ch) el de tres años, cuando la sanción impuesta sea la privación de libertad de uno a tres años;
- d) el de un año, cuando se trate de cualquier otra sanción.

Podemos comentar que los términos para cancelar los antecedentes penales no se atemperan a las condiciones económicas, políticas y sociales de nuestros tiempos, pues no es posible que un sancionado a treinta años y un día de privación de libertad tenga mayor beneficio en el momento de cancelar que aquel que nunca ha extinguido sanción penal alguna y que en ese momento haya sido sancionado a una multa de doscientas cuotas de un peso cada una; por otra parte entendemos que el término para cancelar los antecedentes penales es demasiado extenso y con ello estamos sancionando nuevamente al individuo y a su familia, pues por todos es conocido los trastornos que le ocasiona a la familia tener un componente de ésta en esas circunstancias (problemas con la ubicación laboral, separación del centro laboral, por solo mencionar las que más dañan al seno de la célula de nuestra sociedad), en particular éste que, además, va en contra de lo establecido en el TITULO VI **LAS SANCIONES**, CAPITULO I **LOS FINES DE LA SANCION** en su artículo 27 que dice: “La sanción no tiene sólo por finalidad la de reprimir el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los, propios sancionados como por otras personas.” Por tales

razones proponemos modificar éste apartado 5 en su totalidad (VER ANEXO TABLA PARA CANCELAR).

Por otra parte, en su apartado 6 establece: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, sí después de cumplida la sentencia el sancionado observa una conducta ajustada a las normas de la convivencia en sociedad y una actitud ejemplar en el trabajo, el Ministro de Justicia puede, de haberse cumplido los otros requisitos, cancelar los antecedentes penales sin esperar a que transcurra el término correspondiente de la escala anterior”. Con respecto a este particular podemos comentar que el legislador aún cuando sabiamente dio esta facultad al Ministerio de Justicia en la persona del Ministro, lo hizo demasiado amplia, al no exponer cuales eran los elementos a tener en cuenta para considerar que las dos circunstancias que se necesitan para solicitar y obtener la cancelación extraordinaria se presentan en la persona que la solicita.

2.2 EFECTOS JURIDICOS DE LA CANCELACION DE ANTECEDENTES PENALES.

Por su parte en el artículo 68 expresa: “La cancelación, en todo caso, producirá el efecto de anular los antecedentes penales en el Registro Central de Sancionados y en cualquier otro registro, archivo o expediente cuando dichos antecedentes provienen de las mismas sentencias.” Particular que no se cumple según lo preceptuado teniendo en cuenta que el sancionado luego de haber realizado el tedioso y burocrático trámite de cancelación de antecedentes penales, si quiere que los antecedentes penales se le cancelen en la base policiaca de La Policía Nacional Revolucionaria o de los Órganos Operativos del MININT tiene que dirigirse a las Oficinas de Atención a la Ciudadanía de la Delegación Provincial de éste órgano y presentar la Resolución de Cancelación de Antecedentes Penales o La Certificación de Antecedentes Penales en la que no le consten estos y realizar un nuevo trámite el cual reúne los mismos requisitos que el realizado para la Cancelación ante el Ministerio de Justicia.

2.3 PROCEDIMIENTO PARA LA CANCELACION DE ANTECEDENTES PENALES.

Según lo preceptuado en el artículo 69.- El modo de proceder para la inscripción, la cancelación de oficio o a instancia del interesado, y la expedición de certificaciones de los antecedentes penales, así como la entrega de información y demás cuestiones relacionadas con el Registro Central de Sancionados, se regula por disposiciones especiales dictadas por el Ministerio de Justicia.

Con respecto al particular relacionado con la Cancelación de Antecedentes Penales, aún cuando el Código Penal establece que es el Ministerio de Justicia el encargado de dictar las normas específicas en lo referente a la cancelación de antecedentes penales, en la actualidad no se ha dispuesto nada al respecto, siendo éste un procedimiento que se ha venido realizando a lo largo de todos estos años (30 de abril de 1988 hasta la actualidad) por practicismo, por indicaciones que en todos los casos se han realizado de forma oral y vía telefónica, sin que quede constancia de ello. (VER ANEXO REGLAMENTO)

Otro aspecto a tener en cuenta al respecto es que no existe término para otorgar este beneficio, ni para el especialista de provincia confeccionar el expediente, ni para que sea concedido por la Ministra o por los especialistas del Ministerio en dependencia del caso de que se trate, elemento que deteriora la imagen de nuestro Ministerio y que a su vez demora la realización de cualquier trámite por parte del interesado.

2.4 ELEMENTOS QUE COMPONEN LA CONFORMACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CANCELACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES.

Cuando el trámite de cancelación de antecedentes penales es de oficio tiene que contener los siguientes documentos:

- Certificación de Antecedentes Penales.
- Certificación de sentencia del Tribunal sancionador.
- Certificado del pago de la multa según sea el caso.
- Certificado del pago de la responsabilidad civil según sea el caso.
- Informe valorativo del especialista de cancelación de antecedentes penales, firmado por el Jefe del departamento.

Mientras que cuando el trámite es a instancia del propio interesado se confecciona un expediente que tiene que contener los siguientes documentos:

- Solicitud personal del promovente,
- Certificación de Antecedentes Penales,
- Certificación de Sentencia del o los Tribunal (les) sancionador (es),
- Comprobante del pago de la multa si procediere,
- Certificado expedido por la Directora de la Caja de resarcimiento acreditando la liquidación de la responsabilidad civil,
- Aval del Comité de Defensa de la Revolución (CDR),
- Aval del Centro de Trabajo,

- Aval de la Federación de Mujeres Cubanas (FMC),
- Certificación del Departamento Nacional de Investigaciones del MININT (DNI),
- Investigación del MININT,
- Convenio donde se acredita el pago de los \$ 40.00 pesos Moneda Nacional en sellos de timbre con valor de \$ 5.00, \$ 10.00 ó \$ 20.00 pesos,
- Dictamen valorativo confeccionado por el Especialista de la Dirección Provincial de Justicia firmado por el Jefe del Departamento y el Director Provincial de Justicia.

2.5 EFECTOS DE LOS ANTECEDENTES PENALES EN LA RELACION JURIDICA.

La constitución de la República de Cuba en su artículo 45 establece: “El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano, que fuera reformulado en el artículo 3 inciso a) del Código de Trabajo”.

El trabajo es remunerado conforme a la cantidad y calidad, al proporcionarlo se atiende a las exigencias de la economía y la sociedad, la elección del trabajador, su aptitud y calificación, lo garantiza el sistema económico socialista que propicia el desarrollo económico y social, sin crisis, y que con ello ha eliminado el desempleo. Según lo establece el artículo 46 de la Constitución de la república de Cuba.

Algunos de los principios fundamentales que rigen el Derecho Laboral cubano son los siguientes:

- a) el trabajo es un derecho, un deber y un motivo de honor para el ciudadano,
- b) todo ciudadano en condiciones de trabajar, sin distinción de raza, color, sexo, religión, opinión política u origen nacional o social, tiene oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus necesidades,
- c) el trabajo se proporciona atendiendo a las exigencias de la economía y la sociedad, a la elección del trabajador, a su aptitud y a su calificación,
- ch) las personas tienen acceso, según sus méritos y capacidades a los cargos y empleos y perciben igual salario por igual trabajo,
- d) el trabajo es remunerado conforme con su calidad y cantidad,

e) todo trabajador tiene derecho a participar en la gestión de la producción y los servicios.

El código de trabajo también establece en su artículo 11 que: La dirección de la entidad laboral debe adoptar las medidas encaminadas a:

b) garantizar la correcta aplicación de la política laboral y salarial;

Por otro lado en la SECCION OCTAVA se aborda lo referente a la Suspensión de la relación laboral y los artículos 44 y 45 refrendan que la relación laboral se interrumpe temporalmente cuando se violan alguno de los efectos del contrato de trabajo, sin que desaparezca el vínculo laboral entre las partes y la misma se produce cuando por disposición legal, medida disciplinaria impuesta por autoridad competente o fuerza mayor, el trabajador no puede realizar el trabajo por el cual ha sido contratado. La relación laboral se reanuda cuando el trabajador se incorpora al trabajo por cesar la causa que dio origen a su suspensión.

En la SECCION UNDÉCIMA se regula lo concerniente a la Terminación del contrato de trabajo, estableciendo en su artículo 48 como sus causas las siguientes:

- a) acuerdo de las partes,
- b) iniciativa de alguna de las partes,
- c) llamado del trabajador al cumplimiento del Servicio Militar Activo,
- ch) vencimiento del término fijado, en el caso de los contratos por tiempo determinado,
- d) ejecución del trabajo objeto del contrato, cuando se ha concertado a ese fin,
- e) jubilación del trabajador,
- f) fallecimiento del trabajador,
- g) extinción de la entidad laboral, cuando no exista la subrogación por cualquier otra.

El contrato de trabajo termina por iniciativa de la administración de la entidad por las causas siguientes:

- a) ineptitud del trabajador para realizar un trabajo, debidamente demostrada,
- b) falta de idoneidad del trabajador para el desempeño de la ocupación, cargo asignado, cuando se trata del incumplimiento de condiciones específicamente establecidas en el contrato,

- c) declaración de disponibilidad del trabajador, siempre que no exista otro trabajo que pueda realizar o que existiendo no sea aceptado por él,
- ch) invalidez parcial del trabajador, cuando se haya agotado las posibilidades para su ubicación en la entidad laboral,
- d) separación definitiva del trabajador por violar la disciplina laboral,
- e) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos cuando exceda de seis meses,
- f) cumplimiento del plazo de la licencia no retribuida para el cuidado de los hijos, sin que la trabajadora se haya reincorporado al trabajo,
- g) sanción de privación de libertad por sentencia firme, en los casos de los contratos por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra.

En el caso de los incisos e) y g) el legislador los previó para aquellas personas que realizando cualquier labor en una entidad determinada, es ejecutoriamente sancionada por cualquier delito cuya sanción sea superior a seis meses, no así para aquellas personas que con anterioridad a este acto hayan sido sancionados; la interpretación de estos dos incisos fue errónea por algunas administraciones de nuestras entidades estatales y por tal motivo fue necesario establecer la Resolución conjunta número 1 de 2001 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Justicia que establece en su Resuelvo Tercero que:

Las certificaciones de Antecedentes Penales no constituyen un requisito de empleo, ni para la permanencia en una ocupación determinada.

Esta Resolución se promulgó con el objetivo de perfeccionar la aplicación de la Resolución Conjunta de 2 de octubre de 2000 de ambos Ministerios que establecía el procedimiento de selección de los trabajadores que soliciten ser admitidos en determinada entidad laboral, por lo que aconsejó modificarla ya que a pesar de su existencia continuó siendo elevado el número de personas que se dirigían a nuestras oficinas a solicitar la certificación de antecedentes penales para fines laborales.

La Resolución Conjunta 1 de 2001 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Justicia establece en su Resuelvo que la Certificación de Antecedentes Penales es el documento legalmente válido para acreditar los antecedentes penales de una persona y en su defecto podrá hacerse mediante certificación de sentencia firme que dicte el Tribunal competente.

La solicitud de estas certificaciones para fines laborales se efectúa institucionalmente, mediante Resolución emitida por el director de la entidad solicitante designando a la persona encargada de realizar el trámite. Las entidades laborales de acuerdo a las respectivas direcciones de los Sindicatos Nacionales propondrán los cargos u ocupaciones en que resulte estrictamente indispensable la solicitud de la Certificación de los Antecedentes Penales, como complemento o adición al proceso de investigación para la determinación de la idoneidad.

Aún cuando está regulado lo antes expuesto en entrevista realizada a una muestra de 88 usuarios de 143 atendidos hasta la fecha los resultados fueron los siguientes:

¿Que lo motiva a Cancelar sus Antecedentes Penales?

El 67% de los encuestados plantean que lo necesitan para mejorar su situación laboral o incorporarse al trabajo, el 12% plantea que lo necesita para salir del país y el resto expone otras causas.

¿Ha sentido discriminación en algún momento por parte de funcionarios del estado por el hecho de tener antecedentes penales?

El 100% expone que han sentido discriminación sobretodo en el momento de establecer la vinculación laboral.

¿Le han negado vínculo laboral en alguna entidad estatal por tener antecedentes penales?

El 94% expone que si, 6% expone que no y el 65% expone que además ha sido motivo para revocarle el contrato de trabajo.

¿Se siente usted reinsertado a la sociedad, luego de haber extinguido sus antecedentes penales?

El 100% expone que sí.

¿Cómo valora usted el procedimiento de Cancelación de Antecedentes penales?

El 71% plantea que se trata de un procedimiento complejo y que los términos para cancelar son muy extensos, que tienen que acudir a la Dirección Provincial de Justicia en más de una ocasión, el 2% refiere que ha hecho uso de la Cancelación Extraordinaria y la misma no se les ha concedido.

CONCLUSIONES.

1. A pesar que en la promulgación del Código Penal se establece que el Ministerio de Justicia es el encargado de establecer la norma adjetiva para la Cancelación de los

Antecedentes Penales, ésta aún no se ha dictado, sin que exista indicación alguna al respecto.

2. Los funcionarios que tramitan la Cancelación de los Antecedentes Penales realizan esta función basados en la costumbre, al no existir norma alguna que lo regule.

3. Existe insatisfacción tanto de usuarios como de funcionarios sobre la tramitación de la cancelación de los antecedentes penales por parte del MINJUS.

4. En las modificaciones realizadas al Código Penal no se tuvo en cuenta la Cancelación de Los Antecedentes penales, las que no están a tono con la realidad.

5. Al no existir norma procesal que regule la cancelación de los antecedentes penales el procedimiento obedece, en ocasiones, a criterios subjetivos que entorpecen la tramitación y logran insatisfacción en la población de forma general.

6. Los directivos responsables de las relaciones laborales no tienen en cuenta lo regulado en la resolución 1 de 2001 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Justicia.

RECOMENDACIONES.

1. Al Ministerio de Justicia que elabore un Reglamento para la cancelación de los Antecedentes Penales.

2. A la Asamblea Nacional del Poder Popular que tenga en cuenta que la Cancelación de los Antecedentes penales en su parte sustantiva no está a tono con las modificaciones realizadas el Código Penal en los últimos 15 años.

3. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que capacite y supervise en las entidades laborales lo regulado en la Resolución Conjunta 1 de 2001.

4. Al Ministerio de Justicia que realice coordinaciones correspondientes con los órganos implicados a fin de que la cancelación de los antecedentes penales surta efecto en cuanto registro u oficina pública sea pertinente sin más trámites burocráticos y costas a la población.

BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo 2, 1ª ed., Ed. Eliasta, Argentina, 1989.

COLECTIVO DE AUTORES: «Sobre las modificaciones al Procedimiento Penal Cubano». Resumen de las intervenciones efectuadas en el evento científico de la

sociedad cubana de Ciencias Penales (18 de abril de 1992), Revista Cubana de Derecho, no. 7, julio–septiembre de 1992.

.....Constitución de la República de Cuba. Editorial Ignacio Agramonte y Loynaz. La Habana, 2014.

.....Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 2011. (Folleto)

.....Ley no. 21, Código Penal de 15 de febrero de 1979». Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 1979.

.....:»Ley no. 62, Código Penal», 29 de diciembre de 1987, Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 1987.

.....:«Ley no. 62, Código Penal» de 30 de abril de 1988, Gaceta Oficial de la República de Cuba, La Habana, 1988.

.....:«Decreto Ley 242/2007«, Gaceta Oficial no. 014 Extraordinaria de la República de Cuba, 16 de marzo de 2007, año CV, La Habana, 2007.

.....:«Decreto Ley 286/2011«, Gaceta Oficial no.30 Extraordinaria de la República de Cuba, 21 de septiembre de 2011, año CIX, La Habana, 2011.

Derecho Registral y Notarial

Una propuesta metodológica para el estudio de la calidad de los servicios notariales.

A Methodological Proposal for the study of the quality of notarial services

Mercedes de Armas Alonso

Daile Simón Romero

Lázaro Juan Corzo González

Resumen

En los momentos actuales, como parte de la actualización del modelo económico, se le presta especial atención al incremento de la calidad de los servicios públicos en función de satisfacer las necesidades de trámites y actos jurídicos de la población. En particular, entre los objetivos estratégicos del Ministerio de Justicia se encuentra el perfeccionamiento de la actividad notarial la cual resulta decisiva en la legalización de múltiples actos jurídicos en el ámbito familiar, civil, inmobiliario, mercantil, de la vivienda entre otros.

En este artículo se expone el tratamiento metodológico para el abordaje científico de la calidad de los servicios notariales, particularmente con lo relativo a su papel, ejecutoria y funciones. La investigación contribuirá a detectar insatisfacciones de esta actividad y a aportar sugerencias en función de elevar su gestión y calidad.

Palabras clave

Actividad notarial, servicio público, funciones legales del notario, satisfacción.

Abstract

At the present time, as part of the updating of the Cuban economic model, special attention will be paid to improvement of the quality of public services according to the needs of the population. In particular, among the strategic objectives of the Ministry of Justice is the improvement of the notarial activity which is decisive in the legalization of multiple legal acts in different areas.

This article is about methodological treatment for the scientific approach to the quality of notarial services, in two edges: the fulfillment of the basic legal functions and satisfaction of the population with notarial services given in three provinces. The research will contribute to detect dissatisfactions in this activity and provide suggestions in order to optimize this activity.

Key words

Notarial law, notarial activity, public service, notary legal functions, satisfaction.

Introducción

“Maltratar a los clientes se ha convertido en algo natural”, es el título de una carta enviada al Diario Granma, publicada el 13 de septiembre de 2013, lo cual constituye un ejemplo de insatisfacción en la prestación de los servicios públicos en el país. Amén de la razón o no que podía asistirle al quejoso, lo cierto es que los niveles de calidad en el desempeño de funciones por las autoridades competentes no satisfacen adecuadamente los requerimientos ni las necesidades de los destinatarios de los diversos servicios.

Los niveles de calidad y la insatisfacción en la prestación de los servicios tanto a personas naturales como jurídicas, fueron temas debatidos en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba y en su Primera Conferencia Nacional, en cuyos escenarios se hizo un llamado al incremento sistemático y sostenido y al rediseño de las políticas vigentes, según las posibilidades de la economía.²³

El Ministerio de Justicia (MINJUS) como OACE que rige la prestación de determinados servicios jurídicos a la población, ha trazado estrategias dirigidas a garantizar que se caractericen por la profesionalidad de sus operadores; la excelencia, la eficiencia, y en ello, no podía faltar, la calidad en la satisfacción de las necesidades objetivas de los clientes.

Las Direcciones de este organismo central, implicadas en las actividades vinculadas con los servicios jurídicos, están enfrascadas en una sistemática labor de asesoramiento metodológico y técnico al personal encargado de prestarlos, y para ello se adoptan medidas encaminadas a solucionar las insuficiencias persistentes.

²³ Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución: Documentos, Partido Comunista de Cuba, ed. Política, La Habana, 2011, p.57.

Desarrollo

En el prólogo al Compendio de Derecho Notarial, el autor y profesor cubano Leonardo B. Pérez Gallardo resalta que “la tradición notarialista de la que nuestro país es signataria (...) recorre un amplio espectro de la vida socioeconómica del país y cada vez adquiere mayor trascendencia su función, pasando a la esfera del conocimiento notarial los actos de jurisdicción voluntaria que consagró desde el año 1985 la Ley 50 de las Notarías Estatales y su Reglamento, modificado, este último, en 1992. Dos años después, con el conocimiento en sede notarial del divorcio conforme con los dictados del Decreto Ley 154 de 6 de septiembre de 1994, la competencia material del notario se vio notoriamente ampliada. (...) a ello se suman todos los cambios operados en nuestra economía tras la entrada en vigor de la Ley N° 77/1995 de 5 de septiembre de la Inversión Extranjera y otras disposiciones relativas a la actividad mercantil que presumen la intervención notarial a través de la autorización de escrituras constitutivas de sociedades mercantiles, contratos de asociación económica internacional, actas de protestos de letras de cambio y la protocolización de documentos autorizados por funcionarios extranjeros para que puedan surtir efecto en suelo nacional.”²⁴

Con la entrada en vigor de disposiciones jurídicas como el Decreto No. 292/2011 desde el 1 de octubre, derogado por el Decreto No.320/2013, de 18 de diciembre, y el Decreto-Ley No.288/2011, modificativo de la Ley No. 65, de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda”, la función notarial amplió su ámbito de intervención al ser el fedatario el funcionario público facultado para autorizar escrituras públicas contentivas de actos jurídicos traslativos del derecho de propiedad de vehículos de motor y viviendas mediante la concertación de contratos de compraventa, donación y permuta; cambios legislativos a los que hay que agregar los referidos a la actualización de la política migratoria, pues la Ley No. 1312 /1976, sobre la Migración fue modificada por el Decreto-Ley No.302/2012, de 11 de octubre, con incidencia en el actuar notarial pues interviene el gremio, por ejemplo, en lo relativo a la autorización de los padres para que sus hijos, sujetos a patria potestad puedan obtener o renovar el pasaporte para viajar.

La sociedad cubana vive un momento que requiere, quizás como en ningún otro, los servicios del Notario. Precisamente por ello, con vistas a perfeccionar la prestación de sus servicios en el país, la Dirección de Notarías y Registros Civiles (DNRC) del

²⁴ Leonardo B. Pérez Gallardo: Compendio de Derecho Notarial, mayo 2003, p.17.

MINJUS encargó al Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) la realización de un estudio de carácter científico con vistas al cual fue elaborado, presentado y aprobado un diseño investigativo, con sus correspondientes marcos teórico y metodológico y demás componentes principales.

Antes de pasar a desarrollar la propuesta metodológica asumida, se hace necesario exponer algunos elementos de carácter teórico, que permitirán su mejor comprensión.

TRATAMIENTO LEGAL DEL NOTARIADO EN CUBA

El Decreto Ley de 29 de octubre de 1873 hizo extensiva a Cuba la Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de mayo de 1862 y su reglamento, la que al decir de Sanahuja y Soler “... *Perfila... el sentido institucional del notariado...*”²⁵

El Código de 1929 constituye la primera ley nacional en materia de Derecho Notarial. En él se definió al Notario como funcionario público y se reguló como requisito el ser profesional del Derecho para acceder a la función, reconociéndose su lugar en el sistema jurídico cubano.

El 28 de diciembre de 1984 se promulgó la Ley número 50, “*De las Notarías Estatales*”, vigente desde el 1 de Junio de 1985, la que tuvo como finalidad la reorganización del Notariado cubano. En su artículo 1 continúa con la tradición notarial anterior, al definir al notario como el “*funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene*”.²⁶

Esta Ley se inspira en el reconocimiento estatal, el cual se expresa en uno de los POR CUANTOS de la norma, relativo a la figura del notario público, al que le atribuye en el artículo 10 diversas funciones. Según esta disposición normativa, es un profesional del Derecho, y al mismo tiempo, actúa como funcionario público. Una vez habilitado por la ministra de Justicia para acceder al ejercicio de la función, es nombrado por la autoridad administrativa al cual se subordina, o por la propia titular del ramo, según el caso, para prestar sus servicios siempre dentro de su competencia por razón del territorio, y en algunos casos, de la materia.

²⁵ José María Sanahuja y Soler: Tratado de Derecho Notaria, tomo I, Primera edición, ed. Bosch, Barcelona, 1945, p.195.

²⁶ Ley 50 de las Notarías Estatales y Resolución n. 2 del 2001 de 5 de marzo, Reglamento para la selección y habilitación de notarios del Director de Notarías y Registros Civiles del MINJUS, p.1.

La idea anterior valida que el Notario en nuestro país, tiene una doble subordinación, administrativamente a las direcciones provinciales de Justicia de los Consejos de la Administración Provincial, y en el orden técnico, metodológico y normativo al MINJUS, especialmente, a la Dirección Nacional de Registros Civiles (DNRC), lo que hace pensar que los resultados en la prestación de los servicios sean medibles por cualquiera de ellos, o por las dos, incluida la calidad.

ALCANCE DE LAS FUNCIONES DEL NOTARIO

Una condición indispensable para brindar seguridad jurídica a las personas que requieren de la prestación de los servicios notariales es la aplicación correcta del Derecho. De ahí que para cumplir adecuadamente esa función básica, el fedatario tenga que conocer la legislación vigente, a fin de aplicarla para lo cual está previsto. Por ello, el Notario, de manera análoga a los jueces, debe evaluar y apreciar diversos aspectos: Interpretar la voluntad de las partes; apreciar la capacidad de los otorgantes; establecer la naturaleza jurídica del acto o contrato para calificarlo de acuerdo con el derecho positivo; evaluar y certificar la validez del acto o contrato; determinar el orden de la formulación instrumental, para que se corresponda con el contenido legal del acto; evaluar su propia competencia, las formalidades legales y demás.²⁷

La función puede resumirse en dos grandes vertientes abarcadoras de la amplia gama de su labor profesional y que exigen de él un alto comportamiento moral. Ellas son la autenticadora y la conformadora. La primera se refiere al otorgamiento de la fe pública al documento autorizado, el cual se fortalece al adoptar características de prueba documental pública, indubitable mientras no se pruebe lo contrario. Implica la “exactitud de lo que el notario ve, oye y percibe por sus sentidos”.²⁸ La segunda, se refiere a la acción de dar forma jurídica. El Notario es un juez de paz, el modelador de los actos y negocios jurídicos de sus clientes, siempre que en ocasión de los mismos no se plantee litigio o sea un acto lícito.

Su actuación no se restringe a las vertientes anteriores, para poder satisfacer las demandas del cliente tiene que saber escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento. Si escucha atentamente el asunto que se le plantea, puede guiar y aclarar consecuencias que

²⁷ Guillermo Escamilla: La función del notario, Revista Testimonios, México, 2002, p. 4-6.

²⁸ Saúl Guzmán Farfán: ¿Qué es la Fe Pública?, en Revista del Notariado Boliviano, No. 2, 1er Trimestre, 1998, p. 20.

posiblemente el cliente no sabía que podrían suceder. Al interpretar, busca desentrañar el sentido de lo escuchado previamente y la manera de hacer cumplir la voluntad de su cliente, de forma tal que pueda calificar el acto en el marco de la legalidad. Así se manifiesta además, que actúa por impulso de parte. Como jurista experto en diversas materias, debe brindar su asesoría de manera imparcial a los individuos que a él acuden, por lo cual requiere estar dotado de una capacidad y preparación jurídicas amplias. El interesado está impuesto del acto que pretende documentar, sabe la conducta a adoptar, pero es el Notario quien moldeará el interés manifiesto tanto a la ley reguladora del acto, como a aquella relativa a las formalidades y a las solemnidades exigibles.

Para preparar el instrumento público procedente se ve obligado a recabar una buena cantidad de documentos que le permitan tener certeza de que está actuando conforme a lo establecido en la norma. Así, cuando en su calidad de fedatario, documenta y autentica lo que a su presencia ha sucedido, formula un juicio de certeza, el cual ante terceros tiene que ser admitido y respetado, pues su intervención indelegable, provee de eficacia jurídica al acto instrumentado, de tal suerte que produce los efectos legales de prueba.

Con la conservación o custodia en el protocolo de las escrituras y actas matrices, y sus documentos complementarios, según el caso, el Notario es garante del principio constitucional de Seguridad Jurídica, es limitadísimo el acceso al contenido protocolar y permanece intacto en la sede por el plazo fijado en ley. Por su parte, la función de reproducción se realiza a través de la expedición de copias autorizadas, literales o parciales, las cuales tienen la misma eficacia jurídica que el documento matriz obrante en el protocolo.

Para prestarse un servicio profesional con calidad y eficiencia el Notario cubano tiene que cumplir correctamente las funciones previstas en el artículo 10 de la Ley de las Notarías Estatales, por ello, ante la pregunta ¿qué significa ser un buen Notario?, puede decirse que es quien conozca, estudie, reflexione y pueda impartir el Derecho, asesorando con imparcialidad, independencia, solidaridad, equidad, competencia y lealtad, entre tantas otras características. Si eso se logra, la sociedad los reclamará como *gatekeepers*, es decir, como los guardabarreras o vigilantes de la legalidad, como magistrados de la paz social.²⁹

²⁹Sebastián Justo Cosola: Transcripción de la disertación que hiciera el autor con motivo de su incorporación en carácter de miembro honorario al Colegio Notarial de Huánuco-Pasco de Perú, en el

LOS DEBERES DEL NOTARIO CUBANO SEGÚN SU CÓDIGO DE ÉTICA

Recientemente, en un evento preparatorio para la jornada nacional de la Sociedad Científica del Notariado cubano, los ponentes Dayron Lugo Denis y Luis Nicor Barrera Quesada, notario y fiscal de la provincia de Ciego de Ávila, respectivamente, en su trabajo titulado “La Deontología como base de la función notarial” expresaron “Deontología, término no muy abordado y empleado, pero sí que encierra un significado que abarca los derechos y deberes del individuo en el ejercicio de sus funciones. Ya en el ámbito notarial, a veces no pensamos en la importancia que reviste este elemento, que se pone de manifiesto desde la hora en que el cliente entra a nuestra oficina y el término no expira, porque hasta en la escritura se pone de manifiesto esta ciencia, dado que lo escrito por el notario no es solo para el presente sino para el futuro. (...) se refiere a los deberes que pertenecen al ser humano en todas sus manifestaciones de la vida. Son los valores éticos o morales que se reflejan en cada acto del comportamiento humano, en la conducta que exterioriza. No es posible abordar la función notarial sin mencionar la ética notarial, la base, la entrada y la expresión más alta del notariado”³⁰.

El Código de Ética del Notariado cubano aprobado en el año 2000, contiene los principios generales de contenido deontológico propios de la función. En la sección primera “Principios generales” se reconoce que la conducta del Notario ha de caracterizarse por la integridad moral, el prestigio social, la dignidad, la objetividad y la honestidad. En coherencia, su artículo 3 establece el deber de abstención cuando su actuar pueda menoscabar la probidad que debe distinguirlo.

Entre sus deberes y principios éticos se regulan el mantenimiento del rigor técnico en el desempeño de la función, la independencia profesional y la obediencia a la ley, la actuación solo a instancia de parte interesada o legitimada, la diligencia, la lealtad, la sinceridad, la solidaridad y la colaboración, el respeto, la imparcialidad, el secreto y el asesoramiento profesional.

marco del III Congreso Internacional de Derecho Notarial y Registral, celebrado en Huánuco entre el 29 de octubre y el 1 de noviembre de 2010. Publicado en *Revista Notarial* 966, 2010, p. 863-906.

³⁰ Dayron Lugo Denis y Luis Nicor Barrera Quesada: La Deontología como base de la función notarial, p. 13.

En coherencia con el objeto de la investigación encargada al Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) resulta trascendente la Sección Tercera referida a las relaciones con el cliente, en especial, por aparecer tratada la actividad notarial como servicio, y por evidenciarse de forma implícita sus particularidades. Precisamente, en el artículo 8 se regula que aun cuando el notario haya dejado de prestar sus servicios, debe obrar con imparcialidad y discreción en la tramitación de los asuntos sometidos a su consideración y competencia. Por su parte, el artículo 12 hace referencia directa a la calidad vinculada a elementos como la agilidad, para lo cual debe ajustarse a lo previsto en la Resolución No.19/2002, relativa a los términos en la prestación de los servicios desde que es requerida la intervención notarial.

Asimismo en la norma deontológica se prevé que ante los comparecientes, el Notario deberá observar consideración, profesionalidad y cortesía debidas en su trato, manteniendo una conducta ética y responsable. Es lamentable cuando una persona recibe una respuesta inadecuada o incorrecta, o un trato agriado, cuando por derecho tienen que recibir una atención digna. Por ello, en caso de incurrirse en negligencia, se impone el deber de ser autocrítico y reconocer su responsabilidad por el daño o perjuicio que produzca.

La Constitución de la República de Cuba, en su artículo 26 establece que: “Toda persona que sufre daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley”.³¹

LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LA ACTIVIDAD NOTARIAL COMO SERVICIO PÚBLICO

Según Albert Gadea, es fácil encontrar abundante bibliografía y definiciones de calidad aplicada a la producción industrial; de hecho, hace más de cuarenta años que el mundo de la industria la incorpora en su actividad.³² Sin embargo, advierte que al indagar sobre

³¹ Constitución de la República de Cuba, p.27.

³² Albert, Gadea: Gestión de la calidad en servicios públicos: La perspectiva de los ciudadanos, clientes y usuarios, Ayuntamiento de Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), gadeaca@gramenet.diba.es

la aplicada a la producción de servicios, las referencias son menos frecuentes y mucho más recientes, de hace aproximadamente quince años. Si el interés se centra en la calidad de los servicios públicos, son aún más difíciles de encontrar e identificar.

Aunque se pueda tomar como base la noción de calidad industrial, el equipo de investigación consideró contraproducente trasladarla mecánicamente a la prestación de servicios profesionales con naturaleza, alcance y efectos tan singulares y particulares, como los derivados de la función notarial, sin embargo, ha identificado elementos a considerar como:

- **Intangibilidad:** Los servicios no se pueden almacenar, por ello, la rapidez de respuesta se convierte en un elemento fundamental de la calidad.

- **Heterogeneidad:** Son difíciles de estandarizar y esto dificulta un nivel de calidad uniforme. De hecho, los servicios de calidad deben ser equitativamente heterogéneos.

- **Inseparabilidad:** La producción y el consumo del servicio se realizan simultáneamente. El usuario muchas veces puede ver el proceso de producción del servicio y, además del resultado final, juzga la calidad del proceso.

- **No Transferencia de Propiedad:** A diferencia de los productos, no existe la propiedad sobre los servicios. Estos se reciben, pero no hay apropiación de un producto, aunque la obligación del pago sea anterior a la prestación del servicio.

- **Son Perecederos:** Nacen para cumplir una función específica y concluyen al terminar ésta, es por ello que están destinados a morir en algún periodo de tiempo que puede variar en cada caso.³³

Resulta importante tener en cuenta los variados enfoques sobre la calidad, sin embargo, la mayoría de los autores hacen referencia a la existencia de tres modalidades:

Calidad programada: Cuando la administración se plantea la mejora de un servicio, a partir de su propia información y criterios, es decir, programa una determinada calidad para este servicio.

Calidad esperada: Los ciudadanos usuarios del servicio se forman una idea de cómo habría de ser este.³⁴

³³ Silvia Esther García Méndez y Milkos, Gual Díaz: Servicios y calidad: Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana (Cliente externo), p.10.

³⁴ Naturalmente, estas dos calidades, la programada por la administración y la esperada por el ciudadano, no tienen porqué coincidir y de hecho, casi nunca coinciden.

Calidad ejecutada: Resulta de la puesta en práctica de la calidad programada por la administración. Dependiendo de lo buena que haya sido la gestión, esta calidad ejecutada coincidirá más o menos con la programada.

Al final del proceso, la calidad ejecutada, se convierte en calidad percibida. A la coincidencia entre la calidad finalmente percibida por los ciudadanos y la que ellos esperaban, se le llama satisfacción. Esta dependerá entonces, de que en cada acto de prestación de un servicio, la percepción del cliente iguale o supere sus mejores expectativas. Este enfoque será el asumido en la presente investigación.

Existen varios modelos que identifican los atributos de un servicio en torno a los cuales se configura la calidad percibida, y por tanto, la satisfacción.

Resulta ilustrativo el conocido modelo SERVQUAL, creado por los autores Zeithaml, Parasuraman y Berry en 1988, quienes señalan cinco dimensiones generales del servicio, cada una de las cuales se subdivide a su vez en atributos, obtenidos a partir del estudio de un amplio conjunto de servicios, incluidos los públicos:

1. **Fiabilidad:** Capacidad de la organización para cumplir con lo prometido y hacerlo sin errores.
2. **Capacidad de respuesta:** Voluntad de ayuda a los usuarios, rapidez y agilidad del servicio.
3. **Seguridad:** Conocimientos y atención mostrados por los empleados y sus habilidades para concitar credibilidad y confianza.
4. **Empatía:** Atención personalizada e individualizada que dispensa la organización a sus clientes.
5. **Elementos tangibles:** Apariencia de las instalaciones físicas, equipos, personal y materiales de comunicación.

Los propios autores, mediante la aplicación de su modelo, ponderaron la importancia que ofrecían los usuarios de servicios a cada una de las dimensiones, de lo que resultó:

Fiabilidad	32%
Capacidad de respuesta	22%
Seguridad/cortesía/competencia/credibilidad (Seguridad)	19%
Accesibilidad/comunicación/comprensión (Empatía)	16%
Soporte físico (Elementos tangibles)	11%

Como se observa, la fiabilidad y la capacidad de respuesta representan más del 50% de la calidad percibida por los usuarios; y el soporte físico, donde habitualmente se actúa cuando se intenta mejorar la calidad de un servicio, apenas supera el 10%. Dicho de otra

manera: si se actúa sólo sobre los elementos tangibles se puede aspirar, en el mejor de los casos, a mejorarla desde el punto de vista del usuario en un 11%; en cambio, si se procede sobre la formación del personal, los procesos y los horarios de atención, fácilmente se mejoraría en un 50%.

Además de estas dimensiones, Albert Gadea, en el caso de los servicios públicos incluye dos factores específicos:

1. Igualdad/Equidad: A todo el mundo se le trata del mismo modo; no hay privilegios ni discriminación.
2. Honestidad: La administración pública y sus trabajadores no actúan en beneficio propio.³⁵

En esencia, la percepción que un ciudadano tenga de un servicio como de calidad, lo conduce inevitablemente a la satisfacción.

Usualmente, la actividad notarial es considerada un servicio público. A nivel elemental está dado en razón de ser una labor destinada a satisfacer, de manera continua y obligatoria, una necesidad de interés general: la función notarial, actuación que es reglada, por sujetarse a lo dispuesto en la Ley No.50/1984 y su norma reglamentaria, así por ejemplo, entre las prohibiciones al Notario, prevista en el inciso c) de la ley, se encuentra negarse a prestarle sus servicios al cliente, aún fuera de su horario laboral, si el requirente o interesado se halla en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales, todo ello a fin de la satisfacción de las necesidades del cliente.

Ahora bien, con un sentido más profundo y abarcador se tendría que reconocer la complejidad de la definición doctrinal y legal de servicio público y las particularidades que imprime la naturaleza de la función notarial –y el debate acerca de esta- a su comprensión como servicio.

En sentido amplio se puede entender por servicio, la actividad que se realiza para satisfacer las necesidades de quien lo recibe y donde la resultante de la interacción de tres elementos -el soporte físico, el personal en contacto y el sistema interno de la organización-, juega un rol importante.

La noción jurídica de servicio público tuvo su origen en Francia y desde allí influyó en los ordenamientos jurídicos de otros países de Europa continental y de América Latina, influjo que se hizo visible a partir del siglo XIX y como consecuencia de los cambios

³⁵ Albert Gadea: Ob.cit, gadeaca@gramenet.diba.es

políticos-jurídicos ocurridos en aquella nación, a raíz de la revolución burguesa de finales del siglo XVIII.³⁶

A través del tiempo se han asumido distintas posiciones con respecto a la definición de servicio público. En su origen se consideró como toda actividad que el Estado desarrollaba, cuyo cumplimiento era menester asegurar, regular y controlar por los gobernantes. Este hecho determinó que al inicio su prestación solo podía realizarse por el Estado.

Actualmente existen dos criterios fundamentales para determinar qué se debe entender por servicio público: el orgánico y el material o funcional. El orgánico caracteriza al servicio como público en atención al ente o persona que lo satisface o realiza; de ahí que solo se considera como tal, la actividad satisfecha por la administración pública, directamente por sí o indirectamente por medio de concesionarios. El material o funcional, por su parte, se relaciona con la necesidad que por este medio o con esa actividad se satisfaga, independientemente de quien lo preste o realice (administración pública o particulares), siempre y cuando esta reúna determinadas características. En cuyo caso, el elemento público, no se refiere al ente o persona que lo realiza sino a su destinatario, es decir, servicio público será todo aquel dirigido al público.

En la doctrina cubana, el reconocido profesor de Derecho Administrativo Andry Matilla Correa, asume el primero de los criterios mencionados. Según este autor, “el servicio público tiene que servir como instrumento de desarrollo social. El Derecho tiene un importante carácter instrumental para proveer justicia, orden y, sobre todo, mejoramiento social, todo esto responde a un proceder de Derecho Público, pues en esta rama del Derecho se identifica cómo la administración pública se proyecta funcionalmente sobre la comunidad”.³⁷ De esto se colige que el servicio público es un tipo de actividad administrativa en la que el Estado garantiza la respuesta a las necesidades de los ciudadanos y, además, les permite exigir su cumplimiento en términos económicos, sociales, educativos, entre otros.

El equipo de investigadores comparte la visión anteriormente expuesta y sostiene que la actividad notarial es un servicio público en razón de que constituye una labor destinada

³⁶ La noción de servicio público apareció en Francia como un criterio de interpretación de la regla de separación de las autoridades administrativas de las judiciales, dado el problema de limitación de competencia de la jurisdicción administrativa.

³⁷ Andry Matilla Correa: El servicio público: vicisitudes de una categoría del Derecho Administrativo, **Santo Domingo, julio de 2013**, consultado en línea <http://www.funlode.org/notice>

a satisfacer de manera continua y obligatoria una necesidad de interés general. Los notarios como profesionales del Derecho, desempeñan la función pública delegada por el Estado, para la cual necesitan poseer preparación y conocimientos técnicos suficientes que les permitan someterse a un riguroso proceso de selección y habilitación con vistas a ejercer posteriormente en los límites territoriales establecidos por su nombramiento.

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA EL ESTUDIO DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS NOTARIALES

La investigación que sirve de soporte a esta publicación definió como problema estimar la calidad de los servicios notariales en unidades de las provincias de La Habana, Villa Clara y Holguín.

El objetivo general se proyectó en función de contribuir al conocimiento sobre la calidad de estos servicios, lo cual facilitará optimizar la adopción de medidas en el proceso de perfeccionamiento de la función notarial.

Fueron delineados tres objetivos específicos relativos a la constatación del cumplimiento por los notarios de funciones legales básicas de documentar y asesorar en las unidades seleccionadas; la determinación de la satisfacción con estos servicios, a partir de las opiniones de los clientes externos e internos y la comparación de las valoraciones de ambos clientes sobre la calidad.

La variable central que se planteó el equipo de investigación fue “Calidad de los servicios notariales”

La calidad desde el punto de vista conceptual, es una propiedad o conjunto de cualidades, atributos o propiedades que tiene una cosa.³⁸ Estará presente siempre que un servicio se desarrolle de acuerdo a especificaciones y el cliente esté satisfecho porque vea cubiertas sus expectativas. No será entonces solamente una cuestión de normas, sino es preciso que se traduzca en satisfacción de los usuarios.³⁹

A los efectos de la investigación se entendió por calidad de los servicios notariales, la satisfacción de los clientes internos y externos con su prestación, en correspondencia

³⁸ María Soledad Soñora Cabaleiro: Calidad de los servicios que presta el Registro Central de Sancionados, Informe final de investigación, CIJ, 2001 y Silvia Esther, García Méndez y Milkos, Gual Díaz: Servicios y calidad: Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana, CIJ, 2005.

³⁹ Albert Gadea: Ob. Cit, gadeaca@gramenet.diba.es

con las necesidades y expectativas de estos últimos, y el cumplimiento por los notarios de funciones legales básicas previstas en la legislación vigente.

Los indicadores definidos para medir estas dos dimensiones fueron:

Cumplimiento por los notarios de funciones legales básicas previstas en la legislación vigente

- Escuchar al cliente sin limitación alguna, a los fines de no incurrir en errores al interpretar la voluntad del compareciente y adecuarla a lo previsto en la legislación de que se trate.
- Revisar integralmente los documentos exigibles para el acto interesado, a fin de evitar insatisfacción por el cliente, al tener que concurrir nuevamente a la unidad para presentarlos.
- Radicar en el libro único de radicación de asuntos, previa calificación, el día en que se le presente la documentación requerida.
- Asesorar de forma integral y actualizada a los clientes, a quienes deben instruir sobre los derechos que les asisten o no, y los medios jurídicos para satisfacerlos, así como esclarecer con precisión el alcance y efectos, tanto positivos como negativos, de sus actos. /Posibilidad de resolver las consultas, sin tener que concurrir a otras unidades/
- Documentar el acto jurídico, hecho o circunstancia con la calidad técnica y formal requerida, ajustándose a las solemnidades, formalidades y exigencias previstas en las legislaciones adjetiva y sustantiva. (su relación con la cantidad de veces que los clientes han tenido que visitar la unidad notarial para solucionar el asunto de su interés, sus causas)
- Contar con la preparación técnica requerida para el cumplimiento de las funciones legales, siendo necesarias la capacitación y la autopreparación del Notario. Actuación profesional, dominio de su actividad, vocación de servicio.
- Autorizar el instrumento notarial el día y hora señalados, para evitar molestias e inconformidades ante la no prestación del servicio, o demora en la atención, a fin de garantizar que sea leído y firmado en el término legal previsto.
- Velar y garantizar que la voluntad expresada por el interesado se corresponda con la real, y con la plasmada en el instrumento notarial autorizado.
- Usar los libros habilitados para quejas y sugerencias. Recibir y dar respuesta a las quejas. Instrumentar mecanismos necesarios.

- Estudiar e identificar causas y condiciones de las diferencias en la cantidad de asuntos radicados y en la autorización de documentos públicos entre los notarios y unidades notariales. Razones por las cuales los usuarios seleccionaron la unidad notarial para solicitar el servicio, teniéndose que trasladar desde municipios distantes, e incluso contando con unidad notarial en el que reside.
- Analizar y valorar las opiniones sobre el cumplimiento del plan mensual, tanto individual como en cada colectivo.
- Valorar la pertinencia de los indicadores de eficiencia y calidad.
- Conservar o custodiar el protocolo notarial, en correspondencia con las reglas de preservación previstas en la legislación notarial, así como colocarlo en un lugar que cuente con la protección y seguridad físicas requeridas.

Satisfacción de los clientes externos e internos con los servicios notariales

- Informaciones actualizadas con letra legible, colocadas en un lugar visible y de fácil acceso, mediante uso de mural o por otro medio de divulgación relativas a:
 - los diversos servicios que se prestan, sus requisitos y los documentos necesarios;
 - los horarios de atención;
 - la tarifa por los servicios prestados;
 - el término en la prestación de los servicios.
 - Trámites por los cuales más se acude a la unidad notarial.
- Adecuación de los horarios a las necesidades de las personas con vínculo laboral.
- Valoración de la tarifa de servicios.
- Posibilidad de completar las gestiones a realizar.
- Trato recibido
- Organización general del proceso de atención desde que el cliente concurre a solicitar el servicio hasta que finaliza (grado de dificultad, rapidez, organización, número de gestiones y precisión de las orientaciones emitidas por parte del personal especializado.
- Atención y citación de los clientes directamente por parte de los notarios.
- Presencia de los notarios en la unidad notarial (cumplimiento del horario laboral y su aprovechamiento)
- Satisfacción de la demanda de servicios. Principales dificultades.
- Condiciones generales de local e infraestructura.

Como variables sociodemográficas se delimitaron la edad, sexo, nivel de escolaridad, ocupación, municipio y provincia de residencia.

El trabajo de campo se inició con las entrevistas a los expertos y el análisis de documentos. En los territorios, se realizó al unísono la aplicación de los cuestionarios a los clientes externos e internos, las entrevistas a informantes claves, a clientes externos y la grupal con jefes de las unidades notariales de la provincia La Habana. De manera paralela, el equipo de investigación puso en práctica la observación en cada una de las unidades visitadas. Posteriormente, fueron revisadas las quejas dirigidas a la Ministra de Justicia y atendidas en el departamento de Atención a la Población del MINJUS sobre la calidad de los servicios notariales en el período 2013-2014.

La población estuvo constituida por las 57 unidades notariales existentes en las provincias de La Habana (27), Villa Clara (15) y Holguín (15).

Las provincias fueron seleccionadas por la Dirección de Notarías y Registros Civiles (DNRC) del MINJUS, teniendo en cuenta que estuviesen representados el occidente, el centro y el oriente del país y se encontraran entre las de mayor nivel de complejidad de asuntos dilucidados por cada una de estas zonas.

Se trabajó en 22 unidades notariales, al seleccionar una muestra no probabilística por conveniencia (38% de total de las existentes en cada uno de estos territorios), en base a la categorización de las notarías definida por el MINJUS. Las unidades notariales se clasifican en grandes (categoría I; más de 6 notarios), medianas (categoría II; de 3 a 5 notarios) y pequeñas (categoría III; de 1 a 2 notarios), teniendo en cuenta:⁴⁰ características y desarrollo del territorio, densidad poblacional, demanda del servicio y cantidad de notarios.

La distribución de esa muestra de unidades notariales se hizo utilizando el mismo criterio muestral, trabajando en 10 de La Habana y en 6 tanto de Villa Clara como de Holguín.

Los métodos y técnicas empleados fueron: Cuestionarios a cliente externo y a cliente interno, observación, entrevistas individuales a expertos, informantes clave y clientes externos, entrevista grupal y análisis de documentos.

⁴⁰ Programa de perfeccionamiento de la actividad notarial. Manual de procedimiento, Dirección de Notarías y Registros Civiles, MINJUS, 2011, p.3.

El cuestionario a los clientes externos fue aplicado a 180 personas naturales (68 de La Habana, 51 de Villa Clara y 61 de Holguín), que asistieron a las unidades objeto de estudio a realizar gestiones notariales de cualquier índole, una vez concluidas y fue autoadministrado. El diseño de esta muestra no probabilística por conveniencia se conformó teniendo en cuenta el tipo de servicio solicitado por los usuarios, de forma tal que tanto los documentos públicos más complejos (Adjudicación de herencia, testamentos, permutas, donación de inmuebles, descripción de obra, divorcios, matrimonios, actas Declaratoria de Herederos, actas de Notoriedad, actas de subsanación de error u omisión), como los menos (Poder Especial y Declaración Jurada), quedaran incluidos.

El cuestionario a los clientes externos se autoadministró a 116 trabajadores presentes y con disposición a completarlo en el momento de la aplicación, en algunas unidades notariales y municipios de mayores facilidades para el acceso de los investigadores.

Las entrevistas individuales, por su parte, se realizaron de la forma siguiente:

Expertos: Directora de la DNRC del MINJUS y 1 especialista de la misma Dirección.

Informantes clave: Seis jefes de unidades notariales, los 3 de los Departamentos de Notarías de las Direcciones Provinciales de Justicia de las provincias seleccionadas y la Directora Provincial de Justicia de Villa Clara.

Cliente externo: Los 21 entrevistados en La Habana fueron seleccionados al azar entre quienes concluyeron gestiones notariales, con vistas a reforzar los resultados obtenidos a través del cuestionario.

En la entrevista grupal participaron 34 jefes de unidades notariales de la provincia La Habana, por facilidades de convocatoria y disposición de colaborar con la investigación. Asimismo se analizaron documentos desglosados en dos vertientes; legislación en la materia y controles y otros.⁴¹

Además, se trabajó con el universo de quejas sobre la calidad de los servicios notariales, dirigidas a la Ministra del MINJUS, controladas en el Departamento de Atención a la población de este órgano central (2013-2014).

Tal y como se ha indicado, en los momentos actuales, se presta especial atención al incremento y la sostenibilidad de la calidad de los servicios públicos. En particular, el Ministerio de Justicia se ha trazado como objetivos estratégicos, perfeccionar los

⁴¹ Mercedes de Armas Alonso y otros: Informe final de investigación “Calidad de los servicios notariales cubanos”, CIJ, MINJUS, p.29-32.

jurídicos brindados por determinadas entidades, entre las cuales destacan, los notariales. Desde el punto de vista práctico, como resultado de la flexibilización de actos jurídicos vinculados a bienes muebles e inmuebles, y derechos; un considerable número de asuntos requieren de la intervención del Notario, sin los cuales carecen de eficacia.

Por su parte, también las unidades notariales están llamadas a dar cumplimiento a los indicadores de eficiencia y calidad definidos por la DNRC, MINJUS, quien a tenor de lo previsto en el artículo 35 de la Ley de las Notarías Estatales y en el artículo 166 de su reglamento, ejerce la dirección técnica, normativa y metodológica de la función en el país.

La investigación en la cual se encuentra enfrascado el equipo de investigación servirá de base para un segundo estudio a iniciarse en septiembre del 2014, el cual prevé dotar a la DNRC, MINJUS de nuevas herramientas para perfeccionar aun más la prestación de los servicios notariales en el país.

Bibliografía

Colegio de notarios en el Distrito Federal: El CNDF presenta resultados de encuesta sobre servicios notariales en el DF, realizada por GEA/ISA, 2 de marzo 2006, www.colegiodenotarios.org.mx

Comisión Federal de Competencia: El mercado de servicios notariales en México, abril 2011, www.cfc.gob.mx

Corzo González, Lázaro, Hernández Fernández, Rodolfo: Principios del Derecho Notarial cubano, en Pérez Gallardo, Leonardo B., Lora- Tamayo Rodríguez. Isidoro: Derecho Notarial, Tomo I, ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Chavarría Arias, María del Pilar: *Naturaleza del notario público ¿es un funcionario público o no?* , Revista Rhombus, Vol. 3, N° 8, Enero – Abril 2007, consultado en <http://www.ulacit.ac.cr/files>.

de Armas Alonso, Mercedes y otros: Informe final de investigación “Calidad de los servicios notariales cubanos”, CIJ, MINJUS, p.29-32.

Diccionario Jurídico Mexicano: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ed. Porrúa, decimotercera edición, México, 1999.

Escamilla, Guillermo: *La función del notario*, Revista Testimonios, México, 2002.

Gadea, Albert: ***Gestión de la calidad en servicios públicos: La perspectiva de los ciudadanos, clientes y usuarios***, Ayuntamiento de Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), consultado en gadeaca@gramenet.diba.es.

García Méndez, Silvia Esther, Gual Díaz, Milkos: ***Servicios y calidad: Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana (Cliente externo)***, CIJ, 2005.

Guía de indicadores a comprobar por la Dirección de Notarías y R. Civiles en las inspecciones del segundo semestre de 2013 y 2014, Dirección de Notarías y Registros Civiles, Ministerio de Justicia, 2013. (soporte digital).

Guía para la evaluación de la calidad de los servicios públicos, Ministerio de la Presidencia, Agencia Estatal de Evaluación de las políticas públicas y calidad de los servicios, Madrid, 2009, <http://www.060.es>.

Guzmán Farfán, Saúl: ***¿Qué es la Fe Pública?***, Revista del Notariado Boliviano, 2, 1er Trimestre, 1998.

.....International Service Marketing Institute: La calidad en los servicios: cómo se mide y gestiona (I). MK Marketing Ventas, N. 159, junio de 2001, p.26-29. www.tatum.es

Justo Cosola, Sebastián: ***Disertación con motivo de su incorporación en carácter de miembro honorario del Colegio Notarial de Huánuco-Pasco***, Perú, III Congreso Internacional de Derecho Notarial y Registral, 29 de octubre- 1 de noviembre de 2010, Revista Notarial 966, 2010.

.....Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución: Documentos, Partido Comunista de Cuba, ed. Política, 2011.

Lugo Denis, Dayron y Barrera Quesada, Luis Nicor: La Deontología como base de la función notarial, Jornada Nacional de la Sociedad Científica del Notariado cubano, 2012.

Matilla Correa, Andry: Conferencia: ***“El servicio público: vicisitudes de una categoría del Derecho Administrativo”***, Santo Domingo, julio de 2013, consultado <http://www.funlode.org/notice>.

Pardinas, Juan: Servicios notariales y competitividad, octubre 2013. www.cfc.gob.mx
Partido Comunista de Cuba, Documentos, ***Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución***, ed. Política, 2011.

Pérez Gallardo, Leonardo B: ***Compendio de Derecho Notarial***, ed. Félix Varela, 2003.

Pérez Gallardo, Leonardo B.; Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro: ***Derecho Notarial. Tomo 1***, ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, ***Derecho Notarial***, Ed. Porrúa, Séptima edición, México, 1995.

Pérez Molta, Eduardo: *Regulaciones y competencia en servicios notariales*, Instituto mexicano para la competitividad, octubre 2013, www.cfc.gob.mx

Programa de perfeccionamiento de la actividad notarial. Manual de procedimiento, Dirección de Notarias y Registros Civiles, MINJUS.

Redoblan los esfuerzos en Cuba por elevar calidad de servicios notariales, 10 de junio de 2013, www.periodico26.cu

Sanahuja y Soler, José María: Tratado de Derecho Notarial, Tomo I, Primera edición, ed. Bosch, Barcelona, 1945.

Soñora Cabaleiro, María Soledad, García Méndez, Silvia, Rodríguez Peirallo, María E.: Calidad de los servicios que presta el Registro Central de Sancionados, Informe final de investigación, CIJ, 2001.

Vallet de Goytisolo, Juan B.: ***La función del Notario y la seguridad jurídica, II***, Revista de Derecho Notarial, XVII, 1976.

Wellington, Patricia: ***¿Cómo brindar un servicio integral al cliente?*** ,Editorial McGraw Hill, Nomos S. A. Bogotá, Colombia, 1997.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código de Ética del Notariado de 28 de noviembre de 2000.

Constitución de la República de Cuba: Ediciones Pontón Caribe S.A., La Habana, 2005.

Ley No.1289/1975, de 14 de febrero, “Código de Familia”.

Ley No.50/84, de 28 de diciembre, “De las Notarías Estatales”.

Reglamento de la Ley de Notarías Estatales, de 9 de junio de 1992, puesto en vigor en la Resolución 53 del MINJUS, 12 de febrero de 1983. Normas metodológicas que regulan la proyección de la red de unidades notariales, sus plantillas-tipo, así como los requisitos para la creación, traslado, fusión y cierre de dichas unidades, Ministerio de Justicia.

Resolución No.70/1992, de 9 de junio, dictada por el ministro de Justicia.

Resolución 130/1998, 9 de diciembre de 1998, del ministro de Justicia, relativa a la tarifa aprobada para los servicios notariales en MN, Ministerio de Justicia.

Resolución Conjunta No. 1/2001, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Justicia, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria No. 8, 12 de julio del 2001.

Resolución No.2/2001, de 5 de marzo del director de Notarías y Registros Civiles del ministerio de Justicia, Reglamento para la Selección y Habilitación de Notarios.

Resolución No.19/2002, de 22 de febrero, del ministro de Justicia, contentiva de los términos para la prestación de los servicios notariales.

Resolución 44/53. Indicadores para autorizar la apertura de las organizaciones notariales de base.

Resolución 201, 4 de febrero de 2005. Tarifa aprobada para los servicios notariales en MLC. Ministerio de Justicia.

Instrucción No.1/2002, de 25 de febrero, del director de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.

Instrucción No.3/2009, de 30 de octubre, Uniforma la actuación notarial en cuanto al Libro Único de Control de Asuntos, dictada por la Directora de Notarías y Registros Civiles del MINJUS.

Instrucción No.3/2011, de 28 de julio, Guía de inspección de la actividad notarial, dictada por la Directora de Notarías y Registros Civiles del MINJUS.

Decreto No.292/2011, de 20 de septiembre, “Regulaciones para la Trasmisión de la Propiedad de Vehículos de Motor”.

Decreto No.320/2013, de 18 de diciembre, “De la Trasmisión de la Propiedad de Vehículos de Motor, su Comercialización e Importación”.

Decreto-Ley No.288/2011, de 31 de octubre, modificativo de la Ley No.65 de 23 de diciembre de 1988, “Ley General de la Vivienda”

Decreto-Ley No.302/2012, de 11 de octubre, Modificativo de la Ley No.1312, “Ley de Migración”, de 20 de septiembre de 1976.

Circular No.10/2009, de 23 de septiembre, Principales señalamientos en la actividad notarial y registral civil en la supervisiones integrales 2008-2009, emitida por la Dirección de Notarías y Registros Civiles del ministerio de Justicia.

Circular a todos los directores provinciales de Justicia y del municipio especial Isla de la Juventud, 24 de agosto de 2009. Rendimiento de los resultados estadísticos de las actividades y funciones notariales y registrales del estado civil, enero-julio 2009. Firmada por Olga Lidia Pérez Díaz, Directora, Dirección de Notarias y Registros Civiles, Ministerio de Justicia.

Circular 10/2009. A todos los directores provinciales de Justicia y del municipio especial Isla de la Juventud, 23 de septiembre de 2009. Principales irregularidades que constituyen factores de riesgo, así como otras deficiencias detectadas en supervisiones efectuadas a Holguín, Santiago de Cuba, Camagüey, Sancti Spíritus y Ciudad de La Habana. Firmada por Olga Lidia Pérez Díaz, Directora, Dirección de Notarías y Registros Civiles, Ministerio de Justicia.

Circular a todos los directores provinciales de Justicia y del municipio especial Isla de la Juventud, de Consultoría Jurídica Internacional, Bufete Internacional y CONABI. 9 de agosto de 2010. Valoraciones sobre informes estadísticos correspondientes al período enero-junio 2010 para las actividades notarial y registral del estado civil. Firmada por Olga Lidia Pérez Díaz, Directora, Dirección de Notarías y Registros Civiles, Ministerio de Justicia.

Circular No.5/2010, de 26 de abril, Contentiva de las incongruencias advertidas en el informe de cumplimiento de la Resolución No.19/2002, de 22 de febrero, del ministro de Justicia, contentiva de los términos en la prestación de los servicios notariales.

Circular No.4/2011, de 14 de abril, Análisis sobre las causales de nulidad de los instrumentos públicos, emitida por la Directora de Notarías y Registros Civiles del MINJUS.

Circular No.5/2012, de 30 de abril, relativa a la evaluación del desempeño notarial en la autorización de las escrituras públicas de divorcio y su impacto como garantía de eficacia jurídica y legalidad, emitida por la directora de Notarías y Registros Civiles del ministerio de Justicia.

Comunicación contentiva de resumen de los principales señalamientos en las supervisiones integrales 2009-2010, de 11 de noviembre de 2010, por la Directora de Notarías y Registros Civiles de este organismo.

Indicación Metodológica No.1/2011, de 25 de abril, Sobre la escritura de autorización, de la Directora de Notarías y Registros Civiles del Minjus. Circular No.1/2012, de 31 de marzo, Principales deficiencias técnicas detectadas en las acciones de control sobre la aplicación e interpretación del Decreto No.292 y el Decreto-Ley No.288/2011, de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del MINJUS.

Indicación Metodológica No.2/2012, de 2 de abril, sobre la Instrumentación del Libro de Consultas, elaborada por la Directora de Notarías y Registros del MINJUS.

Acercamiento a los principios registrales desde la óptica Registro del Estado Civil

Approach to the registry principles from the perspective of the Civil Registry

Elena Rojas Estévez

Palabras clave

Principios registrales, estado civil, normas reguladoras del registro del Estado Civil, Registro del Estado Civil, publicidad registral.

Resumen

Pensar el Registro del Estado Civil en particular, así como el Derecho como totalidad, es pensar primero en los valores que a través de la norma se quieren especialmente salvaguardar, lo cual se encuentra en íntima relación con los principios registrales, consagrados de manera expresa, en el caso del Registro del Estado Civil, solo en legislaciones recientes. La doctrina encontrada se encuentra impregnada, en gran medida, por los contenidos del Registro de la Propiedad, inmersa dentro de los contenidos civiles, sin una proyección de independencia y con incidencia en el necesario grado de profundización de la materia registral, rezagada de las problemáticas reales de la contemporaneidad. De ahí, la necesidad de someter a análisis la doctrina jurídica que le sirve de fundamento a la institución en cuestión, desde una concepción relacional marxiana y gramsciana, potenciadora de una visión del Derecho como emancipación y promotor, por ende, de sociedades más inclusivas, lo cual implica el abandono de aquellas construcciones jurídicas favorecedoras de la desigualdad y la exclusión.

Abstract

To think of the Civil Registry in particular, and the law as a whole, is to think first about the values which are especially safeguarded through the standard, which is closely related to the registration principles that have been highly stated in recent legislation. Legislation where these principles are defined from the perspective of the Civil Registry, filling a gap found in the doctrine largely impregnated by the contents of

the Property Registry. As a theoretical basis is suggested for this: "rights perspective" or "the culture of rights" that tends to put human rights at the heart of public policy or measures, meaning, in this case, not a vision of government opposed to citizens, but in terms of law as emancipation, which promotes a more comprehensive view of the need for States to strengthen their institutions and promote more inclusive societies, including the elimination of those legal constructions promoting inequality and exclusion.

Key words

Civil Registry, marital status, registration principles, registration publicity

Introducción

El Registro del Estado Civil, comúnmente denominado como Registro Civil, es una institución pública garante de la captura, depuración, documentación, archivo, custodia, corrección, actualización y certificación de los actos y hechos vitales, quehacer este, vinculado a la persona y la familia que proporciona una versión oficial permanente sobre nacimientos, matrimonios, defunciones, emancipaciones, filiaciones, legitimaciones, reconocimientos y adopciones, así como cualquier otra figura sancionada por las diferentes legislaciones nacionales.⁴²

Su importancia es estructural en toda la sociedad, como el instrumento a través del cual las personas físicas prueban en forma indubitable su condición civil con las constancias que expide esta institución, así como permite a los terceros la seguridad de que lo certificado por el Registro Civil es una constancia que da plena certeza del status civil de las personas con quienes contratan o realizan cualquier acto jurídico. De tal forma, el estado coadyuva a dar una completa certidumbre de la condición civil de los individuos, precisa e incuestionable, que les permite ostentar la aptitud legal en las múltiples y complejas interrelaciones de la vida moderna.⁴³

A lo anterior se añade el valor de las estadísticas vitales derivadas de las actas relativas al estado civil, determinando la tendencia a la inclusión en ellas de otros elementos, y ampliando, con ello, la información que tradicionalmente, estas actas, han brindado. Estas estadísticas vitales derivadas de la agregación de cada acta individual, permite

⁴²López Morales, Jorge: La Acción de Nulidad Electoral.

⁴³Rivas Sánchez, René: "Consideraciones generales sobre la Institución del Registro Civil".

conocer varios fenómenos relacionados con la salud, demográficos y sociales de la población, de modo que los documentos del registro civil, en muchos países y no son meras descripciones de sucesos vitales, respuestas a preguntas tales como, "quién", "dónde" y "cuándo". En este sentido, datos relacionados con la salud agregados a las partidas de nacimiento o a los informes estadísticos adicionales complementarios a estas actas incluyen: peso al momento del nacimiento, período de gestación, edad de los padres, malformaciones congénitas observadas al nacer, etc. En las actas de defunción, por su parte, ya no es suficiente establecer la muerte de una persona, sino también la enfermedad o lesión que provocó la muerte, así como riesgos para la salud o los modos de vida, que pueden haber causado el fallecimiento o contribuido a producirlo, como el tabaquismo y la obesidad.⁴⁴

El presente texto tiene como propósito concreto introducir el tema de los principios del Registro del Estado Civil. Tiene como base inicial, una investigación realizada a solicitud del Ministerio de Justicia al Centro de Investigaciones Jurídicas de este propio organismo, a través de las Direcciones de Notaria y Registros, como parte del perfeccionamiento de la actividad registral en el país. El contenido íntegro de esta investigación no será referido, por razones de espacio, en el presente artículo, además de que algunos contenidos, como el de los principios registrales, fueron posteriormente profundizados, ya de manera independiente.

Como parte de la citada investigación se efectuó una búsqueda de la doctrina jurídica existente sobre el Registro del Estado Civil y de legislaciones reguladoras de la institución en el ámbito iberoamericano.

En relación a la legislación sobre Registro del Estado Civil, en el tema de los principios, nos referiremos a los países en cuyas legislaciones se han incorporado los principios registrales: Bolivia, España, Guatemala y Venezuela. También a la Ley modelo, en tanto incluye principios, y elaborada sobre la base de todas las leyes referidas al Registro Civil en la Región, las constituciones, los documentos elaborados por el "Programa para la Universalización de la Identidad Civil en las Américas" (PUICA), los criterios y el estudio sobre el derecho a la identidad, *corpus juris internationalis* (la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño), así como la

⁴⁴ Manual sobre sistemas de registro civil y estadísticas vitales. Normas y protocolos para la divulgación y el archivo de datos personales.

experiencia práctica del PUICA en la asistencia técnica a los registros civiles de más de 10 países en la Región.

Si bien, la legislación objeto de estudio central es la de los países donde aparecen contemplados los principios registrales de forma expresa, no quiere decir que las regulaciones sobre el Registro del Estado Civil sean omisas en el resto de los países, con respecto a dichos contenidos.

En el caso concreto del principio de publicidad, por su importancia, consideramos la pertinencia de incluir referencias más allá de los países mencionados, con la aclaración de que, aunque tratemos el principio de publicidad con un mayor detenimiento, la concepción que tenemos de los principios registrales, es de sistema, garantía del buen funcionamiento de la institución registral.

Desarrollo

Partimos de la siguiente consideración: pensar el Registro del Estado Civil en particular, así como el Derecho como totalidad, es pensar primero en los valores a salvaguardar a través de la norma, en correspondencia con las condiciones concretas de cada país y su proyecto o modelo de desarrollo en lo económico, político, social, siendo necesario, por esta razón, previo a su elaboración, el análisis de su papel en la reproducción de este proyecto, la forma específica en que lo refrenda, evitando el peligro de la repetición de patrones doctrinales y legislativos de manera descontextualizada y a crítica, sin desconocer la presencia, desarrollo y trayectoria de la doctrina jurídica, de las instituciones jurídicas cristalizadas como parte de la evolución humana hasta nuestros días.

En general, al revisar la doctrina jurídica, no es justamente la materia del Registro Civil un área de reflexión importante, mucho menos en el tema de los principios registrales, hecho extremadamente visible (y dentro de determinados parámetros, en términos de modelos epistemológicos de partida), en comparación con la doctrina generada en torno al Registro de la Propiedad que inunda casi toda la reflexión sobre los registros públicos, encontrándose, por lo general, tratada dentro de las temáticas correspondientes al derecho civil, es decir, no como una materia independiente, gravitando ello en la necesaria profundización de muchos de sus contenidos, lo cual se complementa con una enseñanza de pre-grado donde estos tienen una limitada presencia. En este sentido, en nuestro caso, es justo destacar la presencia de estudios y proyectos realizados por los propios especialistas de las Direcciones de Notaría y Registros del Ministerio de Justicia, para lograr optimizar el servicio brindado por las unidades registrales y

solucionar las deficiencias presentadas. También tenemos acercamientos a la temática registral desde el Centro de Investigaciones Jurídicas.

En investigaciones de otras áreas, salud, por ejemplo, apreciamos una carencia en la indagación sobre determinados problemas sociales, tales como la paternidad y maternidad responsable, el reconocimiento, la reasignación de sexo, el matrimonio mixto y que son también tienen incidencia sobre la salud, lo cual es lamentable al ser algunas de ellas, desde el punto de vista territorial, de gran alcance, con posibilidades de aportar información sumamente relevante. Ello nos hace dudar, incluso, acerca de la visibilidad de los mencionados problemas. Un ejemplo es *La Encuesta de Indicadores Múltiples por Conglomerados, MICS (MultipleIndicator ClusterSurvey: MICS)*.

De esta encuesta, a manera de ilustración, en Anexos (1, 2 y 3) aportamos tres tablas. La primera es un cuestionario de niños/as menores de cinco años⁴⁵ hecho a las madres, la segunda es parte de un cuestionario de hogar⁴⁶ (todos los miembros del hogar) y finalmente parte del cuestionario individual de mujeres⁴⁷ (para mujeres entre 15 y 49 años).

En el caso de la primera, observamos que la información significativa en materia registral es el dato de si el menor se encuentra registrado, no importa el cómo, y acerca de la Tarjeta del Menor, donde igualmente la respuesta está en el rango de sí o no. En la segunda, en el segmento dedicado a los menores, tenemos preguntas relacionadas con el tema de si el padre y la madre natural están vivos, si viven en la casa o donde lo hacen. Lo concerniente a la cuestión de la filiación, por solo citar uno entre otros temas necesitados de atención, no parece ser objetivo. En la última el centro de atención está en el número de hijos, si conviven o no con la madre, hijos fallecidos, etc.

Una investigación importante, aunque, de escaso alcance, no solo por la magnitud de la muestra, sino principalmente por la difusión de los resultados, garantía de su introducción en la práctica, la encontramos en la Tesis de Maestría en Derecho de Familia, “El Derecho de la Infancia a la Biparentalidad en Cuba” de la autora Daimig Sánchez de la Torre, la cual tuvo como problema de investigación la determinación de los factores socio jurídicos vulneradores del derecho de la infancia a la biparentalidad,

⁴⁵ La Encuesta de Indicadores Múltiples por Conglomerados, MICS (MultipleIndicatorClusterSurvey: MICS), p. 219

⁴⁶ *Ibidem*, pp 179-180

⁴⁷ *Ibidem*, p. 190.

conforme a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la Sociedad Cubana. Entre los resultados se encuentra la tergiversación del derecho de las mujeres a imputar la paternidad en el sentido del uso indiscriminado de su faz negativa en la práctica registral, es decir, las madres que inscriben a sus hijos sin que medie el reconocimiento del padre, supuesto recogido en el art. 48 de la Ley 51.

No es de extrañar entonces el estado de determinadas áreas de nuestra legislación y la ausencia de políticas públicas tendientes a paliar esta situación.

Por otra parte, una limitación al desarrollo de un pensamiento teórico propiciador, sobre todo, de una práctica coherente con las problemáticas y desafíos de la institución del Registro del Civil hoy, es la propia teoría desde la cual se sigue pensando el Registro del Estado Civil, la conocida como la teoría de los llamados títulos de estado: estado político o de ciudadanía, resultado del vínculo de carácter político de la persona con un determinado Estado (ciudadanos o nacionales y extranjeros); el de familia, como efecto del matrimonio (soltero, casado, divorciado o viudo), la filiación o la relación con los demás miembros del grupo familiar (ascendientes, descendientes, colaterales, por consanguinidad o afines) o extraños; y el estado individual o personal, donde se incluye el nacimiento, la edad, lucidez mental, el sexo, la muerte (mayoría o minoría de edad, capaz plena, capacidad restringida o incapacidad. Es decir, condiciones de las personas, propias, exclusivas e individualizantes, de las que dependen su capacidad de obrar, derechos y obligaciones, particulares estos inscritos en el Registro del Estado Civil y prueba del estado civil de la persona, anulables solo mediante ejecutoria del Tribunal competente. Dentro de esta doctrina se encuentra también lo conocido como posesión de estado, medio de prueba admitido en el Derecho con respecto al estado civil y conceptualizado como el ejercicio de forma constante y manifiesta del contenido de un estado determinado.

Otra perspectiva teórica se encuentra en los análisis generados en torno a los llamados derechos de la personalidad, "personalísimos" o "inherentes a las personas", como la vida, la integridad física, la libertad, el honor, la imagen, la intimidad, caracterizados como aquellos derechos que, a diferencia de los patrimoniales, "garantizan al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad", según la expresión de Gierke, o siguiendo a De Castro: "aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades"⁴⁸ También, la

⁴⁸ En: Musto, Néstor Jorge: *Derechos reales*, p 35.

llamada “perspectiva de derechos”, o la “cultura de los derechos” que tiende a hacer de los derechos humanos el eje de las políticas públicas o su medida⁴⁹.

Si bien no restamos importancia, trascendencia y utilidad a todas estas referencias, centradas en la cuestión de los derechos, nos parece que, nuestra perspectiva, cubana, socialista, debe de partir de un enfoque de los poderes públicos no como contrarios al ciudadano, sino en términos del Derecho como emancipación, potenciadora de una sociedad más inclusiva y del abandono, por ello, de aquellas construcciones jurídicas que favorecen la desigualdad y la exclusión, restos de paradigmas patriarcales de convivencia humana, supervivientes aún de manera solapada en normas, prácticas y criterios jurídicos.⁵⁰ Ejemplos que podemos encontrar en la concepción del nombre, en el tema de la no identificación con la identidad legal de género asignada al nacer, la filiación, etc, y desde dónde pueden contradecirse, en alguna medida, incluso, derechos consagrados en los principales instrumentos jurídicos de la nación, así como en aquellos internacionales de los que somos parte.

Sobre los principios registrales, específicamente, algunos autores se pronuncian de la forma siguiente: Roca Sastre⁵¹ los considera como “los criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del sistema registral, (...) conseguidos mediante la sistematización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia, manifestada en una serie de criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del sistema registral”. Casso Romero⁵² prescinde del término principios y utiliza el vocablo “presupuestos registrales”, definiéndolos como los rasgos típicos característicos de un buen sistema registral o las bases o supuestos previos para su adecuada organización.

Para Luís Alberto Alarcón Flores “Son las orientaciones capitales, líneas directrices del sistema. Resultado de la sintetización o condensación jurídica registral.”⁵³

⁴⁹ OEA: Diagnóstico del Marco Jurídico-Institucional y Administrativo de los Sistemas de Registro Civil en América Latina, p.48.

⁵⁰ La discriminación de género en el derecho y sus expresiones en la legislación y en la práctica jurídica. Serie justicia en clave de género/No 1.

⁵¹ En: González Trujillo, Dorinda: Anacronismos de la publicidad registral sucesoria.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ En: Alarcón Flores, Luís Alberto: “Principios registrales, procedimiento registral, anotaciones preventivas, bloqueo registral”.

Según Sanz, los principios registrales son las reglas fundamentales que sirven de base al sistema registral de un país determinado, y que pueden especificarse por inducción o abstracción de los diversos preceptos de su derecho positivo.⁵⁴

Rossana Mabel Ramírez afirma: “con el fin de garantizar el fiel cumplimiento de su función, los Registros deberán observar en sus procedimientos los principios registrales”, porque en cuanto a normas legales, los mismos son verdadera Ley y no simplemente enunciados o principios de carácter general, independientemente de que por su carácter general y orientador de todo el sistema, pueden –y deben – servir de base para la interpretación de las reglas particulares del ordenamiento registral, constituyendo las reglas fundamentales, extraídas de los diversos preceptos de su legislación, y base del sistema registral de un país determinado.⁵⁵

Jasmin Dumont y otras autoras definen los principios registrales como “los juicios, las reglas e ideas fundamentales que rigen u orientan y sirven de base al sistema registral de un país.”⁵⁶

La Declaración de la Carta de Buenos Aires, por su parte, aprobada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972 declara que los principios del Derecho Registral son las orientaciones fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo.⁵⁷

Expresiones tales como sistematización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia (Roca Sastre), resultado de la sintetización o condensación jurídica registral (Flores Alarcón), reglas fundamentales obtenidas por inducción o abstracción de los diversos preceptos de su derecho positivo (Sanz), reglas fundamentales extraídas de los diversos preceptos de la legislación (Rossana Mabel Ramírez) obedecen, según nuestro criterio, a un tipo de razonamiento propio de la dogmática jurídica en su versión más positivista, que desvincula al derecho de sus raíces, confinándolo a “lo otro”, general, universal, que flota por encima de la sociedad y la historia, conjunto de engranajes, órganos, ordenamientos, oficinas, etc, encargadas del funcionamiento del orden social,

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ramírez, Rossana M: “El sistema registral paraguayo”.

⁵⁶ DumontJasmin y otras autoras: “Implementación a la ley de registro y notariado en Venezuela”.

⁵⁷ *Ibidem*.

disociado de su papel en la producción y reproducción de un sistema de relaciones sociales.⁵⁸

El Registro del Estado Civil , derivado del proceso histórico de la secularización, formó parte del paquete de Registros Públicos, encargados de la garantía de la renombrada seguridad jurídica, seguridad jurídica del tráfico más específicamente, y realmente mecanismos-instituciones-partes de un sistema de producción y reproducción de un determinado sistema de relaciones sociales, capitalistas, en este caso, donde la tarea esencial del Registro Civil es acreditar el estado civil de las personas, de modo que los asientos registrados en sus libros, sobre este estado, se imponen sobre cualquier otro medio de prueba, instrumento a través del cual las personas físicas prueban en forma indubitable su condición civil con las constancias expedidas por esta institución y tiene su expresión en el llamado principio de inscripción, no sólo como uno de los principios vertebradores del funcionamiento de esta institución, si no el que por excelencia lo define. La especialista en el tema Dorinda González Trujillo asevera: “.... los Registros Públicos son organismos que tienen a su cargo la inscripción y la publicidad de los hechos, actos y contratos que han tenido acogida al cumplir los requisitos de ley, con el objetivo de otorgar seguridad jurídica al intercambio de bienes, al tráfico inmobiliario, mercantil...”.⁵⁹ Aludiendo a José M. García Collantes, la referida autora expresa que dos ideas han estado en la base del desarrollo de los Registros Públicos y son “(...) el servicio que brindan y su utilidad social, íntimamente integrados al valor de seguridad jurídica preventiva. De tal suerte, los Registros constituyen una elección previa por parte del Estado de un sistema de “barrera” para lograr tal seguridad. Esto significa que el Estado está interesado en que el tráfico jurídico se desarrolle con seguridad y eficacia, a la vez que quiere prevenir y cortar los vicios o defectos de una relación jurídica antes de que esta fructifique en un negocio que nacería, por ello, viciado. Para conseguir este objetivo, el Estado dispone que en el momento de la conclusión del negocio jurídico correspondiente, la existencia de un filtro que impida o dificulte que se cometan irregularidades. Servicio que el Estado ofrece o impone como obligatorio y que confía a

⁵⁸Yuri Moreno: La teoría relacional marxiana y lo jurídico estatal.

⁵⁹ Dorinda González Trujillo: *Anacronismos de la publicidad registral sucesoria*. Tesis (Especialista en Derecho Notarial).

determinados profesionales a los que impone una actuación rigurosa y dota de la “*auctoritas*” estatal”.⁶⁰

Resumiendo, según nuestro punto de vista, los principios no son ni sintetización o condensación jurídica registral, ni reglas obtenidas por inducción o abstracción de los diversos preceptos del derecho positivo. Son valores, conductas, un tipo de relaciones sociales, expresión de un proyecto o modelo de sociedad, cuya garantía, través del derecho se pretende. Sí concordamos con aquellos planteamientos sobre estos principios como: criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del sistema registral; bases o supuestos previos para su adecuada organización; reglas fundamentales, base del sistema registral de un país determinado; verdadera ley, enunciados o principios de carácter general, independientemente de que por su carácter general y orientador de todo el sistema, estos pueden –y deben – servir de base para la interpretación de las reglas particulares del ordenamiento registral. Su generalidad, su carácter rector de todo el sistema registral, su condición de derecho positivo, expresión de las relaciones sociales que regula, son elementos básicos, a la hora de determinar los principios registrales, es decir, de proyectar el tipo de registro necesario y, además, posible.

El estudio de la legislación da como resultado que solo una minoría de las legislaciones de los países consultados reconoce, de manera expresa, los principios registrales yes observable, como norma, su inclusión en aquellas normativas más recientes (Tabla No. 1).

También recogimos en forma de tablas (Tablas No. 2, 3 y 4), por países, en una especie de sistematización, estos principios registrales con sus definiciones, extraídos de las legislaciones que los recogen, por cuanto es en ellas donde único son conceptualizados como tales, por lo menos, en la bibliografía que pudimos consultar.⁶¹

⁶⁰En Dorinda González Trujillo: Anacronismos de la publicidad registral sucesoria. Tesis (Especialista en Derecho Notarial).

⁶¹No aparecen en todos los casos literalmente tal y como están. en la norma, por razones de espacio, pero se trató que la relación estrecha con el original no se pierda.

Tabla No.1**PAISES CON PRINCIPIOS DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL INCORPORADOS**

PAISES	FECHA
1. Bolivia	Resolución N° 094 / 2009
2. España	Ley 20/ 2011 , de 21 de julio, del Registro Civil
3. Guatemala	Acuerdo del Directorio Número 176-2008/ Reglamento de Inscripciones del Registro Civil de las Personas/12-8- 2008 .
4. Venezuel a	Ley Orgánica de Registro Civil/ (G.O. 39264 de 15/09/ 2009
5. Ley Modelo OEA	Septiembre de 2009

Tabla No.2**PRINCIPIOS DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL**

BOLIVIA		
Legislación	Principios	Definiciones
Resolución N° 094 /2009, de 12/5/ 2009 Reglamento Para la Inscripción de Nacimientos	Gratuidad	Todo acto desarrollado en las Direcciones y Oficinas de Registro Civil es absolutamente gratuito.
	Publicidad	Solicitud permanente de información sobre actos administrativos de interés, acreditando interés legítimo.
	Legalidad	Sometimiento pleno a la Ley y otras normativas.
	Buena Fe	Presunción de veracidad y validez legal de las declaraciones efectuadas por: solicitante del registro, testigos y pruebas documentales aportadas y la denuncia obligatoria al Ministerio Público de los actos ilegales advertidos.
	No Discriminació	No discriminación por la forma de inscripción de los nacimientos.

	n	
	Informalismo	No interrupción del procedimiento de inscripción por inobservancia de exigencias formales las que podrán ser subsanadas.
	Eficacia y Simplicidad	Las inscripciones de nacimientos se deben desarrollar en el menor tiempo posible, exigiéndose solo los requisitos establecidos.
Resolución N° 094 /2009, de 12/5/2009 Reglamento de Rectificación, Complementación, Ratificación y Cancelación de Partidas de Registro Civil por la Vía Administrativa	Legalidad	Sometimiento pleno a la Ley del Registro Civil de 1898 y demás disposiciones.
	Reserva Administrativa	Las Direcciones de Registro Civil obligatoriamente conocen, resuelven, todas las solicitudes de rectificación, complementación y ratificación de partidas de nacimiento, matrimonio, defunción y solicitudes de cancelación de partidas de nacimiento, excepto las que por disposición normativa vigente, sean de competencia de autoridades jurisdiccionales.
	Control Judicial	Los actos administrativos de las Direcciones de Registro Civil pueden ser impugnados judicialmente, agotados los recursos administrativos.
	Publicidad	Solicitud de información sobre los documentos del archivo histórico del Registro Civil y obtención de copias legalizadas de los mismos, acreditando un interés legítimo.
	Eficacia, Economía y Simplicidad	No debe exigirse al usuario el cumplimiento de más requisitos de los establecidos por el presente Reglamento.

Tabla No. 3

PRINCIPIOS DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

ESPAÑA

Legislación	Principios	Definiciones
Ley 20 del Registro Civil de 21/7/2011.	Legalidad	Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos.
	Oficialidad	Los Encargados del Registro Civil deberán practicar la inscripción oportuna cuando tengan en su poder los títulos necesarios. Las personas físicas y jurídicas y los organismos e instituciones públicas que estén obligados a promover las inscripciones facilitarán a los Encargados del Registro Civil los datos e información necesarios para la práctica de aquéllas.
	Publicidad	Los ciudadanos tendrán libre acceso a los datos que figuren en su registro individual. El Registro Civil es público. Las Administraciones y funcionarios públicos, para el desempeño de sus funciones y bajo su responsabilidad, podrán acceder a los datos contenidos en el Registro Civil. También podrá obtenerse información registral, cuando se refieran a persona distinta del solicitante, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo. Quedan exceptuados del régimen general de publicidad los datos especialmente protegidos, que estarán sometidos al sistema de acceso restringido.
	Presunción de Exactitud	Obligación de velar por la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extraregistral. Los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley

		(presunción). Cuando se impugnen judicialmente los actos y hechos inscritos en el Registro Civil, deberá instarse la rectificación del asiento correspondiente.
	Eficacia Probatoria de la Inscripción	La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos. Sólo en los casos de falta de inscripción (mediante acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud.) o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba.
	Eficacia Constitutiva	La inscripción en el Registro Civil sólo tendrá eficacia constitutiva en los casos previstos por la Ley.
	Presunción de Integridad. Inoponibilidad.	El contenido del Registro Civil se presume íntegro respecto de los hechos y actos inscritos. En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil.

Tabla No.4

PRINCIPIOS DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

GUATEMALA		
Legislación	Principios	Definiciones
Acuerdo del Directorio Número 176-2008 /Reglamento de Inscripciones del Registro Civil de las Personas.	Inscripción	Las certificaciones de las Actas del Registro Civil prueban el estado civil de las personas.
	Legalidad	Sometimiento a las leyes y reglamentos, dando lugar al surgimiento de la función calificadora (el Registrador determina y declara la legalidad de fondo y de forma de los documentos que se presentan para su registro).

	Autenticidad	El usuario tiene certeza y seguridad jurídica que todo lo relacionado con su estado civil está seguro y protegido por un sistema de registro eficaz, al estar el Registrador Civil investido de fe pública en el ámbito de sus funciones (presunción de veracidad de las inscripciones).
	Unidad del Acto	Las inscripciones con todos sus requisitos: calificación de los documentos, asiento del acta, firmas, anotaciones y avisos, integran un solo acto registral, por lo tanto y sin interrupción, generan las inscripciones definitivas.
	Publicidad	Facultad de conocer el contenido de los libros del Registro Civil. El Registro Civil una institución pública, los documentos, libros y actuaciones que allí se ejecutan son públicos, amparándose en la seguridad del tráfico jurídico. El Registro Nacional de las Personas se reserva la facultad de hacer pública la información en aquellos hechos y actos en que se advierta que la misma pueda ser utilizada para afectar el honor y la intimidad del ciudadano, con la excepción de la información de su residencia que constituye reserva absoluta.
	Fe Pública Registral	Las actuaciones del Registrador Central de las Personas y del Registrador Civil de las Personas, en el ejercicio de sus funciones gozan de fe pública y se tienen por auténticas, mientras no sean declaradas judicialmente nulas.
	Obligatoriedad	Las inscripciones de los hechos y actos

	d	relacionados al estado civil y demás aspectos relevantes de identificación de las personas naturales y sus modificaciones, son obligatorias ante el Registro Civil de las Personas.
--	---	---

Tabla No.5

PRINCIPIOS DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL

VENEZUELA		
Legislación	Principios	Definiciones
Ley Orgánica de Registro Civil/ (G.O. 39264 de 15/09/2009)	Publicidad	El Registro Civil es público. El Estado, a través de sus órganos y entes competentes, garantizará el acceso a las personas para obtener la información en él contenida, así como certificaciones y copias de las actas del estado civil, con las limitaciones que establezca la ley.
	Eficacia administrativa	Los procedimientos y trámites administrativos del Registro Civil deben guardar en todo momento simplicidad, uniformidad, celeridad, pertinencia, utilidad, eficiencia y ser de fácil comprensión, para la eficaz prestación del servicio.
	Información	Se informará a las personas de manera oportuna y veraz, en un lapso no mayor de tres días, sobre el estado de sus trámites y se suministrará la información que a solicitud de los demás órganos y entes públicos sea requerida, con las excepciones que se establezcan en las leyes, reglamentos y resoluciones sobre la materia.

	Accesibilidad	Las actividades, funciones y procesos del Registro Civil serán de fácil acceso a todas las personas en los ámbitos nacional, municipal, parroquial y cualquier otra forma de organización político-territorial que se creare.
	Unicidad	Cada asiento en el Registro Civil corresponde a una persona y tiene características propias de su identidad. Sólo debe existir un expediente civil por persona.
	Fe pública	Los registradores o las registradoras civiles confieren fe pública a todas las actuaciones, declaraciones y certificaciones, que con tal carácter autoricen, otorgándole eficacia y pleno valor probatorio.
	Primacía	Los datos contenidos en el Registro Civil prevalecerán con relación a la información contenida en otros registros. A tal efecto, las actas del Registro Civil constituyen plena prueba del estado civil de las personas.
	Mecanismos tecnológicos	El Registro Civil utilizará tecnologías apropiadas para la realización de sus procesos, manteniendo la integridad de la información, garantizando la seguridad física, lógica y jurídica, así como la confiabilidad e inalterabilidad de sus datos, de conformidad con lo previsto en esta Ley, los reglamentos, resoluciones dictados por el Consejo Nacional Electoral y demás normativas vigentes.
	Igualdad y no discriminación	Se prestará el servicio a toda la población sin distinción o discriminación alguna. Para los pueblos y comunidades indígenas se respetará su identidad cultural, atendiendo a sus costumbres y tradiciones ancestrales.

	Interpretación y aplicación preferente	En caso de dudas en la interpretación y aplicación de esta Ley se preferirá aquella que beneficie la protección de los derechos humanos de las personas.
--	--	--

Ley modelo elaborada por la OEA habla de principios y criterios⁶². Como principios registrales se refiere a los de Universalidad, No Discriminación e Igualdad. En cuanto a los criterios llamados de funcionamiento incluyen:

Obligatoriedad: Es función del Estado registrar a sus ciudadanos. (Aquí se resalta la importancia de la consideración del hecho de registrarse como un deber en varios Estados latinoamericanos.)

No reversibilidad y progresividad: El Estado no puede regresar a una persona a una situación de menor protección en cuanto a su derecho a la identidad.

Accesibilidad: Los servicios de las oficinas del Registro Civil deben procurar cubrir todo el territorio de un Estado, así como la posibilidad de que todas las personas tengan acceso a tales servicios.

Legalidad: Los efectos que genera una ley deben ser aplicados y respetados por los Estados y no relativizados. (En este punto se llama a tener en cuenta la situación de los países federalistas, donde el Estado no tiene control total de las normas y su cumplimiento en regiones o estados del mismo.)

Multiculturalidad: Los Estados deberán promover acciones afirmativas, teniendo en cuenta la diversidad cultural y lingüística, especialmente donde existen comunidades indígenas, para que estas poblaciones tengan acceso a los servicios e instituciones del Registro Civil.

Continuidad: Se refiere al dinamismo necesario en el Registro Civil para mantenerse actualizado y capaz de atender las necesidades cotidianas del país.

Confidencialidad: La información concerniente al derecho a la identidad que un Estado tiene y recaba, salvo excepciones previstas en la Ley, no puede ser usada libremente pues constituye parte de la esfera privada del individuo. (Aunque acota que la confidencialidad es un tema requerido de discusión al enfrentarse a la normatividad interna sobre transparencia de la información y publicidad.)

⁶²Artículo 2.

Seguridad y Veracidad de la información: El Registro Civil garantizará la seguridad de la información, las condiciones de seguridad física y jurídica, así como su protección contra falsificaciones y adulteraciones. Es responsabilidad del Estado respaldar la veracidad de la información, tanto como, por parte de los ciudadanos el brindar información certera.

Cooperación Intersectorial: Por razones de cohesión y coherencia interna, se debe buscar una eficaz cooperación entre agencias y organismos, y la complementariedad de servicios y programas.

Valoración Social: Los ciudadanos deben tener una valoración positiva sobre la importancia de estar registrados, la voluntad de interactuar con la entidad gubernamental a cargo del Registro Civil y la responsabilidad de las personas de registrar los hechos voluntariamente.

Uniformidad: Es recomendable establecer trámites y procedimientos uniformes en los sistemas de Registro Civil, así como en los casos donde el sistema cae en manos de las entidades descentralizadas, se vuelve necesario uniformar y asegurar que las normas sean armonizadas.

Unicidad: Es recomendable la tendencia hacia la generación de un número único para garantizar la certeza de la identidad individual de cada persona.

Autonomía: Es recomendable que para realizar su función en materia óptima, los Registros Civiles posean autonomía administrativa, legal y presupuestaria, para contar con independencia y despolitización de poderes públicos o intereses particulares.

Como se puede observar no hay uniformidad en la adopción, redacción, concepción de los principios registrales. Hay países que se han dotado de principios de máxima generalidad extensivos a otros registros públicos además del Registro del Estado Civil, como es el caso de Honduras y Ecuador, no recogidos en este documento, al no estar referidos específicamente el Registro del Estado Civil.

Los principios más recogidos son publicidad, legalidad, inscripción, fe pública registral, unidad del acto. Consideramos, sin embargo, la necesidad de la atención cuidadosa a cada uno de los principios y el papel que cada uno de ellos podría jugar en un óptimo funcionamiento del Registro del Estado Civil.

El principio más votado es indudablemente el de publicidad. Una sistematización de su contenido apunta a la consideración de los elementos siguientes: carácter público del Registro del Estado Civil; protección de terceros; existencia de limitaciones en su

acceso, determinado por la protección de datos personales sensibles y la exigencia de la acreditación de un interés legítimo; formas de su materialización, tales como la expedición de certificaciones, información sobre actos administrativos o documentos del archivo histórico del Registro Civil y la obtención de copias legalizadas de los mismos.

La generalidad es a establecer algún tipo de limitación al acceso a la información contenida en los registros, ya sea a las personas o a determinados datos (fundamentalmente vinculados a la filiación), a través de la solicitud de la acreditación de un interés legítimo o categorizando determinada información como reservada. No obstante, existen normas en donde prima en exceso la publicidad sobre la confidencialidad.

La ampliación de la referencia, en el caso de la publicidad, a otros países en cuyas legislaciones explícitamente no se recogen principios, como ya se había advertido proporciona la siguiente información:

De la Ley 26.413/2008, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, *Argentina* resulta clara la obligatoriedad de la acreditación para terceros del interés legítimo.

Artículo 9: Los libros, microfilmes, archivos informáticos u otro sistema similar que se adopte, no podrán ser entregados a persona alguna. Para ser exhibidos a terceros deberá acreditarse un interés legítimo (...).

Según interpretación de la letra del Decreto N° 2,128, Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil, de 10 de agosto de 1930, *Chile*, es amplísima la concepción del principio de publicidad. Incluso hay una precisión, para que no haya lugar a dudas, cuando incluye dos categorías de personas para solicitar certificados al Registro: los interesados y los que lo deseen. Lo anterior incluso adquiere una magnitud mayor cuando el contenido de los certificados puede incluir la copia íntegra de la partida, más todas las subinscripciones anotadas al margen.

Artículo 211: Podrán solicitar certificados del Registro Civil, a más de los interesados en una inscripción, todas las personas que lo deseen.

Artículo 216: Los certificados expedidos por el Servicio de Registro Civil e

Identificación deberán contener copia íntegra de la partida a que se refieren y de todas las subinscripciones anotadas al margen.

Sin embargo, el Servicio podrá expedir certificados atinentes a uno o más hechos que aparezcan en una inscripción; pero, en este caso, dejará expresa mención de esta circunstancia en el mismo certificado...

Cada Estado de los *Estados Unidos Mexicanos* tiene su propia regulación. Llama la atención la amplitud de la publicidad, en una muestra de estos Estados, escogida al azar.

Artículo 30: El Director y los Oficiales, deben expedir las constancias y certificaciones relativas al estado civil de las personas que les sean solicitadas, previo pago de los derechos fiscales correspondiente por parte de los interesados. **(Reglamento de la Ley orgánica del Registro Civil del estado de Michoacán de Ocampo, de 11 de febrero de 2005)**

Artículo 2: El Registro Civil es público, por ello toda persona puede solicitar copias o extractos certificados de las actas del estado civil así como de los documentos archivados y de las constancias de todo lo referente a la función propia de la Institución.

La certificación es el medio de publicidad de las actas y documentos que obren en los diversos archivos del Registro Civil. **(Ley del Registro Civil del estado de Jalisco, de 25 de febrero de 1995)**

Artículo 70: A quien lo solicite, previo el pago de los derechos correspondientes, deberá expedírsele certificaciones de los actos que consten en los libros del Registro y, en su caso, de los documentos relacionados con ellos en el apéndice, acompañando para el efecto los antecedentes registrales y demás datos que sean necesarios para la localización del acta correspondiente. **(Reglamento del Registro Civil para el estado libre y soberano de Quintana Roo, de 31 de diciembre de 2001).**

Artículo 115: Toda persona puede pedir testimonio de las actas del estado civil de las personas, así como de los apuntes y documentos con ellas relacionados que obren en los archivos, y el Juez estará obligado a expedirlo. **(Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, de 28 de julio de 2002)**

El Artículo 115 del Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas en *Colombia* reduce el contenido de las copias y los

certificados de las actas, partidas y folios del Registro de nacimiento a la expresión del nombre, sexo, lugar y la fecha del nacimiento, violación que, sin motivo legítimo, es considerado como contrario al derecho a la intimidad y sancionado como contravención.

Artículo 115: Las copias y los certificados de las actas, partidas y folios del registro de nacimiento se reducirán a la expresión del nombre, el sexo y el lugar y la fecha del nacimiento.

Las copias y certificados que consignen el nombre de los progenitores y la calidad de la filiación, solamente podrán expedirse en los casos en que sea necesario demostrar el parentesco y con esa sola finalidad, previa indicación del propósito y bajo recibo, con identificación del interesado.(...)

Artículo 52: La inscripción del nacimiento se descompondrá en dos secciones: una genérica y otra específica. En aquella se consignarán solamente el nombre del inscrito, su sexo, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio y general de la oficina central.

En la sección específica se consignarán, además la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre, el nombre del padre; en lo posible, la identidad de uno y otro, su profesión u oficio, su nacionalidad, su estado civil y el código de sus registros de nacimiento y matrimonio; el nombre del profesional que certificó el nacimiento y el número de su licencia.

Además, se imprimirán las huellas plantares del inscrito menor de siete años, y la de los dedos pulgares de la mano del inscrito mayor de dicha edad.

La expresión de los datos de la sección genérica constituye requisito esencial de la inscripción.

Perú: el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Decreto Supremo N° 015-98-PCM, de 23 de abril de 1998, establece limitaciones con relación a determinados datos, llamada información reservada, no a las personas que acceden al Registro. Se puede deducir que para otro tipo de información no hay ninguna limitante en el acceso.

Artículo 4: Cualquier persona puede solicitar certificaciones de las inscripciones efectuadas, de los títulos archivados que las sustentan, así como de los Archivos

Personales, las que serán expedidas de acuerdo a lo establecido en la Sección Segunda del Capítulo IV de este Reglamento.

La información reservada que contienen dichos documentos sólo se entregará al titular o a su representante con poder especial, al representante legal en el caso de menores de edad o incapaces, o a aquellas personas autorizadas por resolución judicial firme.

La Ley N° 1.266/87, Del Registro del Estado Civil, *Paraguay*, de acuerdo a su redacción establece una diferencia entre examen y expedición. En el primer caso no hay limitación, en el segundo se privilegia el interés legítimo.

Artículo 37: Cualquier persona interesada puede examinar las partidas bajo vigilancia de un funcionario.

Serán expedidos dentro de las cuarenta y ocho horas testimonios de las partidas y certificados, a quien lo solicitare y tuviere interés legítimo. (...).

En *República Dominicana* la Ley No. 659, de 17 de julio de 1944, Sobre Actos del Estado Civil, establece la limitación a determinados datos que tienen que ver con el tema de la filiación, no a la persona que accede al Registro. Es decir, puede entenderse que fuera de esta especificación el acceso es sin límites.

Artículo31: Cualquiera persona podrá pedir copia de las actas asentadas en los registros del Estado Civil. (...)

Artículo101: En los extractos y en las copias de las actas de nacimientos y de matrimonios concernientes a los hijos naturales, el Oficial del Estado Civil debe omitir toda indicación de la que resulte que la paternidad o la maternidad es desconocida.

Si se trata de un hijo natural reconocido se indicará solamente el de aquel de los padres que lo haya reconocido.

Panamá mediante la Ley del Registro Civil, texto único, 2007, si bien habla de excepciones, parece establecer la publicidad como lo general y la excepcionalidad para las limitaciones.

Artículo 25:Las actas del Registro Civil y las certificaciones y documentos que de

ellas se expidan por cualquier medio tecnológico, serán la prueba del estado civil y tendrán igual valor de documento público y auténtico que las partidas originales que les sirvieron de base. Podrá tener acceso a ellos cualquier persona, salvo las excepciones que la ley establezca.

Nuestra Ley 51, de 15 de julio de 1985, Ley del Registro del Estado Civil no contempla de manera expresa los principios registrales, lo que merecería ser pensado en caso de su modificación, y valorado, teniendo en cuenta la necesidad de su adecuación a las realidades contemporáneas de Cuba y el mundo.

Sobre la publicidad, la Ley 51, artículo 34, recoge su forma de materialización, en una confusión del todo con la parte: “Las certificaciones que acrediten el estado civil de las personas se expedirán en forma literal o en extracto, con vista a los asientos que obren en el Registro del Estado Civil”. Al no estar definido el contenido de la publicidad, no queda explícito su alcance, sugiriendo una publicidad sin limitaciones.⁶³

La doctrina recoge la tendencia generalizada a referirse a la forma de publicidad, no a ella estrictamente. Sobre esta confusión entre la publicidad y su forma afirma Hernández Gil: “la publicidad se concreta en un procedimiento constituido por una serie de actos cada uno de los cuales tiene su forma, común o especial, y el procedimiento es autónomo respecto a los actos o hechos, que por medio de él se hacen públicos”.⁶⁴

Es debatido, asimismo, el alcance de la publicidad y su relación con la confidencialidad, abarcando no solo a los datos registrales en sí mismos, sino también, a la información contenida en otras fuentes y bases de datos de los poderes públicos, no siempre relacionadas directamente con el Registro Civil, expresión de la preocupación latente conferida al exceso de información para la intimidad de las personas y el control que de ellas pudieran tener los poderes públicos. Un reflejo de estas consideraciones la

⁶³En términos similares se encontraba el artículo 8 de la Ley del Registro del Estado Civil derogada por la actualmente vigente, donde, de su redacción se podría interpretar la consagración de la más amplia publicidad, al decir que los encargados del Registro del Estado Civil facilitarían las certificaciones solicitadas de los asientos que se designen, o negativas si estos no existieran. Aquí no se conceptualiza tampoco la publicidad, la referencia es a las certificaciones como una de las formas de su materialización. Sin embargo, en una consulta evacuada por la Dirección de los Registros y del Notariado en 14 de septiembre de 1936 se comunica que las certificaciones de nacimiento, defunción, etc., se pueden solicitar acreditando interés en el asunto o poder verbal o escrito de persona de cuya inscripción de trate. El artículo 109 del Reglamento de esta Ley es consecuente con esta posición. En: Rubio Jaquez, Manuel C.: *Treinta años en el Registro Civil*, p. 275.

⁶⁴ En: Américo Atilio Cornejo: *Derecho registral*, p.2.

podemos encontrar en el Proyecto de Modelo de Legislación para Registros Civiles en América Latina (OEA), el Artículo 2 g) dice: “La información concerniente al derecho a la identidad que un Estado tiene y recaba, salvo excepciones previstas en la Ley, no puede ser usada libremente pues constituye parte de la esfera privada del individuo” precisando que “La confidencialidad es un tema que requiere discusión puesto que se enfrentaría a la normatividad interna sobre transparencia de la información y publicidad”.⁶⁵

A su vez, el documento Diagnóstico del Marco Jurídico-Institucional y Administrativo de los Sistemas de Registro Civil en América Latina, plantea que el sentido en el que hay que interpretar la publicidad del Registro del Estado Civil, es el de la prueba, ante el propio ciudadano, ante terceros o ante las autoridades, de los hechos constituyentes del estado civil, es decir, la publicidad no equivale en modo alguno al libre acceso por cualquiera a la información del Registro del Estado Civil, ni los datos registrales son y deben de ser secretos, realmente aparecen casi todos ellos reflejados en los documentos de identificación (nombre, apellidos, filiación, lugar y fecha de nacimiento). Además, las personas deben tener derecho a que nadie pueda ir al Registro y obtener copia de su certificación, en tanto estas son “dueñas” de su información registral. No se considera significativo el llamado problema de compatibilidad entre la publicidad del Registro y la confidencialidad de los datos de las personas, al tratarse de principios complementarios, existiendo el problema por que el principio de confidencialidad no aparece regulado con la suficiente relevancia.⁶⁶

Siguiendo esta misma línea, Díez-Picazo aborda la publicidad registral como una publicidad de tipo relativo, es decir, solo pueden servirse de ella quienes tengan una pretensión legítima en conocer el estado de los derechos inscritos en el Registro.⁶⁷ El interés legítimo, contenido esencial dentro del principio de publicidad, deviene entonces elemento moderador y corrector de la publicidad registral frente al derecho a la intimidad⁶⁸. Por el contrario, Prada Alvarez-Buylla⁶⁹ ve el acceso al Registro como un derecho de la sociedad a conocer cuáles son los bienes de una persona y como han sido

⁶⁵ Proyecto de Modelo de Legislación para Registros Civiles en América Latina (OEA).

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Curso de Derecho Inmobiliario, p. 119.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 118.

⁶⁹ *Ibidem*.

adquiridos. Aquí evidentemente la referencia, como casi todo lo que aparece sobre registros públicos y que ya hemos reseñado, es al Registro de la Propiedad, pero en tanto una consideración que se opone al interés legítimo, nos pareció útil traerla literalmente al resultar imposible, en este caso, prescindir de algún contenido sin afectar el sentido del texto. Además, vale la pena pensar en qué medida la sociedad necesita establecer mecanismos que impidan a las personas, amparadas y atrincheradas en supuestos como, por ejemplo, el interés legítimo, crear, en ocasiones, verdaderos problemas sociales, de magnitudes insospechadas si no se visualizan y detienen a tiempo, tal es el caso de la tergiversación del derecho de las mujeres a imputar la paternidad en el sentido del uso indiscriminado de su faz negativa en la práctica registral y su relación con la obligación de salvaguardar el principio del interés superior del niño, con trascendencia también a la cuestión migratoria, entre otras posibles consecuencias. Tal vez la publicidad ampliamente concebida, pudiera ser uno de esos mecanismos correctores o preventivos, incluso ambos, pero el tema está requerido de profundización y excede los objetivos y posibilidades de este primer acercamiento.

A manera de conclusión, consideramos que la proyección de una normativa reguladora de la institución registral, objeto de análisis, debe comenzar por una reflexión de cuales valores pretende promover, traducidos estos en principios, columna vertebral de la organización de todo el sistema registral, y a partir de los cuales se desarrollarían todos los contenidos de ellos derivados. Estaríamos en presencia, entonces, de un Registro del Estado Civil razonado y no copiado.

Anexo No. 1

CUESTIONARIO DE NIÑOS/AS MENORES DE CINCO AÑOS

REGISTRO DEL NACIMIENTO		BR
BR1. ¿TIENE O HA TENIDO LA TARJETA DEL MENOR DE (nombre)?	Sí, visto 1	1º Siguiente módulo 2º Siguiente módulo
<i>Si responde que sí, pregunte</i>	Sí, no visto 2	
¿PUEDO VERLA?	No 3	
	No sabe 8	
BR2. ¿HA SIDO REGISTRADO EL NACIMIENTO DE (nombre), O HA SOLICITADO LA TARJETA DEL MENOR DE (nombre)?	Sí 1	1º Siguiente módulo
	No 2	
	No sabe 8	
BR3. ¿SABE USTED COMO REGISTRAR EL NACIMIENTO DE (nombre)?	Sí 1	
	No 2	

CUESTIONARIO DE HOGAR

[illegible]

CUESTIONARIO INDIVIDUAL DE MUJERES

[illegible]

ARGENTINA: Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso: “Ley 26.413/2008, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”, *Boletín Oficial de la República Argentina*, Año CXVI, número 31.504, 6 de octubre, Buenos Aires, 2008, www.boletinoficial.gov.ar

BOLIVIA:“Reglamento Para la Inscripción de Nacimientos”, sereci.oep.org.bo/sereci/forms/03%20REGLAMENTO%20PARA%20INSCRIPCION%20DE%20NACIMIENTOS.pdf, 22 de Mayo de 2015.

.....“Reglamento de Rectificación, Complementación, Ratificación y Cancelación de Partidas de Registro Civil por la Vía Administrativa, <http://sereci.oep.org.bo/sereci/forms/04%20RES%2080%20TRAMITES.pdf>, 22 de Mayo de 2015.

..... Decreto Supremo N° 24247/96, www.lexivox.org/norms/BO-DS-24247.shtml
CHILE: “Decreto N° 2,128, Reglamento orgánico del servicio de Registro Civil”, de 10
de Agosto, Santiago de Chile, 1930,
web.minjusticia.cl/minjus/resourcesmodule/download_resource/id/54/src/@random4a14f7a00fe1e/, 23 de mayo de 2012.

COLLANTES R., GUILLERMO: “¿El sistema registral peruano de inscripción o de transcripción? y el contenido del asiento de inscripción”,
www.monografias.com/trabajos35/sistema-registral-peruano/sistema-registral-peruano.shtml#sistema, 28 Junio 2012.

COLOMBIA: Decreto 1260 de 1970, www.registraduria.gov.co/DECRETO-1260-DE-1970.html, 28 Junio 2012.

DUMONT, JASMINY otras autoras: “Implementación a la ley de registro y notariado en Venezuela”, Primer Congreso de Derecho Registral de Paraguay, Junio 2006, www.cadri.org/implementacion-a-la-ley-de-registro-y-notariado-en-venezuelapor-jasmin-dumont-y-otras-autoras/&cat=, 28 de junio de 2012.

ECUADOR: “Proyecto de Ley del Sistema Nacional de Registros de Datos Públicos, Quito”, 2009, asambleanacional.gov.ec/tramite-de-las-leyes.html, 22 mayo 2012.

ENCUESTA DE INDICADORES MÚLTIPLES POR CONGLOMERADOS, MICS (MULTIPLE INDICATOR CLUSTER SURVEY: MICS), 2014, Cuba. Dirección de Registros Médicos y Estadísticas de Salud-MINSAP-Fondo de Naciones Unidas para la infancia-UNICEF, junio 2015.

ESPAÑA: “Ley 20 del Registro Civil”, *Boletín Oficial del Estado*, Núm. 175, 2011, www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1215197611129/Detalle.html?param1=2011, 22 de mayo de 2012.

GONZÁLEZ FERRER, YAMILA (Coordinadora): La discriminación de género en el derecho y sus expresiones en la legislación y en la práctica jurídica. Serie justicia en clave de género/No 1.

www.lex.uh.cu/sites/default/files/SOC.%20DE%20DER.%20CIVIL%20Y%20DE%20FAMILIA%20-%20G%C3%A9nero%20en%20el%20Derecho-%20da.%20Parte.pdf

GUATEMALA: “Ley del Registro Nacional de las Personas”, 2005, www.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20leyes/2005/pdfs/decretos/D090-2005.pdf, 22 de mayo de 2012.

.....Directorio del Registro Nacional de las Personas: “Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de las Personas”, 2008, biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/codigo.pdf, 22 de mayo de 2012.

HERNÁNDEZ TRUJILLO, DORINDA: Anacronismos de la publicidad registral sucesoria, Tesis de Maestría (Especialista en Derecho Notarial), Ciudad de La Habana, Cuba, 2009. Aportado digitalmente por la autora para el desarrollo de la referida investigación.

HONDURAS: Congreso Nacional: “Ley del Registro Nacional de Personas”, Tegucigalpa, 2004, www.rnp.hn/wp-content/uploads/2011/02/LEY-RNP-CON-REFORMAS.pdf, 22 de mayo de 2012.

.....Directorio del Registro Nacional de las Personas: “Reglamento de la Ley del Registro Nacional de las Personas”, Tegucigalpa, 2005, www.estudiagratis.com/showCourse.php?a=932&b=1&h=0C97F81C4B8081D45B38032E471CBFA6, 22 de mayo de 2012.

JORGE MUSTO, NÉSTOR: *Derechos reales*, Tomo 1, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina 2000, es.scribd.com/doc/30066216/Derechos-Reales-Tomo-I-Nestor-Jorge-Musto

LÓPEZ MORALES, JORGE: La acción de nulidad electoral, Tesis (Licenciatura en Derecho), Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, www.ij.ucr.ac.cr/tesis/2011?page=2, 18 de Octubre 2013.

MÉXICO: Poder Ejecutivo del Estado: “Reglamento de la Ley orgánica del Registro Civil del Estado de Michoacán de Ocampo”, Periódico Oficial, 11 de febrero, tomo CXXXV, núm. 50 de 11, Morelia, Michoacán de Ocampo, 2005 www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/MICHOACAN/Reglamentos/MICHREG14.pdf, 23 de mayo de 2012

.....Acuerdo del Ciudadano Gobernador Constitucional del Estado: “Ley del Registro Civil del Estado de Jalisco”, de 31 de octubre de 1996, programas.jalisco.gob.mx/pdfLeyes/Reglamento%20del%20Registro%20Civil%20Jalisco.pdf, 23 de mayo de 2012.

.....“Reglamento del Registro Civil para el estado libre y soberano de Quintana Roo”, de 31 de diciembre de 2001, www.cozumel.gob.mx/transparencia/documentos/C%C3%93DIGO%20CIVIL%20PARA%20EL%20ESTADO%20LIBRE%20Y%20SOBERANO%20DE%20QUINTANA%20ROO.pdf, 22 de mayo de 2012.

.....“Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal”, de 28 de julio de 2002, www.consejeria.df.gob.mx/contenidos/registroCivil/documentos/ReglamentoRegistroCivilDF.pdf, 28 de mayo de 2012.

MORENO, YURI: La teoría relacional marxiana y lo jurídico estatal. <http://ruthcasaeditorial.org/indice-68-frances-40-mayos-despues/>.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS: Diagnóstico del Marco Jurídico-Institucional y Administrativo de los Sistemas de Registro Civil en América Latina. Programa para la Universalización de la Identidad Civil en las Américas. Secretaría de Asuntos Políticos Organización de los Estados Americanos, Agosto 2008, www.rnp.hn/wp-content/uploads/2012/11/Diagnostico-Legal-Administrativo.pdf, 2 de junio de 2011.

.....Proyecto de Modelo de Legislación para Registros Civiles en América Latina, 64.150.160.107/cmse/wp-content/Ley-Modelo-de-RRCC.pdf, 2 de junio de 2011.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Manual sobre sistemas de registro civil y estadísticas vitales. Normas y protocolos para la divulgación y el archivo de datos personales, Nueva York, 1999, unstats.un.org/unsd/publication/SeriesF/SeriesF_70S.pdf, 2 de junio de 2011.

PARAGUAY: “Ley N° 1.266/87, Del Registro del Estado Civil”, www.cej.org.py/games/Leyes_por_Materia_juridica/CIVIL/LEY%20N%C2%BA%201266.pdf, 22 mayo de 2012.

PERÚ: “Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil”, Decreto Supremo N° 015-98-PCM, de 23 de abril de 1998, www.miraflores.gob.pe/Gestorw3b/files/pdf/5192-1345-135-81-reglamentoreniec.pdf, 22 de mayo de 2012.

RAMÍREZ, ROSSANA M. Y CANO GONZÁLEZ IRMA E: “El sistema registral paraguayo”, Primer Congreso de Derecho Registral de Paraguay, Junio 2006, www.cadri.org/el-sistema-registral-paraguayo-por-rossana-mabel-ramirez/&cat=, 28 Junio 2012.

REPÚBLICA DOMINICANA: “Ley No. 659, de 17 de julio de 1944, Sobre Actos del Estado Civil”, www.oas.org/dil/esp/Ley%20No.%20659,%20del%2017%20de%20julio%20de%201944,%20sobre%20Actos%20del%20Estado%20Civil%20Republica%20Dominicana.pdf, 24 mayo 2012.

RIVAS SÁNCHEZ, RENÉ: “Consideraciones generales sobre la Institución del Registro Civil”, www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n25/AJ25_001.htm , 2 de junio de 2011.

SANTAELLA, CARLA: “Innovaciones de La Ley Orgánica del Registro Civil Venezolano”, www.monografias.com/trabajos91/, 28 Junio 2012.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, DAIMIG: El Derecho de la Infancia a la Biparentalidad en Cuba, Tesis de Maestría (Derecho de Familia), Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, enero 2009. Aportado digitalmente por la autora para el desarrollo de la presente investigación.

TRUJILLO GUERRA, LUÍS: Reseña de Legislación "Ley Orgánica de Registro Civil", Cuestiones Jurídicas, vol. 4, núm. 1, enero-junio, 2010, Universidad Rafael Urdaneta, Venezuela., redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=127514959006, 28 Junio 2012.

VENEZUELA: “Ley Orgánica de Registro Civil”, Caracas 2009, archivologo.blogcindario.com/2010/04/02482-ley-organica-de-registro-civil.html, 22 de mayo de 2012.

Derecho Administrativo y Rural

Los contratos agrarios, la tierra y la actividad productiva en Cuba

Agricultural contracts, land and production in Cuba

Roy Ramón Philippón

Resumen

El debate existente acerca del contrato agrario nos muestra múltiples tendencias teóricas orientadas a definir su esencia, papel, características y manifestaciones. No cabe duda del esfuerzo desarrollado por la ciencia jurídica a fin de comprender sus regularidades relacionadas con el ciclo biológico y productivo, las fuerzas de las políticas agrarias, las necesidades económicas del sector agrario, los sistemas de propiedad en el campo, el tipo de intervencionismo público y administrativo y otros factores que lo tornan un instituto complejo dinámico y polémico. Con este trabajo no se pretende agotar las múltiples miradas de contrato agrario, solo busca enfatizar en la necesidad de brindar una mayor atención por parte de la doctrina y de la legislación cubana.

Palabras clave: Derecho agrario, contrato, contrato agrario,

Abstract

The present debate on agricultural contract shows multiple theoretical trends aimed at defining its essence, role, characteristics and manifestations. No doubt the actions by the legal science in order to understand its regularities related to the biological production cycle and the strength of agricultural policies, the economic needs of agriculture, property systems in the field, the types of public and administrative interventions and other factors that make it a dynamic and controversial complex procedure. This work is not intended to exhaust the multiple views of the agricultural contract, but to emphasize the need to be more taken into account by the doctrine and the Cuban legislation.

Keywords

Agricultural law, contract, agricultural contract,

Introducción

La Teoría clásica ofrece una perspectiva caracterizada por el Derecho civil, en contraposición a las características de la actividad agraria, con una dinámica que solo teniendo autonomía puede resolver y que ha ido rompiendo las conceptualizaciones que se han arraigado en la práctica del Derecho, para ir creando sus propios métodos e identidad propia, por lo que sería justo la realización de algunas miradas a importantes agraristas que en distintas latitudes, les han dedicado sus análisis y reflexiones al contrato agrario, desde que Bolla en el año 1938, trata de establecer los principios por los cuales se base el Derecho agrario como disciplina autónoma y centra el tipo de contrato agrario en la empresa agraria.⁷⁰

Desarrollo

El tema del contrato agrario ha merecido la atención de importantes agraristas en el trascurso del surgimiento y evolución del Derecho agrario, hasta el moderno y contemporáneo.⁷¹ Sobre el mismo, se ha teorizado lo suficiente en cuanto a su sumisión a la teoría general del contrato y al contrato civil, por lo que me concentraré en el tema de los contratos agrarios en Cuba, donde este instituto no ha sido lo suficientemente tratado en las investigaciones científicas realizadas, ni en las producciones literarias, siendo mi propósito realizar un acercamiento a este instituto en la actualidad cubana.

2. Los contratos agrarios, aunque tienen como denominador común la tierra que se cede para la realización de la actividad productiva, lleva implícito un desplazamiento patrimonial⁷² y el hecho técnico de la obtención de los frutos naturales del ejercicio de la Agricultura, a la que se refiere Massart, sin que la tierra y su explotación dejen de ser elementos que están presentes.⁷³ En el Derecho agrario contemporáneo se va más allá, donde están presentes actividades muy disímiles y conexas, donde “el contrato agrario viene a ser el instrumento usado... a fin de obtener los medios para el ejercicio de la actividad agraria”⁷⁴

⁷⁰ Ángel Sánchez Hernández: Teoría general del Contrato Agrario, en Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental eurolatinoamericano, Edizioni ETS, Pisa, Italia, 2001.p 201.

⁷¹ Entre los que podemos mencionar a De Ruggiero, Galloni, Panuccio, Carrozza, Brebbia, Guerra Dianieri, De Los Mozos, Frassoldati, Carrara, Irti, hasta Massart, Malanos y [Ángel](#) Sánchez.

⁷² Ángel Sánchez Hernández: Teoría general.... Ob. Cit. P.204.

⁷³ Alfredo Massart: Revista de derecho agrario y alimentario, Año nº 1, Nº 2, 1985 , págs. 12-17.

⁷⁴ A. J. Meza Lazarus: El Contrato Agrario. Revista Judicial. Año XVII. Septiembre 1992. Poder Judicial. San José, Costa Rica. Pp. 169- 178. www.cijulonlinea.ucr.ac.cr.p.5.

Muchos autores han tratado de expresar definiciones del contrato agrario por los que citaremos algunos:⁷⁵

Giangastone Bolla, *“Contratos agrarios son aquellos que en su estructura esencial, se presentan como un negocio típico constituido entre el propietario del fundo destinado a la producción agraria y aquel que lo explota con la finalidad de recoger frutos”*.

Ballestero y Costea, *“Aquellos contratos que tienden a desarrollar la actividad agrícola mediante el cultivo y la producción de 1a tierra”*.

Vivanco, *“Contrato agrario es la relación jurídica convencional que consiste en el acuerdo de voluntad Común, destinado a seguir los derechos y obligaciones de sujetos intervinientes en la actividad agraria, con relación a cosas o servicios agrarios”*.

Rosas, *“El contrato agrario se regula por los principios generales inherentes a los contratos de Derecho Común en lo concerniente al acuerdo de voluntades y al objeto que los define como agrarios es el acuerdo de voluntades que se celebra con el fin o la intención de permitir la explotación agraria”*.

Sánchez Hernández: *“Considero que el contrato agrario es aquel cuya finalidad típica es la obtención de un rendimiento económico mediante la atribución de una titularidad de aprovechamiento de los bienes destinándolos a la producción agrícola, citrícola o ganaderas con fines de mercado”*.⁷⁶

Castro Salas y Acuña Navarro afirman que los autores costarricenses Ricardo Zeledón, Ricardo Guerrero y Álvaro Meza sostienen que "En la actualidad, la noción de contrato agrario varía profundamente, sobre todo a raíz del diverso significado atribuido al adjetivo agrario, ya la noción de agricultura no viene relegada al régimen propietario y al mero ejercicio del derecho de propiedad, sino que, con la adopción de ésta como piedra angular de la economía, el contrato agrario comienza a identificarse con la actividad de producción desarrollada por el agricultor, y, por tanto, con el complejo de actos y relaciones que tienen como finalidad la organización de una empresa agrícola".

75 R. Castro Salas y Z. L. Acuña Navarro, (1990). Bases para la Conceptualización de una Teoría General del Contrato Agrario en Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp. 9-17. www.cijulonlinea.ucr.ac.cr, p.2.

Ídem. P.7

⁷⁶ Ángel Sánchez Hernández: Teoría general del Ob. Cit. P. 201.

Meza Lazarus, se refiere a que varios autores realizan enunciaciones a manera de “*principios, dogmas o características que han de regir la contratación agraria*” y que cometen el error de ser específicos y muchos de ellos carentes de fundamentos.⁷⁷

Entonces estamos ante una situación que se presenta en cada país de una manera diferente de acuerdo a las propias leyes del desarrollo social y las características específicas y de las políticas agrarias que se hayan establecido.

No habiendo una definición específica, podemos identificar como los más generales y que pudieran estar presente en los más disímiles confines, que siempre tendrán sus matices de acuerdo a lo dicho *up supra*, los siguientes:

- a) contratos de créditos agrarios;
- b) contratos de asignación de tierras;
- c) contratos de arrendamiento de fundos;
- d) contratos agrarios de asociación;
- e) contratos agroindustriales; y
- f) contratos de compraventa agraria.

Hay estudiosos que también consideran como agrario, el contrato de mano de obra o de trabajo, que en muchas ocasiones no están regulado por el Derecho agrario,⁷⁸

3. Cuba, como Argentina no puede seguir la misma senda como expresa de Bianchetti, ya que no tenemos “*regulada la empresa agraria como tal*”⁷⁹ aun cuando se comparta una variedad de relaciones jurídicas contractuales, propias del ámbito agrario por lo que

77 A. J. Meza Lazarus: El Contrato Agrario Ob. Cit. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr, P.8

"En el Derecho Agrario la autonomía de la voluntad se encuentra totalmente restringida". (Campagnale)
"También debe venderse el plazo de los contratos agrarios como una de sus características porque la naturaleza de dichos contratos hace que ocurra una constante con respecto al plazo, este debe ser amplio". (Brebba). "El contrato agrario constituye el medio mediante el cual el futuro empresario procurándose el goce temporal de la tierra se asegura el elemento fundamental de la organización económica de la empresa agrícola". (Basanelli). "El contrato agrario es contrato para la empresa agraria, esto es, que tiene en la empresa agrícola su causa". (Galloni)

78 R. Castro Salas, y Z. L. Acuña Navarro: (1990). Bases para.... Ob. Cit. Pp. 9-17.

79 Esther de Bianchita Alba: Teoría general de los contratos agrarios. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr, Facultad de Derecho, Cs. Sociales y Políticas - UNNE.9 de Julio 1049 - Local 5 - (3400) Corrientes - Argentina. Tel./Fax: +54 (03783) 434569 E-mail: albab@arnet.com.ar.

coincido con lo expresado por el Dr. Eduardo Pigretti, cuando dijo “los contratos agrarios constituyen un reflejo cierto de lo que está pasando en el campo. De ahí su enorme valor como fuente del derecho agrario, ya que las leyes van oportunamente a regular estas relaciones jurídicas nacidas de las reales necesidades de los productores agropecuarios” y digo más; los intereses públicos de los países que han asumido responsabilidad, en la función social que la tierra ha de cumplir, hacen un intervencionismo mediante leyes especiales, para regular el tipo de relación en el ámbito agroindustrial, lo que se convierte en una necesidad jurídica, económica, social y política de los estados.

3.1. Pudieran considerarse como los primeros contratos agrarios que se produjeron en Cuba, el repartimiento de tierras que se realizaron por los cabildos en la etapa de la colonización a partir del año 1520, mediante 3 clases de mercedes:⁸⁰

1. los hatos, fincas de cría de ganado con un radio de dos leguas;
2. los corrales para la cría de ganado menor con un radio de una legua; y
3. los sitios de labor, para el cultivo de frutos menores.

La merced más antigua de que se tiene noticia literal, es la otorgada por el cabildo de Sancti Spíritus en 1536, a Fernando Gómez.

Antes de 1959, como reza en uno de los por cuantos de la Ley de Reforma Agraria, los contratos agrarios de uso más frecuente, eran “el contrato de aparcería y el sistema de censos, que desalientan al cultivador, creándole obligaciones inequitativas, antieconómicas y, en muchos casos, extorsionadoras, e impidiendo así el mejor aprovechamiento de las tierras. También eran frecuentes los contratos de colonatos, arrendamiento y de hipoteca”.⁸¹

⁸⁰Ver: Roy Ramón Philippón: Formas de Tenencia de la Tierra en Cuba Su Evolución en el Ámbito de Desarrollo Productivo, Económico y Social, VI Congreso Internacional, C.A.D.A. San José, Costa Rica, 2005.

| -Según la autora, por una Provisión Real de 31 de agosto de 1520, se confirmó el repartimiento de tierras, hecho hasta entonces por el Gobernador y los Consejos y que se hizo uso común por los cabildos de proporcionar tierras a los vecinos que la solicitaban (dándose así el paso inicial en la apropiación de la tierra cubana con el propósito de fomentar la población). En el expresado texto también aparece la copia de la merced más antigua de que se tiene noticia literal, que es la otorgada por el cabildo de Sancti Spíritus en 1536, a pedimento de Fernando Gómez, lo que sentó jurisprudencia y, tanto el cabildo de Sancti Spíritus como los demás, continuaron mercedando tierras en idéntica forma sin consultar al Rey. Estas mercedes eran de 3 clases:

| -los hatos, fincas de cría de ganado con un radio de dos leguas.
| -corrales para la cría de ganado menor con un radio de una legua.
| -los sitios de labor, para el cultivo de frutos menores.

81 Ley de Reforma Agraria, de 17 de mayo de 1959, GOE. No.7 de fecha 3 de junio de 1959.

En la propia Ley, el artículo 33 en relación con el 34 dispuso, que las propiedades recibidas gratuitamente en virtud de los preceptos de la misma, no podrán ser objeto de contratos de arrendamiento, aparcería, usufructo o hipoteca, lo que de hecho, restringe los contratos agrarios con particulares.

4. Los contratos agrarios más usuales en Cuba, son los de asignación de tierras y los agroindustriales. Se dice del contrato de asignación de tierras, que debe hacerse una referencia a potestades de imperio y prerrogativas en favor del ente adjudicante, lo que sería inconcebible en otros contratos agrarios, por lo que ha sido calificado como contrato mixto.

4.1. A partir de la década de los años 90 del Siglo XX, como consecuencia del desplome del campo socialista, Cuba que tenía su infraestructura y medios de producción asegurados, se desestabiliza económicamente al perder repentinamente sus mercados; falta el combustible, los fertilizantes, las piezas de repuestos, se produce un desabastecimiento feroz que atenta contra la agricultura que cae en crisis y se hace necesario adoptar un conjunto de medidas encaminadas a revitalizarlas; la alimentación de la población se redujo y se hizo imprescindible poner a producir las tierras que estaban improductivas a toda costa y buscar la eficiencia en su explotación. Es entonces cuando, por resoluciones del Ministro de la Agricultura, se autorizaron entregas de tierras estatales ociosas en usufructo, que se materializaron mediante contratos agrarios, que se concertaron con la empresa estatal que tenía la tierra en administración, estos fueron:

1. Contrato agrario, para la entrega de tierras agropecuarias en usufructo a las Cooperativas de Producción Agropecuaria, siempre que las que poseyeran, estuvieran en buen estado de explotación⁸².
2. Contrato agrario, para la entrega de tierras agropecuarias en usufructo para el autoabastecimiento de las empresas y sus trabajadores.⁸³

4.2. El Decreto Ley 142, Sobre las Unidades Básicas de Producción Cooperativa, de 25 de septiembre de 1993, propició el desarrollo del contrato agrario en Cuba, siendo el

⁸² Resolución No. 289 de 15 de mayo de 1990 del Ministro de la Agricultura.

⁸³ Resolución No. 140 de 4 de mayo de 1992 del Ministro de la Agricultura.

proceso redistributivo de tierra más grande que se produjera; después de la Ley de Reforma Agraria.⁸⁴ Tenía como sustento los artículos números 15 y 17 de la Constitución de la República de Cuba -reformada en referéndum popular en el año 1992-, que preceptúan, que los bienes de propiedad estatal socialista, de todo el pueblo pueden trasmitirse excepcionalmente en propiedad a personas naturales o jurídicas a empresas estatales y otras entidades autorizadas y que el Estado podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de administrar los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo, cuya estructura, atribuciones, funciones y relaciones son reguladas por la Ley.⁸⁵

Las UBPC para ser creadas necesitaban autorización administrativa del Delegado del Ministerio de la Agricultura o del Azúcar, entidades que constituyen un híbrido entre la forma de propiedad estatal y la propiedad cooperativa, pero que no llegan exactamente a ser una o la otra, sino que es algo “sui generis”, es un aporte, una innovación; una novedad en las formas de organización de la producción, a mi juicio, así debemos verla y esta forma de propiedad está tipificada en el Código Civil, Ley No. 59, Libro Segundo, Título II, capítulo II, sección Sexta, artículo 160, numeral 2, Otras formas de Propiedad, entre las que se menciona “Otras personas jurídicas de características especiales”.⁸⁶

Evidentemente que esta forma de organización de la producción agropecuaria aporta nuevos conceptos que enriquecen el Derecho agrario cubano, al instituto del Usufructo y el resurgimiento de este importante contrato agrario de asignación de tierra, para crear una empresa agraria, que consiste en:

Un Convenio con un colectivo obrero, al cual se le entrega de tierra estatal en usufructo, para crear una empresa agraria que se denominó Unidades Básicas de Producción

⁸⁴Roy Ramón Philippon: Las UBPC como forma de propiedad, La Habana, 2001. “Indudablemente que la creación de la UBPC, es el hecho más importante que se produce en Cuba, en la forma de la tenencia de la tierra, posterior a la Ley de Reforma Agraria, pues aproximadamente el 90 % de la Tierra de los ministerios de la Agricultura y del Azúcar pasan a posesión de los trabajadores en usufructo y como organización económica social no tiene precedentes, pues es una fórmula distinta, se diferencia de las Cooperativas Cañeras, que se constituyeron a raíz de la Ley de Reforma Agraria, pues ésta es una unidad de producción donde sus miembros siguen siendo obreros y reciben la tierra en usufructo por lo que sólo son posesionarios y tienen autonomía en la gestión”

⁸⁵Constitución de la República de Cuba, GOE No, 3 de 31 de enero de 2003.

⁸⁶Ibídem.

Cooperativa (UBPC) que tendrían como objeto la producción agrícola, cañera, no cañera y pecuaria.

Aquí se cumple el principio, de que en el contrato agrario se otorga la tierra para crear una empresa agropecuaria, pues las UBPC desde el punto de vista funcional y organizativo se rigen por normas y principios, que es contenido del Derecho administrativo, pues deben tener un Reglamento Interno, donde están contenidas sus estructuras, misiones, funciones; sus derechos y obligaciones, como persona jurídica y deberes para sus miembros.

El contrato se firmaba entre el Complejo Agroindustrial o la Empresa Agropecuaria; pero su perfeccionamiento no se producía, hasta que los trabajadores que integraban las UBPC, hubiesen firmado con este, un Convenio, el que se registraba en el Registro Estatal de Entidades no Estatales y era entonces que comenzaba a realizar la actividad agropecuaria, para la que se había otorgado la posesión de la tierra. Esta situación cambió y en la actualidad la Constitución de la UBPC es autorizada únicamente por el Ministro de la Agricultura en virtud del Acuerdo No. 7271 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministro, de 19 de julio de 2012.

4.3. El Decreto Ley 142, también sirvió de fundamento jurídico, para el establecimiento de otros contratos agrarios de asignación de tierra tales como:

- a) Contrato agrario, para la entrega de tierras agropecuarias en usufructo para el autoconsumo familiar, el que se entregaba a aquellas personas jubiladas o que laboraran en actividades no agropecuarias, para el autoconsumo familiar, se trataba de tierras que por su ubicación no pudiera compactarse para la explotación por entidades agropecuarias o agricultores pequeños.⁸⁷
- b) Contrato agrario, para entrega de tierras en usufructo, para el desarrollo del cultivo del tabaco.⁸⁸
- c) Contrato agrario, para entrega de tierras en usufructo, para el desarrollo del cultivo del café.⁸⁹

⁸⁷ Resolución No. 356 de 28 de septiembre de 1993 del Ministro de la Agricultura, que posteriormente fue modificada por la Resolución 852 de 27 de octubre de 2003.

⁸⁸ Resolución No. 357 de 28 de septiembre de 1993 del Ministro de la Agricultura.

⁸⁹ Resolución No. 419 de 29 de junio de 1994 del Ministro de la Agricultura.

d) Contrato agrario, para la entrega de tierras agropecuarias, forestales y cañeras en usufructo a los agricultores pequeños, para ampliarle la que poseyeran en propiedad o en usufructo, si las primeras las tuvieran en buen estado de explotación.⁹⁰

e) Contrato agrario, para la entrega de tierras agropecuarias, forestales y cañeras en usufructo a las Cooperativas de Créditos y Servicios, siempre que las que poseyeran sus socios en propiedad o en usufructo y estuvieran en buen estado de explotación.⁹¹

La legislación cubana ha propiciado el nacimiento de otros contratos agrarios como:

a) Contrato de arrendamiento de suelo para pastos de ganado.

b) Contrato de recomendaciones científicos técnicos.

c) Contrato de arrendamiento de tierras (al Estado).

d) Contrato de prestación de servicios al sector campesino.

e) Contrato de Comercialización agropecuaria.

4.4. En el año 2008, a partir de la agudización de la crisis económica, global y alimentaria en todo el mundo, de la cual no escapó Cuba, y teniendo en cuenta la cantidad de tierra estatal ociosa de que disponía, se pone en vigor el Decreto-Ley No. 259 “Sobre la entrega de tierras estatales ociosas en Usufructo”, de 10 de julio de 2008,⁹² Con ella se da paso a otro proceso redistributivo de tierras de gran envergadura, que comprende a personas naturales y jurídicas en disposición de cultivarla, originando más de 174 000 contratos agrarios de asignación de tierra, de ellos más 170 000 a personas naturales.

Antes del año 2008, estos contratos se establecían, entre las empresas que administraban las tierras y el usufructuario, y a partir del mencionado Decreto Ley 259, entre el Delegado del Ministerio de la Agricultura como Autoridad estatal y el usufructuario; empero el Decreto Ley 300, estableció de nuevo que el contrato se concertará entre las empresas y los usufructuarios, pues es realmente la empresa estatal, la que tienen la tierra en administración.

⁹⁰ Resolución No. 323 de 29 de junio de 1995 del Ministro de la Agricultura.

⁹¹ Resolución No. 368 de 12 de octubre de 1998 del Ministro de la Agricultura.

⁹² Este Decreto Ley, fue derogado por el Decreto-Ley No. 300 “Sobre la Entrega de Tierras Estatales Ociosas en Usufructo”, de 20 de septiembre de 2012, para ampliar las facilidades y para extender la cantidad de tierra a entregar hasta 67.10 hectáreas y otras facilidades, posteriormente se modificaron algunos artículos a través del Decreto Ley 311.

4.5. En el caso de la agroindustria azucarera, los integrantes de la UBPC firman un convenio (contrato agrario) con la Empresa Azucarera, para su ejercicio como empresa agraria, para la siembra, cultivo, cosecha y compraventa de la caña de azúcar. La Empresa Azucarera también firma este tipo de contrato con las Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS) y las Cooperativas de Producción Agropecuarias (CPA), así como con los agricultores pequeños, que pueden ser propietarios o usufructuarios de tierra, constituyendo estos verdaderos contratos agroindustriales, aunque en ninguna norma jurídica, así lo conceptualice.

Los contratos agroindustriales han devenido en modernas concepciones como la de integración vertical y horizontal para fundamentar que el **mismo no es un simple contrato de compraventa, sino un tipo de contrato agrario.**⁹³ En el caso de Cuba, cuando este se firma entre una Empresa Azucarera y un productor cañero, este no culmina con la entrega de la caña de azúcar por este último, pues existe un procedimiento para el pago de la caña por la calidad, que regula el Grupo Azucarero (AZCUBA) sucesor de lo que fue el Ministerio del Azúcar, en los cuales hay indicadores que acrecientan el pago de la tonelada métrica de caña. El precio de la caña también está sujeto al comportamiento del precio de comercialización del azúcar en el mercado internacional, por lo que también cumple el requisito, de ser un **contrato de duración**, porque no se agota hasta que se hace el pago de la liquidación final.

En la doctrina mucho se ha debatido sobre este contrato, si tiene una causa específica vinculada a la función jurídica de cada uno, que motiva a las partes a concertarlo; como algunos afirman que tienen una motivación jurídica y otra genérica, que han llegado a distinguirla en: constitutivo de empresas y para el ejercicio de la empresa.

Los contratos agroindustriales han estado definidos por elementos peculiares derivados de los aspectos organizativos de la relación agricultura-industria, a diferencia de otros contratos agrarios, lo que no ha sido regulado en muchos países.⁹⁴ Este es el caso de

⁹³ Este análisis ha estado presente en la fundamentación de sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 123 de las quince horas del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno www.cijulenlinea.ucr.ac.cr.p.10.

⁹⁴ Conforme señalaba el profesor Carrozza "las relaciones entre la agricultura y la industria asumen nuevos aspectos organizativos porque hasta hace poco tiempo los agricultores, para comercializar la producción destinada a la elaboración industrial, recurrían naturalmente a relaciones contractuales individuales sobre la base del contrato de compraventa del derecho común, y cada una de las partes en el contrato se reservaba el más amplio derecho de producir y de transformar según sus propios intereses sin que se entrecruzaran relaciones en cuanto al modo de producción, ya sea en cuanto a la cantidad y a la

Perú, donde la legislación tampoco se ocupó de regular el contrato agroindustrial, por lo que hasta ahora predominan los sistemas en los cuales las empresas agroindustriales fijan las características, calidad, cantidad y precio que deben pagar a los agricultores por sus productos siendo válida la afirmación de Laureano del Castillo cuando escribe, *“que ante la ausencia de regulaciones la parte más poderosa en la relación, en este caso la agroindustria impone sus condiciones”*, como también ocurre en Cuba, con las empresas azucareras.⁹⁵

Es entonces cuando debe que aparecer el Organismo de la Administración Central del Estado, velando porque esto no siga ocurriendo y **proteger al más débil: el productor**. Esta situación se agudiza a partir de la puesta en vigor del Decreto Ley 304 de Contratación Económica, el 1ero de noviembre de 2012, donde existe la más amplia libertad contractual, unido a que las condiciones generales y especiales de contratación que existieron por más de 30 años fueron derogadas, escenario que puede favorecer a que la industria imponga sus condiciones al productor.

Dice de Bianchetti⁹⁶, creemos que el factor unificador de esta categoría de contratos podría verse a través de los intereses agrarios involucrados y protegidos, cuya presencia es insoslayable en cualquier acuerdo negocial del sector, no insistiendo únicamente en la búsqueda de una única causa genérica, que limitaría la inclusión de la variedad de figuras contractuales ya existentes, como lo pudimos advertir al hablar de las varias clasificaciones posibles, por lo que es acertado Massart cuando escribe que: *"la categoría de los contratos agrarios tiene su espacio dentro de la teoría general del contrato, cuyos esquemas y metodología de investigación se aplican también al contrato agrario, aunque, por su parte, el contrato agrario reviste indudables características propias"*.⁹⁷ Jiménez Vargas, resume esta apreciación al afirmar que: *"en*

calidad y, desde luego, en la elección de lo que debía producirse" citado por Brebbia y Malanos, (Derecho Agrario. Buenos Aires, Astrea 1997. p. 591.

⁹⁵ Laureano del Castillo: Ponencia, VI Congreso Internacional, C.A.D.A. San José, Costa Rica, 2005. La contratación agraria en tiempos de globalización: el caso de Perú." Cabe mencionar, sin embargo, que se viene generalizando la intervención de algunas empresas agroindustriales y empresarios que se ocupan también de proporcionar semillas, insumos, asesoría técnica y otros servicios a los agricultores. Por lo general, el agricultor contrata sobre la base de contratos modelo preparados para la mayor seguridad y con los mayores beneficios para la empresa agroindustrial"

⁹⁶ Alba Esther Bianchetti: Necesidad de una Teoría de los Contratos Agrarios, B.O.: 20-may-2008MJ-DOC-3392-AR | MJD3392.

⁹⁷ Ver "El objeto del derecho agrario: reflexiones actuales sobre su dogmática", pág. 113/136, "Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental euro-latinoamericano", Edizioni Ets, Pisa, Italia, 2001.

línea de pensamiento distinta se mueven otros autores como Massart, Meza Lazarus, quienes señalan que la causa del contrato agrario no se extingue solamente dentro de la empresa sino que realmente ésta se debe establecer en la actividad agrícola, que si comprende la empresa y otro sin número de actividades que siendo agrarias no llegan a ser empresa La noción de este contrato se vinculará, lógicamente, también con la empresa, y su significado se ha de relacionar con la actividad económica propia de la producción desarrollada por el empresario agrícola en cuanto al ciclo biológico de cría de animales y cultivo de vegetales- en todo el complejo de actos y relaciones que tienen como finalidad la organización y ejercicio de la empresa".⁹⁸

5. Como ya comentábamos, los autores cubanos hacen referencias a contratos agrarios referidos a los de comercialización de productos agropecuarios, siendo significativa la opinión de Rondón Cabrera cuando se refiere a que *“Las teorías más modernas de la doctrina contractualista abogan por la unificación de los regímenes contractuales, sostienen tal pretensión en que la diferenciación legal se basa en la distinta función económica que desempeñan y no en razones de dogmática jurídica”*⁹⁹ lo que no es menos cierto que está presente en el Derecho agrario cubano, el que todavía no ha logrado su completa autonomía didáctica, al estar la asignatura, formando parte del Departamento de Derecho de Civil, apegados a la tesis de que *“(...) el Derecho constituye un sistema armónico y de ninguna forma una suma de partes más o menos especializadas en determinado sector social”*,¹⁰⁰ Es por eso que Rondón Cabrera, sigue diciendo que *“Aunque es innegable la veracidad de la tesis de unidad del Derecho no se puede obviar la impronta que cada una de las ramas le imprime al contrato. Por ejemplo los contratos de compraventa mercantil son técnicamente idénticos a los contratos de compraventa civil sin embargo en los primeros es necesario un ánimo de lucro, de lo que derivan consecuencias jurídicas específicas atinentes a la competencia, plazos de prescripción, etc.”* es decir; que los elementos que los unen no son sus fines, sino las circunstancias que los condicionan, que lo caracterizan, tales circunstancias se

⁹⁸Mauricio, Jiménez Vargas: "Contratos constitutivos de empresa agraria a luz jurisprudencial", página consultada: www.poder-judicial.go.cr/digesto.

⁹⁹ Soel M. Rondón Cabrera: *Solución de Conflictos Derivados de Contratos Agrarios en Cuba*, Artículo Científico, Seminario Taller de Legislación Agroindustrial del Ministerio del Azúcar, Bayamo, Cuba, 2010.

¹⁰⁰ Colectivo de Autores: *Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato*, Tomo I, Ed. Universidad de La Habana 2001. p. 32.

encuentran en el desarrollo del ciclo biológico o criterio agrobiológico de plantas o animales, la influencia de las fuerzas y recursos naturales que delimitan el contorno de la materia agraria, haciéndola particularmente especial.¹⁰¹

6. Para Meza Lazarus, el contrato agrario es una categoría genérica que incluye la posibilidad de existir fuera de la empresa y la causa genérica será siempre la actividad agraria de donde se reputarán como agrarios, todos aquellos contratos que tiendan directa o indirectamente a la realización de una actividad agraria de producción o conexas.¹⁰² En este sentido concordamos con el profesor Meza Lazarus. En la experiencia cubana la mayoría de los contratos de asignación de tierras, no han sido para crear empresas agrarias, sino para ser explotadas de forma individual, aunque el mayor volumen de tierra que se gestiona en usufructo, se hace por empresas cooperativas agrarias, fundamentalmente por las UBPC y las CPA.

Los contratos agrarios también se han clasificado teniendo en consideración los sujetos en: públicos, mixtos y privados. En Cuba los públicos, pudieran estar los firmados a partir de 1993, al amparo del Decreto Ley No. 142, todo lo cual se realizó en cumplimiento de la Política aprobada por el Buro Político del Partido Comunista de Cuba, el 10 de septiembre de 1993, que expresaba, *“En aquellos lugares donde existan tierras ociosas y colectivos en disposición de asumir la responsabilidad de hacerlas producir, se aplicarán los principios antes señalados, creándose una unidad básica de producción cooperativa subordinada a la entidad estatal correspondiente”*. *“Los convenios que se establezcan sentarán las premisas y condiciones a cumplimentar por las unidades. Queda como prerrogativa del Estado la desintegración de cualquier Unidad de Producción Cooperativa que viole los principios establecidos”*.¹⁰³

¹⁰¹ Conocida como “Teoría de la Agrariedad”, surge en 1972, y se plantea que debe recurrirse a una noción extrajurídica, que encuentra en el desarrollo del ciclo biológico o criterio agrobiológico de plantas o animales, sometido a la influencia de las fuerzas y recursos naturales que permite trazar el contorno de la materia agraria. Vid.: Fernando P. Brebbia, “*Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado*”. Instituto Argentino de Derecho Agrario Rosario Argentina. 1997. p.6.

¹⁰² “El contrato agrario es pues una categoría genérica que incluye la posibilidad de existir fuera de la empresa agraria y dentro de ella es donde ciertamente presenta la mayor importancia jurídica y económica, pero no por ello es descartable su inclusión fuera de ella. La causa genérica del contrato agrario será siempre la actividad agraria de donde se reputarán como agrarios todos aquellos contratos que tiendan directa o indirectamente a la realización de una actividad agraria de producción o conexas a ésta” A. J.- Meza Lazarus: El Contrato Agrario Ob. Cit. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr, p.12.

¹⁰³ El Buró Político del Comité Central del Partido, en su reunión del 10 de septiembre de 1993, acordó la aplicación de los principios siguientes:

Los mixtos, están representados, entre los que se realizaron a partir de 1993, de asignación de tierra para el cultivo de café, tabaco y caña y para el autoabastecimiento familiar y de las empresas estatales; los concertados con personas naturales para la ampliación a agricultores pequeños y a cooperativas agropecuarias, donde participa como cedente la empresa estatal y los particulares.

En cuanto a los privados, no se utilizan en virtud de la proscripción, *up supra* de la mencionada Ley de Reforma Agraria.

A los contratos agrarios se le pueden dar todas las clasificaciones que tiene el contrato civil en bilaterales, unilaterales, formales, no formales, consensuales, solemnes. Lo que confirma que la empresa agraria¹⁰⁴ puede tener varios objetivos de carácter económico, social, político y pueden integrar los distintos entes que integran la cadena y los procesos productivos.

7. Del análisis doctrinal de los diferentes autores estudiados hemos podido destacar ciertas regularidades o características más comunes de los contratos agrarios que a continuación relacionamos:

1. El núcleo fundamental de la actividad agraria está constituido, por el ciclo biológico.
2. La existencia de escasa literatura dedicada a estudiar en concepto de contrato agrario, como noción unitaria.
3. Una aparte de la doctrina pone en duda la existencia del contrato agrario, como categoría jurídica.
4. La especificidad del contrato agrario, es impulsada por la importante fuerza de las políticas agrarias.

-
- La vinculación del hombre al área como forma de estimular su interés por el trabajo y su sentido concreto de responsabilidad individual y colectiva.
 - El autoabastecimiento del colectivo de obreros y sus familias con esfuerzo cooperado, así como mejorar progresivamente las condiciones de vivienda y otros aspectos relacionados con la atención al hombre. Asociar rigurosamente los ingresos de los trabajadores a la producción alcanzada.
 - Desarrollar ampliamente la autonomía de la gestión. Las unidades de producción que se proponen deben administrar sus recursos y hacerse autosuficientes en el orden productivo.

A partir de estos principios se trabajaría en la creación, dentro de las actuales estructuras empresariales de las unidades básicas de producción cooperativa.

¹⁰⁴ “Lo que cabe decir es que del contrato dicho nace la empresa agraria es la realidad jurídica que consiste en un acuerdo de voluntades destinado a la creación de una empresa, pero considero que para que este se tipifique tienen que realizar la actividad agropecuaria” en J. E. Romero Pérez: (Marzo, 1983). Contratos Agrarios. Revista Judicial. Año VII. Marzo 1983. Poder Judicial. San José, Costa Rica. Pp. 30-37. p.16.

5. Para proteger ciertas categorías contractuales, es necesario instaurar regímenes especiales, que en mayor o menor medida entran en contradicción con aspectos de la teoría general del contrato.
 6. Las necesidades económicas del sector agrario transforma cada contrato especial en un contrato especial agrario.
 7. En el contrato agrario existe una prevalencia de la actividad de producción agraria respecto a la propiedad.
 8. La existencia de contratos agrarios erosionan la autonomía de la voluntad por medio del intervencionismo público.
 9. Al menos una de las partes que interviene en un contrato agrario, realiza una actividad dirigida hacia la producción agraria.
 10. En caso de incumplimiento de requisitos en ciertos contratos agrarios, se produce la intervención administrativa agraria competente.
 11. A través de la norma jurídica en los contratos agrarios, se autoriza el intervencionismo público.
 12. Quien activamente ostenta la posición jurídica respecto a los bienes, es el que realiza el acto de disposición.
 13. El contrato agrario puede estar constituido por una o varias fincas y por una serie de elementos destinados a una explotación unitaria bajo una sola dirección.
 14. La influencia del ciclo de producción, para determinar el tiempo en el contrato agrario.
 15. A través del contrato agrario, se diversifican las fuentes del Derecho, así como las formas contractuales.
 16. La política social y económica se puede integrar en el contrato agrario, a través de una norma imperativa.
 17. La existencia de contratos agrarios que ofrecen ciertas características de un típico contrato de adhesión.
 18. Las manifestaciones de las legislaciones especiales, a la protección de la parte contractual más débil en la relación.
 19. El contrato agrario es un instrumento adecuado para la realización de fines individuales y sociales.
- 8.** El Derecho agrario cubano, a pesar de ser bisoño, pues el surgimiento de la Sociedad Cubana de Derecho Agrario data del 10 de abril de 1999, ha ido rescatando su contenido en el resto de las ramas del Derecho, absorbiéndolo, para especializarlo, por lo que a mi

manera de ver se ha convertido en un derecho “esponja” y debe de continuar ese proceso, pues las otras disciplinas no alcanzan a resolver los problemas y situaciones que se producen en las cambiantes, dinámicas y riesgosas actividades que se generan en los procesos de crianza de animales, de siembra, de cosecha, de almacenamiento, de conservación, de transportación, de procesamiento, de industrialización, de comercialización y aplicaciones tecnológicas del producto agropecuario y que son objeto de estudio e integran la compleja disciplina del Derecho agrario, como ciencia, donde el contrato agrario se nos presenta como un instituto llamado a ser desarrollado doctrinalmente.

Queda así de manifiesto, la necesidad de que **los contratos agroindustriales reciban una mayor atención de parte de la doctrina y de la legislación.**

Bibliografía

Bianchetti, Alba Esther: Necesidad de una Teoría de los Contratos Agrarios, **B.O.:** 20-may-2008MJ-DOC-3392-AR | MJD3392.

Brebbia, F P.: “*Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado*”. Instituto Argentino de Derecho Agrario Rosario Argentina. 1997.

Castro Salas, R. y Acuña Navarro, Z. L: (1990). Bases para la Conceptualización de una Teoría General del Contrato Agrario en Costa Rica. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr.

Colectivo de Autores: *Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato*, Tomo I, Ed. Universidad de La Habana 2001.

Constitución de la República de Cuba, GOE No, 3 de 31 de enero de 2003.

DE Bianchetti, A. E.: Teoría general de los contratos agrarios. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr, Facultad de Derecho, Cs. Sociales y Políticas - UNNE.9 de Julio 1049 - Local 5 - (3400) Corrientes - Argentina. Tel./Fax: +54 (03783) 434569E-mail: albab@arnet.com.ar.

Jiménez Vargas, M.: "Contratos constitutivos de empresa agraria a luz jurisprudencial", página consultada: www.poder-judicial.go.cr/digesto.

Ley de Reforma Agraria, de 17 de mayo de 1959, GOE. No.7 de fecha 3 de junio de 1959.

Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental euro-latinoamericano. Edizioni Ets, Pisa, Italia, 2001.

Massart, A: Revista de derecho agrario y alimentario, Año nº 1, Nº 2, 1985.

Meza Lazarus, A. J: El Contrato Agrario. Revista Judicial. Año XVII. Septiembre 1992. Poder Judicial. San José, Costa Rica. Pp. 169- 178. www.cijulenlinea.ucr.ac.cr.

Ramón Philippon, R.: Formas de Tenencia de la Tierra en Cuba Su Evolución en el Ámbito de Desarrollo Productivo, Económico y Social, VI Congreso Internacional, C.A.D.A. San José, Costa Rica, 2005.

Ramón Philippon, R.: Las UBPC como forma de propiedad, La Habana, 2001.

Resolución 852 de 27 de octubre de 2003.

Resolución No. 140 de 4 de mayo de 1992 del Ministro de la Agricultura.

Resolución No. 289 de 15 de mayo de 1990 del Ministro de la Agricultura.

Resolución No. 323 de 29 de junio de 1995 del Ministro de la Agricultura.

Resolución No. 356 de 28 de septiembre de 1993 del Ministro de la Agricultura.

Resolución No. 357 de 28 de septiembre de 1993 del Ministro de la Agricultura.

Resolución No. 368 de 12 de octubre de 1998 del Ministro de la Agricultura.

Resolución No. 419 de 29 de junio de 1994 del Ministro de la Agricultura.

ROMERO PÉREZ, J. E. (Marzo, 1983). Contratos Agrarios. Revista Judicial. Año VII. Marzo 1983. Poder Judicial. San José, Costa Rica.

Rondón Cabrera, S. M.: *Solución de Conflictos Derivados de Contratos Agrarios en Cuba*, Artículo Científico, Seminario Taller de Legislación Agroindustrial del Ministerio del Azúcar, Bayamo, Cuba, 2010.

Sánchez Hernández, A: Teoría general del Contrato Agrario, en Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental eurolatinoamericano, Edizioni ETS, Pisa, Italia, 2001.

Ciudadanía, Cultura y Conciencia jurídica

Cultura y Cultura jurídica: una necesidad ciudadana.

Culture and legal culture: a citizen need

Silvia Esther García Méndez

Mariela Ordaz Torres

Resumen

Este artículo aborda un tema estratégicamente necesario, donde se exponen conceptos como la cultura y la cultura jurídica; elementos de implicaciones sociales vinculados a los objetivos de trabajo aprobados en la 1ra Conferencia del Partido Comunista de Cuba, con el fin de promover la cultura económica, jurídica, tributaria y medioambiental en el pueblo y trabajar por el conocimiento y respeto a la Constitución de la República y demás leyes, exigiendo su aplicación consecuente y la formación de una conducta de honradez y responsabilidad administrativa.

En el mismo se hace un recuento teórico e histórico del contenido de dichos conceptos sobre la base de los estudios realizados por numerosos autores, además de individualizar sus formas de expresión en Cuba y la necesidad de incentivar su desarrollo.

También se expresa la importancia de los agentes socializadores como la familia, la escuela y las instituciones en general, en el proceso de socialización de los seres humanos, en tanto formación de la cultura jurídica, entendiendo como tal el conjunto de conocimientos, símbolos, ideas, concepciones, sentimientos, criterios, percepciones, creencias, tradiciones, comportamientos y exigencias jurídicas que deben integrar la educación general del ciudadano con el fin de consolidar la legalidad, la disciplina y el orden público en el escenario actual y futuro del país, influido por los procesos de cambio de la sociedad cubana.

Palabras Clave

Cultura jurídica, identidad, socialización, derecho, educación, formación, valores

Abstract

This article deals with a strategically necessary issue, where concepts such as culture and legal culture are exposed; elements of social implications linked with work

objectives adopted in the 1st Conference of the Cuban Communist Party, in order to promote the economic, legal, tax and environmental culture for the people and to work for the knowledge and respect for the Constitution of the Cuban Republic and other laws, demanding their consistent application and the formation of a pattern of honesty and administrative responsibility.

A theoretical and historical background of the content of these concepts on the basis of studies by many authors is given as well as an individualization of their forms of expression in Cuba and the need of encouraging its development.

The importance of socializing agents such as the family, school and institutions in general, in the socialization process of human beings, while formation of the legal culture, defined as the set of knowledge, symbols, ideas are also expressed as well as ideas, feelings, criteria, perceptions, beliefs, traditions, behaviors and legal requirements to be included in the general education of citizens in order to strengthen legality, public order and discipline in the current and future scenario of the country, influenced by the processes of changes in the Cuban society.

Keywords

Legal culture, identity, socialization, education, law, values, training

Introducción

Cultura es una derivación de la palabra latina “colere” que significa labranza o cultivo de la tierra; lo que lleva implícito una serie de procesos como la atención, asimilación y transformación que para los seres humanos representa aprendizaje y socialización.

En su uso más general, se produce un intenso desarrollo del sentido de cultura como cultivo activo de la mente. Pudiendo distinguirse una gama de significados que van desde un estado desarrollado del pensamiento, como en el caso de una persona con cultura, hasta los procesos de este desarrollo, como pueden ser los intereses culturales y las actividades culturales; incluyendo los medios de estos procesos, tales como las artes y las obras humanas intelectuales en la cultura.¹⁰⁵

Sin embargo, la cultura es un concepto mucho más abarcador que incluye diversidad de aspectos que rigen y determinan la convivencia de las personas, sus tradiciones, su

¹⁰⁵ Raymond Williams.: Hacia una sociología de la cultura, en Sociología de la Cultura, Editorial Félix Valera, Tomo 1, La Habana, 2006, p.81.

manera de vestir, su forma de pensar y de hablar, estilos de vida, comportamientos, actitudes e idiosincrasia que conforman una sociedad y la distinguen de otras.

Cuando este concepto surgió en Europa, entre los siglos XVIII y XIX, se refería a un proceso de cultivación o mejora, como en la agricultura u horticultura. En el Siglo XIX, pasó primero a describirse como el mejoramiento o refinamiento de lo individual, especialmente a través de la educación, incorporándose de manera paulatina el logro de las aspiraciones o ideales nacionales.¹⁰⁶

A mediados del Siglo XIX, en algunos países se le utiliza como la capacidad humana universal, ejemplo de lo cual fueron Alemania y Francia, donde el concepto se amplió para incluir, no sólo el desarrollo intelectual del individuo, sino el de la humanidad en su conjunto.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la cultura se volvió un vocablo importante, aunque con diferentes matices en su concepción de acuerdo al abordaje de cada disciplina, ejemplo de lo cual fue la antropología americana donde alcanza dos significados, uno como la evolucionada capacidad humana de clasificar y representar las experiencias con símbolos y actuar de forma imaginativa y creativa y otro como las distintas maneras en que la gente vive en diferentes partes del mundo, clasificando y representando sus experiencias y actuando creativamente.

Desarrollo

El concepto científico de cultura hizo uso desde el principio de ideas de la teoría de la información introducida por Richard Dawkins, de los métodos matemáticos desarrollados en la genética de poblaciones por autores como Luigi Luca y Cavalli-Sforza y de los avances en la compresión del cerebro y del aprendizaje. También el antropólogo William Durham, y los filósofos Daniel Dennett y Jesús Mosterín, han contribuido decisivamente al desarrollo de la concepción científica de la cultura, definiéndola en general como la información transmitida por aprendizaje social entre animales de la misma especie.¹⁰⁷

Ferry Eglenton¹⁰⁸ la define como un conjunto de valores, creencias y prácticas que constituyen la forma de vida de un grupo específico; considerando el término grupo, como una unidad que cuantitativamente puede representar diversas dimensiones y

¹⁰⁶ Donald Levine: On individuality and social forms' Chicago University Press, Ed Simmel, 1971

¹⁰⁷ Jesús Mosterín: La cultura humana. Espasa Calpe, Madrid. 2009.

¹⁰⁸ Eglenton Ferry: La idea de la cultura. Editorial Paidós, Barcelona, 2001, p.58.

cantidades de ciudadanos, mientras que para el sociólogo Clifford Geertz,¹⁰⁹ el concepto de cultura es esencialmente un concepto semiótico.

Geertz, al igual que Max Weber, considera que el hombre es un animal inserto en tramas de significación que él mismo ha tejido, por lo que ve a la cultura como una trama que en su análisis requiere ser valorada como una ciencia interpretativa en busca de significaciones y no como una ciencia experimental en busca de leyes.

Para el antipositivista y sociólogo alemán Georg Simmel,¹¹⁰ la cultura se refería a la cultivación de los individuos a través de la injerencia de formas externas que han sido objetificadas en el transcurso de la historia, concepción que lleva implícita la influencia del medio y en general de los agentes socializadores durante la vida del individuo.

Por su parte, Francisco Prieto¹¹¹ describe que a partir de los años 60 se produjo una evolución en cuanto a la interpretación del significado del término cultura, en tanto, el mismo va más allá de las manifestaciones artísticas, aceptándose como “afirmación de identidades específicas” (nacionales, sexuales, étnicas, regionales).

Karl Marx,¹¹² puso especial atención en el análisis de las cuestiones culturales, específicamente en su relación con el resto de la estructura social. Su propuesta teórica sobre el dominio de lo cultural, constituido sobre todo por la ideología, es un reflejo de las relaciones sociales de producción, es decir, de la organización que adoptan los seres humanos frente a la actividad económica.

La gran aportación del marxismo en el análisis de la cultura es que ésta es entendida como el producto de las relaciones de producción, como un fenómeno que no está desligado del modo de producción de una sociedad y constituye uno de los medios por los cuales se reproducen las relaciones sociales de producción, que permiten la permanencia en el tiempo de las condiciones de desigualdad entre las clases.

Edward B. Tylor da una de las definiciones más ampliamente aceptadas de cultura de su tiempo (siglo XIX) al señalarla como:...aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres, y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre. La situación de la cultura en las diversas sociedades de la especie humana, en la medida en que puede ser investigada

¹⁰⁹ Clifford Geertz: La interpretación de las culturas. Editorial Gedisa, 1987.

¹¹⁰ Donald Levine: On individuality and social forms', Chicago University Press, Ed Simmel, 1971.

¹¹¹ Francisco Prieto: Cultura y comunicación, editorial Previá de México, 1984, p.47.

¹¹² René Girard: Los orígenes de la cultura. Trotta. Madrid, 2006.

según principios generales, es un objeto apto para el estudio de las leyes del pensamiento y la acción del hombre.¹¹³

En esta concepción, él realiza un aporte importante al señalar la cultura como materia de estudio sistemático, pero a pesar de ello, su propuesta extrae del concepto su énfasis humanista al convertir a la cultura en objeto de ciencia, además de que su procedimiento analítico era demasiado descriptivo, lo que implicaba que la recopilación de los detalles permitiría el conocimiento de una cultura, para una vez conocida poder clasificarla en una graduación de más civilizada a menos civilizada, premisa que heredó de los darwinistas sociales.

En el concepto presentado por Juan Quintero Escobar, donde se refiere “al mapa mental individual” describiéndolo como la capacidad de los seres humanos de pensar por sí mismos y definir sus propias prioridades y los juicios sobre los fenómenos de la vida social convirtiéndose en lo que denomina “su guía de cultura personal”, explica que la cultura personal está formada por los patrones de comportamiento que comparte con su grupo social, es decir, parte de esa cultura consiste en el concepto que el individuo tiene de los mapas mentales de los otros miembros de la sociedad, de esta manera la cultura de una sociedad se basa en la relación mutua que existe entre los mapas mentales individuales.¹¹⁴

La Escuela de Tartu desarrolló un trabajo cercano a las teorías de la información, claramente reflejado en la obra de su principal exponente, Iuri Lotman, quien interpretó la cultura a través del análisis de los flujos informacionales: La cultura es la totalidad de la información no hereditaria adquirida, preservada y transmitida por los distintos grupos sociales.¹¹⁵

Teniendo en cuenta las concepciones teóricas expuestas, se puede concluir que la cultura no es un conjunto inmóvil de actitudes, valores, tradiciones o costumbres, pues el propio comportamiento de las personas le introduce modificaciones en relación con los cambios de sus intereses y el momento histórico donde se desarrollan. Además, se cuestionan paradigmas y se redefinen conceptos y formas de actuar en la medida que la

¹¹³ Edward B. Tylor, : La ciencia de la cultura. En: Kahn, J. S. (Comp.): El concepto de cultura. Anagrama. Barcelona. 1995.

¹¹⁴ Juan Quintero Escobar: Definiciones de Cultura y Sociedad, www.articulos.com: consultado 2 de marzo 2013

¹¹⁵ Iuri M. Lotman, : Cultura y explosión. Lo previsible y lo imprevisible en los procesos de cambio social. Barcelona: Gedisa, 1999.

realidad circundante se modifica y está presente el intercambio de ideas con otros sujetos.

La socialización de la cultura, como mecanismo que permite a los seres humanos asegurar su propia continuidad, se pone de manifiesto en el traslado de padres a hijos de tradiciones, comportamientos, hábitos y valores, así como en los significados del mundo socio-cultural en que viven, los códigos de las relaciones interpersonales y el uso de objetos e instrumentos. Pero no solo son los padres quienes determinan la conformación de este proceso, las instituciones educativas, los medios de comunicación social, los grupos y las instituciones religiosas, entre otros agentes socializadores deben realizar una similar labor.

A través de la cultura se identifica un grupo, una comunidad, una civilización siempre y cuando su identidad esté marcada por su originalidad y su progreso. Al respecto la Real Academia Española la define como: "Conjunto de conocimientos que permiten a alguien desarrollar su juicio crítico. Formas de vida, costumbres y grado de desarrollo artístico, científico e industrial, en una época. Conjunto de las manifestaciones en que se expresa la vida tradicional de un pueblo".¹¹⁶

Se podría decir que la cultura se aprende y por ende se transmite mediante la socialización, como patrimonio o legado entre generaciones, transformando a los individuos en miembros de su sociedad y en seres sociales. A través de ella se aprecian los valores y se asumen posiciones, se desarrollan inquietudes e intereses, se realizan críticas o cuestionamientos y se crean obras que trascienden, todo lo cual va conformando la historia de una época, país o comunidad.

Ante esta lógica se hace evidente que la cultura es un producto social que brinda a hombres y mujeres la capacidad de reflexionar sobre sí mismos, de formarse como seres específicamente humanos, racionales, críticos y éticamente comprometidos.

Es un proceso en desarrollo y constante movimiento, donde se fusionan y acumulan los saberes, estilos de vida, costumbres y normas sociales de las diversas etapas de la civilización, todo lo cual, a través de los años ha experimentado y continua experimentando modificaciones de acuerdo al momento histórico concreto y a las características y condiciones particulares del lugar y sus habitantes.

¹¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=cultura>. Consultado 12 de octubre 2013.

CULTURA JURÍDICA

La cultura jurídica pertenece a la cultura espiritual de la sociedad, ella es poseedora de una orientación aplicada y práctica que tiene como rasgo más importante la expresión del valor social y el progreso del Derecho. Parte del conocimiento de la normativa vigente, sin embargo, no se agota en esta perspectiva formalista, sino que la posesión de cultura jurídica en la sociedad debe traducirse en la actuación de esta conforme a Derecho, pero de manera activa para que contribuya a la creación del Derecho y su realización.¹¹⁷

Con este criterio se reafirma la concepción de que la cultura jurídica, al igual que la cultura social en general, no es estática ni etérea, ella no solo se expresa en los comportamientos y las actitudes de las personas, sino que también contribuye al desarrollo del propio Derecho y a su cumplimiento.

Uno de los primeros autores que se ocupó de la cultura jurídica fue Lawrence Friedman (citado en Torres Arends), quién distinguió en el sistema legal sus componentes estructurales (las instituciones jurídicas, su estructura y el modo en que proceden), sus componentes sustantivos (las normas jurídicas, generales o particulares, que el sistema produce como resultado frente a las demandas de la sociedad) y sus componentes culturales (actitudes y valores que con respecto al Derecho prevalecen en una sociedad en un cierto momento histórico).¹¹⁸

También John Henry Merryman define el término como un conjunto de actividades enraizadas e históricamente condicionadas sobre la naturaleza del Derecho, su papel en la sociedad, en la política, en la organización y el funcionamiento adecuado del sistema jurídico y en el modo en que debe hacerse, aplicarse, estudiarse, mejorarse y enseñarse esta disciplina.¹¹⁹

Cotterrell, K. y Aubert, P. prestan en sus estudios especial atención a la constatación de los conocimientos que tiene el ciudadano común de las leyes, su creación y contenido,

¹¹⁷ Majela Ferrari: De la cultura jurídica a la conciencia jurídica, un tránsito necesario. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.2011.

¹¹⁸ Irene Torres: Ciudadanía y cultura jurídica: una aproximación a la identidad jurídica del venezolano Politeia. (Online). Julio, 2001, vol.24, no.27 págs.91-104. Disponible en el sitio web: <http://www2.scielo.org.ve>

¹¹⁹ Ibídem

debido al arraigo que en el pensamiento occidental tiene el principio del Derecho: “La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”.¹²⁰

En sentido análogo Geovanni Tarello utiliza el término cultura de la legalidad, considerando que “...define mejor que cualquier otro el conocimiento que un pueblo tiene de su Derecho, así como los esfuerzos que hace... el gobierno para difundir...tal conocimiento, las variables del proceso mediante el que un pueblo acata las normas que lo rigen, los efectos concretos que este ejercicio tiene en la sociedad civil y los límites a los que se circunscribe”.¹²¹

El destacado filósofo y jurista italiano contemporáneo, Luigi Ferrajoli, entiende como cultura jurídica un conjunto muy amplio de conocimientos y actitudes: “el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas en una determinada fase histórica por los juristas y filósofos del Derecho; el conjunto de las ideologías, modelos de justicia y formas de pensar acerca del Derecho que caracteriza a los operadores jurídicos de profesión (trátase de jueces, legisladores o administradores) y; el sentido común respecto del Derecho y las instituciones jurídicas en lo singular que se difunde y opera en una determinada sociedad”.¹²²

En general, a juicio de las autoras, estas posiciones tienen un aspecto común referido a los conocimientos que los integrantes de una sociedad deben tener respecto al Derecho en correspondencia con las características o particularidades del momento histórico y la sociedad de que se trate, sin embargo, el concepto de cultura jurídica en toda su magnitud debe tener presente la concepción dinámica del individuo en la elaboración, la asimilación del Derecho y su contenido social.

Dentro de cultura jurídica, se debe entender el Derecho como un fenómeno cultural, no como un cúmulo de prescripciones o reglas de conducta para el control de la sociedad, sino como un conjunto de creencias y presupuestos acerca de la forma y carácter de cada comunidad en particular.¹²³

En relación a este particular hay que tener en cuenta que en todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus

¹²⁰ Ibídem

¹²¹ Ibídem

¹²² P. Salazar: Democracia y cultura de la legalidad, Instituto Federal Electoral. México, 2006. Disponible en el sitio web: www.cefrel.edu.mx

¹²³ Disponible en.: <ref name=autogenerated2>MADRAZO, 2005</ref>

costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales. Bajo la forma de mito, religión, poesía, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teórica, que incluye una teoría social más o menos primitiva,¹²⁴ concepción que acentúa a los principios generales del Derecho como manifestaciones de la cultura jurídica.

La situación actual de Cuba, envuelta en tantos procesos de cambio simultáneos, es un escenario donde pueden manifestarse diversidad de factores capaces de modificar patrones culturales en los individuos y en los grupos en que actúan, los cuales pueden resultar favorables o desfavorables para el desarrollo social, de ahí la necesidad de que dentro de ese gran universo que representa la cultura, se de especial importancia a la cultura jurídica.¹²⁵

En este sentido, la Lic. Liset Mailen Imbert señala que la cultura jurídica no sólo incluye el nivel de conocimiento de la ciudadanía sobre sus derechos y obligaciones, también abarca la práctica que se haga de cada uno de estos en su interacción con la sociedad.¹²⁶

Por su parte, el Dr. Fernando Cañizares¹²⁷ hace referencia a lo importante que resulta elevar la cultura jurídica de los ciudadanos, pues esto les permite llegar a la comprensión, a través de su propia conciencia individual de los principios y requerimientos de la sociedad y del Estado; lo que a su vez debe verse reflejado en el comportamiento.

El trabajo denominado “Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social”, del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia, posibilita arribar a importantes y esclarecedoras conclusiones teóricas sobre cómo debe ser asumida y empleada la cultura jurídica, definiéndola como: “Conjunto de conocimientos, símbolos, ideas, concepciones, sentimientos, criterios, percepciones,

¹²⁴ Carlos Aparicio: Fuentes del Derecho, versión digital.

¹²⁵ Rubén Aldana y otros: Política pública y desarrollo de la cultura jurídica en Cuba. Tesina presentada en Diplomado de Administración, Ministerio de Justicia, 2013.

¹²⁶ M Liset Imbert: Cultura jurídica, familia y envejecimiento poblacional: retos y perspectivas. Ponencia presentada en Tercer Congreso Internacional de Derecho, JURISCUBA, 201.

¹²⁷ Fernando D. Cañizares: Selección de Lecturas sobre el Estado y el Derecho. Curso de formación de trabajadores sociales. Compiladora Lissette Pérez, 2001.

creencias, tradiciones, comportamientos, deberes, derechos y exigencias de la sociedad en general respecto al Derecho”.¹²⁸

Las autoras del estudio exponen que este término puede designar la creación jurídica de un pueblo desde que tiene autonomía identitaria como nación. Existiendo quienes la conciben como el resultado de un tracto dialéctico del pensamiento de hombres y de épocas.

A partir de este concepto, el Derecho como fenómeno social debe ser expresión de las actitudes, valoraciones y creencias que comparte la sociedad, la forma en que los individuos se relacionan con las instituciones y con las normas jurídicas con vistas al buen desenvolvimiento del fenómeno jurídico, la interpretación y aplicación de éste por sus operadores y su cumplimiento por la ciudadanía, con el objetivo de alcanzar el consenso político adecuado.¹²⁹

Teniendo en cuenta lo expuesto, y lo señalado por Irene Torrens Arends en cuanto a la existencia de dos tipos de cultura jurídica: la interna y la externa¹³⁰, no hay dudas sobre la necesidad de que la población posea un amplio desarrollo de su cultura jurídica, para lo cual es imprescindible la labor de los agentes socializadores desde los primeros años de vida y a lo largo del desarrollo ontogenético de los seres humanos.¹³¹

En el contexto cubano actual, la cotidianidad de los individuos suele estar marcada por una lucha entre lo que se debe hacer y el cómo hacerlo. Se trata de la constante contradicción a la que se enfrenta el ciudadano común cuando quiere hacer uso de los servicios jurídicos, cumplir con sus deberes o ejercitar sus derechos y el

¹²⁸ Silvia García, Mercedes De Armas, y Karima Sánchez: Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social. Informe de Investigación, Ministerio de Justicia, Centro de Investigaciones Jurídicas. 2010

¹²⁹ El Derecho como elemento de la superestructura social forma parte de la conciencia social y dentro de ella ocupan un lugar esencial, las ideas, concepciones, creencias que en torno a aquel tiene la sociedad en un momento histórico determinado, es decir, la conciencia jurídica.

¹³⁰ La interna, propia de los juristas, de los operadores del Derecho, reviste especial importancia teniendo en cuenta que se trata de los profesionales que ejecutan las labores de la especialidad y que deben prepararse esmeradamente para asesorar y cumplir diversas tareas propias del servicio jurídico y la segunda tiene que ver con los ciudadanos y está vinculada, no solo con la información que se pueda tener sobre los servicios que prestan la diversas instituciones jurídicas, sino fundamentalmente con el conocimiento de las normas jurídicas y sociales en general, su respeto y cumplimiento.

¹³¹ Irene Torrens Arends: Ciudadanía y cultura Jurídica .2001. <http://www2.scielo.org.ve> Pág. 91

desconocimiento dificulta o impide la satisfacción de su necesidad o el cumplimiento de lo establecido; situación que no lo exime de cumplir con la Ley, pero que pudiera verse aminorada si la influencia educativa, en definitiva de culturización jurídica, alcanzaran un significado importante dentro del proceso de socialización de las personas.

De lo anterior se desprende, no solo la importancia del estudio de la cultura jurídica, en tanto, posibilidad de obtener información sobre la situación actual del Derecho, elementos esenciales del sistema jurídico, e intereses, necesidades, motivaciones, métodos y vías que puedan tributar a su propio enriquecimiento, sino también la obligación social de incentivar, desde los primeros años de la infancia, la educación jurídica.

ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD DE LA CULTURA JURIDICA EN CUBA

La tradición jurídica cultural no es resultado del azar; hombres y mujeres han contribuido a través de la historia a su desarrollo y avances. No se trata de un hecho espontáneo ni aislado de la sociedad y los seres humanos, sino que implica un proceso de formación y reafirmación de identidades patrias, principios y valores alcanzados durante años.

La cultura jurídica en Cuba estuvo enmarcada en sus inicios por las concepciones y tradiciones de los grupos poblacionales más significativos (españoles, africanos y chinos), quienes trasladaron a la Isla sus hábitos, costumbres y comportamientos.

Esta alquimia no constituyó un freno para el desarrollo de la cultura jurídica como forma de expresión de la nación cubana, pues la explotación y los deseos de libertad del pueblo no solo propiciaron cambios en las ideas existentes, sino también la lucha revolucionaria por la independencia del yugo español, siendo considerado el nacimiento de la misma (por parte de por algunos especialistas) a partir del momento en que los padres fundadores aprobaron la primera Constitución, el 10 de abril de 1869 en Guáimaro.¹³²

Desde esa época el tema del Derecho ha sido un elemento fundamental de las luchas políticas y revolucionarias cubanas; lo que se hace evidente en las ideas jurídicas sustentadas en el primer decreto de abolición de la esclavitud, en la Constitución de Baraguá (legitimando la Protesta de igual nombre), en las Constituciones de Jimaguayú

¹³² A. Hart Dávalos: Cultura jurídica de la nación cubana. www.icap.cu Conferencia. **2011** y Aldana Rubén y otros. Política pública y desarrollo de la cultura jurídica en Cuba. Tesina presentada en Diplomado de Administración, Ministerio de Justicia, 2013.

y La Yaya, en la creación del Partido Revolucionario cubano para dirigir la guerra de independencia, en la Carta Magna de 1940 (la más avanzada de su época en América Latina), en la Historia me absolverá (contiene elementos esenciales de la cultura jurídica de la nación cubana y reivindica doctrinalmente el derecho a la rebelión) y en el Programa del Moncada.

A lo largo de esos años, la población cubana sufrió la violación de sus derechos, por lo que la toma de conciencia de la necesidad del cambio y la búsqueda de la justicia se hizo necesaria.

Con el triunfo de la Revolución, las transformaciones a nivel social, económico y político también repercutieron en la cultura jurídica de la población, situación que se pone de manifiesto con la Primera y Segunda Declaraciones de La Habana (2 de septiembre de 1960 y 4 de febrero de 1962, respectivamente), que fueron aprobadas por el pueblo en asamblea pública reunida en la Plaza de la Revolución y donde el Tribunal Supremo declaró a estos documentos como fuente de Derecho. Más adelante se produjo un proceso que culminó con el Primer Congreso del Partido y la aprobación, por abrumadora mayoría y por vía democrática y plebiscito popular, de la Constitución de 1976, donde se consagra una nueva forma de democracia que contempla la participación de todo el pueblo o de la inmensa mayoría en el enfrentamiento de los problemas.¹³³

De manera más reciente la cultura jurídica cubana se visualiza en la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, debidamente refrendados por la Asamblea Nacional del Poder Popular y en los Objetivos de Trabajo del Partido Comunista de Cuba, todo ello encaminado al desarrollo productivo y económico del país y el bienestar de la población.

La educación de los ciudadanos en materia jurídica no se puede reducir a la aprobación o aceptación de leyes, normas o resoluciones, pero es fundamental que en el trabajo que se debe realizar en función de la formación de una cultura jurídica general integral, las personas conozcan sus deberes y responsabilidades, además de sus derechos y las vías y métodos para ejercerlos.

La satisfacción de las necesidades individuales, en cuanto a información y conocimiento legal, puede posibilitar respetar y acatar consciente y voluntariamente la ley, ajustar a ella la conducta y hacer más factibles las gestiones legales, estimulando la participación

¹³³ A. Hart Dávalos: Cultura jurídica de la nación cubana. www.icap.cu Conferencia. 2011

en el perfeccionamiento de la legislación, de ahí que resulte de gran importancia crear mecanismos en función del desarrollo de la comunicación y de la información en el orden jurídico.

Los cambios en el modelo económico cubano han traído consigo una serie de transformaciones de la legalidad, por lo que se hace aún más necesario dotar a todos los ciudadanos de la mayor cantidad de conocimientos posibles que les permitan no solo entender y cumplir con las disposiciones, sino interiorizarlas e incorporarlas a sus comportamientos y modos de vida.

La televisión, la radio, la prensa y las organizaciones políticas y de masas juegan un papel esencial en la divulgación y explicación de las temáticas jurídicas, pero también los organismos e instituciones deben incorporarse al logro de este fin, pues es precisamente en los centros estudiantiles y laborales donde la población emplea una parte importante de su tiempo.

El proceso de formación de la cultura jurídica no depende solo de la labor que puede desarrollar el sector jurídico, pues en ello influyen numerosos agentes presentes en la socialización de las personas; incluido en ello la necesidad de incentivar una cultura política de participación ciudadana, pero la influencia que puede ejercer dicho sector mediante el trabajo que se realice en cada una de las entidades que lo integran, si es imprescindible para alcanzar ese propósito.

Bibliografía

Aldana Rubén. y otros.: Política pública y desarrollo de la cultura jurídica en Cuba. Tesina presentada en Diplomado de Administración. Ministerio de Justicia, 2013.

Anónimo.: Importancia de la cultura y la comunicación organizacional. En: www.mografias.com .

Arroyo Édgar Alán.: Cultura jurídica, de legalidad y de derechos fundamentales, Compañía Editora de La Laguna, S.A, 2009.

Ausebel, David.: Psicología educativa, un punto de vista cognoscitivo, Segunda edición, Editorial Trillas, México, 1982.

Barragán, José Pablo.: Cultura jurídica y valores ético-sociales en la justicia. Revisado el día 17 de julio del año 2013 desde Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/10.pdf>.

Barrera, Seida; Sosa, Ivette y Domínguez, Ernesto.: Cultura jurídica, conflicto y

gobernabilidad en el ámbito local. Ponencia presentada en III Congreso Internacional JURISCUBA 2011. Cuba.

Capdevila, Johnny.: Evaluación de la cultura organizacional en el Grupo Empresarial Extrahotelero Palmares S.A. Sucursal Guantánamo” (artículo inédito), Santiago de Cuba, 2007.

Diccionario de la Real Academia Española: Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=cultura>. Consultado 12 de octubre 2013.

Documentos del Partido Comunista de Cuba.: “Política de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente”, capítulo V, Lineamiento No 137, 2012

Documentos del Partido Comunista de Cuba.: El trabajo político ideológico, capítulo II, 2012.

Ferrari, Majela.: De la cultura jurídica a la conciencia jurídica, un tránsito necesario. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2011.

Ferry Eglenton. La idea de la cultura. Editorial Paidós, Barcelona, 2001.

Ferry Gilles.: El trayecto de la formación, edit. Paidós, México, 1990.

García, Silvia, De Armas, Mercedes y Sánchez, Karima.: “Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social”. Informe de Investigación, Ministerio de Justicia, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2010

Geert, Clifford. La interpretación de las culturas. Editorial Gedisa, 1987.

Girard, René. Los orígenes de la cultura. Trotta. Madrid, 2006.

Hart, Armando.: Cultura jurídica de la nación cubana. www.icap.cu, Conferencia, **2011**

Ibáñez, Jesús et al.: El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación. Tercera Edición. Madrid, Alianza Editorial, 2003.

Informe presentado al VI Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. at5UNJC, La Habana, 2005.

Informe resumido sobre resultados del Segundo Taller Nacional de Educación Ciudadana, desarrollado en Granma por pedagogos cubanos. Abril 2012.

Jiménez, Guillermo.: La formación investigativa y los procesos de investigación científico-tecnológicas en la Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Revista Estudiositas Bogotá, Colombia, 2006.

Kaplún, Mario: Comunicador popular. Quito, Ediciones CIESPAL, Editorial Belén, 1985.

Laveaga, Gerardo.: La cultura de la legalidad, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No. 8, México, 2000

Levine, Donald.: On individuality and social forms' Chicago University Press. Ed 'Simmel, 1971.

Madrazo, Alejandro.: Estado de Derecho y cultura jurídica en México Isonomía (Online). Octubre 2002, No.17, págs.203-223. Disponible en el sitio web: www.cervantesvirtual.com.

Moreno, María Guadalupe.: Los procesos de formación en los postgrados de educación, en Problemática de los postgrados de educación en México. Hacia la consolidación en el Siglo XXI, Colección Cuadernos de Investigación, num.5, Ciudad del Carmen, Universidad Autónoma del Carmen, 2000.

Moreira, Marco.: Organizadores previos y aprendizaje significativo. En: Revista Chilena de Educación Científica, Volumen 7. Número 2, Chile, 2008.

Mosterín, Jesús.: La cultura humana. Espasa Calpe, Madrid, 2009.

Narváez, José Ramón.: Cultura Jurídica, Ideas e Imágenes; Ed. Porrúa, México, 2010.

Nava, José.: La formación para la investigación: El caso de la maestría en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, Rev. Tiempo de Educar, Vol.10, No19, México, enero –junio 2009.

Orler, José.: Formación para la investigación en el campo del Derecho, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, Año 7, No14. Buenos Aires, Argentina, 2009

Pozo, Juan.: Teorías cognitivas del aprendizaje. Sexta edición. Ediciones Morata, España, 1999.

Prieto Francisco. Cultura y comunicación, editorial Previá de México, 1984.

Quintero Juan.: “Definiciones de Cultura y Sociedad” www.articulos: Consultado 2 de marzo 2013.

Raymond, Williams.: Hacia una sociología de la cultura, en Sociología de la Cultura; Editorial Félix Valera, Tomo 1, La Habana, 2006.

Rodríguez, Inés.: ¡Y qué de la investigación formativa en los Programas de Derecho!, Universidad Simón Bolívar, Revista Justicia No 15, Barranquilla, Colombia, junio 2009.

Rodríguez María y Hernández Diana.: La Divulgación Popular del Derecho, Informe de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

Salazar, Pedro.: Democracia y cultura de la legalidad, México, Instituto Federal Electoral, 2006. Disponible en el sitio web: www.ceftral.edu.mx

Torres, Gabriel.: “La evaluación de políticas y programas públicos. El caso de los programas de desarrollo social en México”. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, (CIICH), UNAM. México, 2007.

Torres, Irene.: Ciudadanía y cultura jurídica: una aproximación a la identidad jurídica del venezolano. Politeia. (Online). Julio, 2001, vol.24, no.27. Disponible en el sitio web: <http://www2.scielo.org.ve>

Taylor, Edward.: La ciencia de la cultura. En: Kahn, J. S. (Comp.): El concepto de cultura. Anagrama. Barcelona, 1995.

Zuzuaga, Carlos y Juan Fernando.: ¿Que información debería publicarse en la Intranet? En: www.intranetttotal.com, 2003.

Los desafíos de la conciencia jurídica, una mirada deontológica (Conferencia)

Challenges of the legal awareness, a deontological glance

Majela Ferrari Yaunner

Resumen

Los retos de la conciencia jurídica en el socialismo se acrecientan sobre todo en tiempos de transformación jurídica y política, a partir de la presencia de una determinada correlación de fuerzas de clases. Las masas obreras, campesinos y trabajadores que conforman el Estado deben tener el protagonismo en el mecanismo de regulación jurídica en función de la construcción de normas legítimas y eficaces que reflejen los paradigmas y anhelos de una sociedad como la nuestra. Aquí no caben las utopías signadas de idealismo, pues solo el ejercicio efectivo de los derechos a partir de una participación real puede materializar el poder político propio de una clase dominante.

Palabras clave

Deontología, conciencia social, conciencia jurídica, cultura jurídica

Abstrac

The challenges of legal consciousness in socialism are increased especially in times of legal and political transformation, from the presence of a certain correlation of class forces. The workers and country people taking part of the State should have the leading role in the mechanism of legal regulation in terms of building legitimate and effective rules that reflect the paradigms and aspirations of a society like ours. Here is no room for utopias marked by idealism, because only the effective exercise of the rights from real participation can bring to fruition the own political power of a ruling class.

Key words

Deontology, social awareness, legal awareness, legal culture

Introducción

Conciencia social y Conciencia jurídica.

Se impone como primera obligación en esta mañana, agradecer a los organizadores de este encuentro y en especial a la colega y amiga Mercedes de Armas por la invitación inesperada. Agradecer doblemente, por la gentileza y porque realmente me regocija que en algunos colegas del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia, esté presente siempre el recuerdo de asociarme con el tema de la conciencia jurídica, creo que los pocos que lo recuerdan siempre, están en esta sala y es realmente meritorio, al menos a mi juicio, que les resulte una problemática tan interesante que se ha convertido, en los últimos años, en el núcleo de las investigaciones que desarrollan. En ocasiones ha sido objeto expreso y en otro tácito, pero no hace diferencia, la preocupación que subyace siempre es la misma y por suerte para mí, me reserva entonces un espacio en estas lides.

Conferencia magistral es un término que como algunos plantean, tiene una gran carga emotiva, primero por lo que espera escuchar el auditorio y segundo porque se asocia a un ponente experto y solo me considero, a duras penas, una aficionada. Así que concebí esta intervención solo pensando en una exposición de ideas que tendrán como único objetivo, remover nuestras mentes en pos de la reflexión comprometida para desnudar los retos que hoy se presentan alrededor de la conciencia jurídica en nuestro país, partiendo de presupuestos que desde la teoría del Estado y el Derecho están indisolublemente ligados a este tema.

Mis primeros pasos alrededor de la conciencia jurídica los di hace ya casi 12 años cuando emprendí la investigación de mi tesis de licenciatura, algunos me creyeron desequilibrada y persistí porque no imaginaba en ese momento otro tema que me intrigara más como para ganar mis horas de desvelo escribiendo todas las páginas necesarias para cumplir este importante requisito. Hace exactamente 3 años lo desempolvé en ocasión de celebrarse el congreso JURISCUBA y confieso que aunque muchos otros temas en estos años han sido merecedores de mis desvelos, hablo siempre, sobre todo a mis alumnos, de la conciencia jurídica y su importancia.

Así, muchas ideas se gestan en un investigador porque creo que el pensamiento se enriquece todos los días con cada cosa que leemos o que escuchamos, que debatimos, con las situaciones que vivimos incluso desde la posición de ciudadanos donde a veces ser juristas nos empeora la perspectiva y nos aumenta las preocupaciones sobre la

necesidad de oxigenar y enrumbar la conciencia jurídica en el escenario nacional. Ni siquiera creo que se necesiten muchos estudios sociológicos para arribar a conclusiones, al menos *a priori*; basta con ser parte de la sociedad, escucharla y recepcionar la percepción de los ciudadanos sobre el Derecho y los cambios que se están produciendo con vertiginosa velocidad pero no siempre con la mejor de las bienvenidas sociales.

No obstante, me gustaría cavilar, como ya mencionaba, sobre algunos conceptos y categorías imprescindibles para mirar el fenómeno con rigor científico. Como ya he dicho en otras ocasiones, la base para su abordaje, tiene que ser, necesariamente, la comprensión global del Derecho y su incidencia en la política, la moral, la axiología y el pensamiento social en general, pero además, la visión de la sociedad como un sistema donde todos sus elementos están interrelacionados e inter condicionados. Así, si esquematizamos estas relaciones, utilizar flechas que viajan en una sola dirección, sería un círculo donde todo se mezcla y donde no todo puede preverse.

No pretendo, y quiero aclarar, presentarme como dueña de la verdad, solo pensar y poner sobre la mesa algunas de estas interrelaciones que hoy comprendo mejor que antes y siempre desde una visión profundamente marxista, que mire hacia lo mejor por y para la sociedad, sin fronteras absurdas entre sus fenómenos.

Desarrollo

Algunas pautas imprescindibles sobre la conciencia social.

La conciencia social es el reflejo en la conciencia de los hombres de sus condiciones de vida. Estos, al interactuar en la sociedad, establecen diversas relaciones indispensables e independientes de su voluntad. Las relaciones de producción que les son impuestas precisamente por el mero hecho de ser parte de una estructura dinámica, deben estar en concordancia con el desarrollo que en ese momento hayan alcanzado las fuerzas productivas, desarrollándose entonces como relaciones superestructurales de diversa naturaleza que se asientan sobre determinada base económica.¹³⁴

Es importante aclarar que el hecho de que el ser social determine el desarrollo y surgimiento de la conciencia social, no quiere decir que sea este el único factor que ejerce influencia sobre ella. La conciencia social refleja todo el conjunto de fenómenos

¹³⁴ El modo de producción, en sentido lato, condiciona la vida espiritual, social y política en general. MARX y ENGELS en el Manifiesto del Partido Comunista expresaron que: "la producción intelectual se transforma con la producción material..." Ver C. MARX, y F. ENGELS: *Obras escogidas en dos tomos*, Tomo 1, 1ª ed., Ed. Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, p. 445.

de la realidad objetiva, de la vida social. Entre estos fenómenos ocupan un lugar importante las relaciones de clases, la herencia espiritual de las formaciones precedentes y la cultura material de la época en que se desarrolla.

La conciencia social no es más que el reflejo de la existencia social y tiene relativa independencia. Es un fenómeno específico de la superestructura, en ella la sociedad adquiere noción de su existencia, por lo que según NESTERENKO podemos definirla como: "...el conjunto de ideas, puntos de vista, sentimientos e inquietudes de la sociedad en una determinada etapa de su desarrollo; comporta un carácter histórico y está indisolublemente ligada a una formación socioeconómica concreta"¹³⁵.

Una vez que esta conciencia surge, inicia su existencia propia de manera relativa y se desarrolla obedeciendo a sus leyes internas. Las ideas y opiniones pueden avanzar al compás de la época, adelantarse al ser social en el curso del desarrollo o rezagarse con respecto a él.

"En el desarrollo de la conciencia social es necesario destacar dos tendencias ligadas recíprocamente: en primer lugar, el **proceso cognoscitivo**, que está condicionado por los intereses de la práctica vital real del hombre –la acumulación de conocimientos objetivos sobre la naturaleza y la sociedad–; en segundo lugar, **el proceso ideológico** en las relaciones antagónicas, condicionado a los intereses de las diferentes clases que actuaron en la historia..."¹³⁶

Estas dos tendencias que solo pueden separarse en abstracto para su estudio, en la práctica están interrelacionadas conformando una unidad dialéctica. En el proceso ideológico siempre estará presente el factor cognoscitivo, ya que la ideología es la parte de la conciencia social directamente ligada a la búsqueda de solución a los problemas que enfrenta el hombre en su interacción con la vida social. Por otra parte sería inapropiado reducir la conciencia social a ideología y conocimiento.

La conciencia social, como fenómeno multifacético, exige ser analizada desde diferentes planos, entre ellos podemos señalar el elemento histórico, el sociológico y el gnoseológico, entre otros. Desde el punto de vista de la gnoseología, la ciencia y la moral, la religión, el arte, la filosofía y la conciencia política y jurídica no son más que

¹³⁵ G. NESTERENKO: *La sociedad y el mundo espiritual del hombre*, ed. en español, Ed. Progreso, Moscú, 1978, p. 11.

¹³⁶ V. KELLE y M. KOVALSON: *La conciencia social, reflejo de la existencia social*, Ed. Política, La Habana, 1963, p. 6.

formas específicas del reflejo de la vida material de los hombres, es decir, del conocimiento de objetos especiales.

Otro problema sobre el que se ha discutido teóricamente y que gira en torno al fenómeno que se está analizando es precisamente lo referido a la relación que existe entre la conciencia social y las conciencias individuales. “La conciencia individual es el mundo espiritual del hombre. No se puede separar la conciencia social de la individual, pero tampoco es ella una simple partícula de aquella. Por su naturaleza, la conciencia social es inmanente al yo individual que constituye su sustrato, lo que la vuelve psíquica”¹³⁷.

La conciencia social y las individuales existen en unidad dialéctica. La primera es desarrollada y enriquecida por el hombre, expresión concreta que lleva en sí el sello de ciertas particularidades de los individuos que participan en su elaboración.

“Lo que podría llamarse la génesis de la conciencia social se explica satisfactoriamente por esas interacciones en que se combinan, irremediablemente, elementos instintivos, sentimentales, y racionales; a punto de mantener las diferencias del “yo”, del “nosotros”, del “tu” y del “ellos”, con la siempre viva convicción de que en el “yo” existe en cierto modo un “nosotros”; de que en el “nosotros” se combinan los “yo” y de que en el “ellos” hay influjos del “yo”, del “nosotros” y del “tu””¹³⁸.

La conciencia social existe y se revela de diferentes formas. La gran variedad de formas de la conciencia social está determinada, por la riqueza y multivariada del propio mundo objetivo, es decir de la naturaleza y la sociedad. La base real de la aparición de una u otra de sus formas es la necesidad social.

Si se quisieran mostrar manifestaciones concretas de la conciencia social, bastaría recordar expresiones sumamente conocidas en el lenguaje corriente tales como: la tradición, la opinión pública, los valores sociales y la voluntad social, entre otras.¹³⁹

Las formas de la conciencia social se distinguen entre sí por el objeto que reflejan, la forma en que este se refleja, la base social de su aparición, las particularidades de su desarrollo y su papel en la vida de la sociedad. En cada época histórica todas las formas

¹³⁷ *Ídem*, p. 22.

¹³⁸ Arturo ORGAZ: *Lecciones de introducción al Derecho y a las ciencias sociales*, Ed. Assandri, Córdoba, 1945, p. 447.

¹³⁹ “La tradición no es más que la conciencia del pasado que se proyecta sobre la realidad presente para condicionarla y orientarla conservadoramente.” *Ídem.*, p. 449.

de la conciencia, unidas entre sí y en su integridad componen la vida espiritual de la sociedad y se ínter penetran.

Como formas de la conciencia social pudiéramos mencionar la conciencia ética, la religiosa, la científica, la estética y por supuesto la conciencia política y la jurídica como las más dinámicas.

La conciencia jurídica y sus condicionantes

Como forma definida de la conciencia social, la conciencia jurídica expresa los conceptos, teorías y doctrinas surgidos históricamente con la aparición de las clases y modificados con los cambios del régimen económico; traduce las nociones divulgadas en el seno de la sociedad sobre legalidad e ilegalidad, justicia, deberes y obligaciones en las relaciones entre los hombres, estados y pueblos.

La interpretación materialista de la conciencia jurídica como reflejo de determinadas relaciones económicas, está orgánicamente unida a la interpretación dialéctica de su surgimiento y desarrollo. La filosofía marxista destaca que la conciencia jurídica echa raíces en el hombre al vivir socialmente y los cambios que se producen en la sociedad, producen modificaciones en la conciencia social, impactando también la conciencia jurídica.

El hecho de que podamos afirmar que la conciencia jurídica es, junto con la conciencia política, una de las formas más dinámicas de la conciencia social, se debe entre otros elementos, a la relación que tiene esta con el Derecho y por tanto con el Estado.

El Derecho es la expresión jurídica y la afirmación de las relaciones de producción amparadas por la clase, clases, grupos o sectores dominantes en un momento histórico determinado. Este refleja el sistema económico de la sociedad, presentándose como un orden normativo que además posee, como cimientos axiológicos, importantes valores de carácter político y social. El Derecho es expresión de la sociedad que regula, de la pugna de clases que en ella se produce y de los intereses vencedores en determinado momento histórico, es por ello además, que sus normas están protegidas por la coacción que les brinda el Estado. Puede decirse que se construye en el seno de cada sociedad respondiendo a sus particularidades no solo culturales, étnicas y morales, sino también a la correlación de fuerzas políticas e intereses de toda índole.

Si el Derecho representa en su esencia, una institución expresada en un sistema de normas obligatorias generales y formalizadas, la conciencia jurídica es un elemento que se engendra y muta junto con este, al ofrecer nociones sobre el fenómeno jurídico en

general, juicios respecto a la necesidad de una estructura jurídica de las relaciones humanas, orientaciones a ese u otro régimen jurídico en la vida de la sociedad y fenómenos de la psicología social concernientes a la esfera jurídica. Su vinculación con el Derecho es indudable, sin embargo no forma con este una integridad orgánica.

Los mecanismos de acción del Derecho y de la conciencia jurídica son diferentes, mientras que el Derecho se basa en un complejo instrumental jurídico institucional y se apoya en la coacción estatal, el mecanismo de acción de la conciencia jurídica se circunscribe a una esfera puramente espiritual y valorativa. La conciencia jurídica actúa mediante apreciación jurídica general de los hechos sociales y su contrastación con las normas jurídicas, a través de los juicios relativos a la idea de lo justo y lo legal, del sentido del Derecho y legalidad y de la orientación volitiva concomitante de la conducta humana.

En cada sociedad suele existir un solo sistema de Derecho, en cambio, resulta difícil encontrar una conciencia jurídica única. El desarrollo de la conciencia jurídica es un proceso ideológico, cada nueva teoría jurídica no se elabora en abstracto. La conciencia jurídica posee una estructura que comprende a la ideología jurídica y la psicología jurídica.

La ideología jurídica es una expresión científica sistematizada de los criterios, nociones y exigencias jurídicas de una clase, de una sociedad. La ideología jurídica va formándose en el proceso de intelección teórica de los intereses, objetivos y metas de la clase dominante. Esta fundamenta de modo científico las relaciones y el orden jurídico establecidos. En su elaboración participan políticos y juristas que toman en cuenta las condiciones histórico-concretas de vida de la sociedad, la distribución de fuerzas sociales, el nivel de conciencia de clase, la psicología social y otros factores.

La psicología jurídica abarca el conjunto de sentimientos, ánimos y deseos concernientes al Derecho, originados espontáneamente y propios de un grupo social concreto o de toda la sociedad. Pudiera incluso decirse que en la psicología jurídica descansan importantes anhelos populares desde una perspectiva jurídico-deontológica. La comunidad de rasgos de la psicología jurídica de un grupo social concreto se asienta en sus condiciones comunes de vida. La ideología jurídica es un sistema científico de criterios, ideas y requerimientos jurídicos. La ideología y la psicología jurídica de una clase o sociedad, se conjugan y cooperan íntimamente.

El hecho de que una mirada a la historia de la filosofía del Derecho nos muestre al iusnaturalismo como primera concepción sobre el Derecho, puede ser una muestra de

que la propia doctrina jurídica es expresión de una percepción psicológica e ideológica acerca de este, lo que brinda a la sociedad, y lo que ella espera de él.

El profesor FERNÁNDEZ BULTÉ decía, haciendo referencia al iusnaturalismo antiguo: “... en esa elaboración hay, sin duda, un aporte que la pupila iusfilosófica de nuestro siglo no puede olvidar: consiste en pretender, de una forma u otra, que existe un ideal de justicia que es preciso defender incluso contra las contingencias del derecho positivo; consiste en no querer admitir que el derecho de cada pueblo, su derecho positivo, con toda la carga de injusticia e iniquidad que en algunos momentos portaba, agotara todo el contenido ontológico del derecho y tratara de buscar entonces, en las zonas de la *racionalidad* universal, o en la voluntad divina, una explicación o un ideal ético-jurídico más elevado y permanente. Que fue esa concepción iusnaturalista, una palanca de superación de la normativa y un germen vivo en el pensamiento de la humanidad, en pos de un propósito deontológico más sublime, es algo que resultaría muy difícil de negar.”¹⁴⁰

De esta manera, las concepciones y deseos que se generan en la conciencia jurídica de la sociedad, deben servir al Estado para medir indicadores importantes como eficacia del Derecho, legitimidad material de sus normas, necesidad de atemperar los preceptos y principios a nuevas y cambiantes condiciones, suplir lagunas legales, entre otros.

En un manual soviético utilizado durante muchos años para enseñar Teoría del Estado y el Derecho en nuestras aulas, he encontrado algo valioso que pone sobre la mesa importantes misiones de la conciencia jurídica en el socialismo, y cito: “En algunas de sus formas (ideología jurídica socialista y psicología sociojurídica), la conciencia jurídica influye constante y multilateralmente sobre la práctica del ordenamiento jurídico socialista, esta influencia resulta del modo más notable durante la discusión de los actos jurídicos más importantes por todo el pueblo, y sobre la realización de las normas jurídicas. En el propio Derecho socialista a menudo se estipula sin rodeos la necesidad de tomar en consideración la conciencia jurídica durante el proceso de aplicación de las leyes.”¹⁴¹

Nos interesa particularmente que se comprenda que así como la moral y la política tienen una estrecha relación con el Derecho, por carácter transitivo, también la tienen

¹⁴⁰ Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Filosofía del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1997, p. 64.

¹⁴¹ O. ZHIDKOV, V. CHIRKIN, y Y. YUDIN: *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, La Habana, 1989, p. 349.

con la conciencia jurídica. Las concepciones éticas y los valores asentados en la **moral** media de la sociedad o incluso en la moral de determinados grupos, se reflejan inevitablemente en su conciencia jurídica. Si un padre enseña a su hijo el respeto por la integridad física de los otros o por sus bienes materiales, ¿será porque el derecho sanciona las lesiones, el homicidio o el robo? No necesariamente, a veces la simbiosis que se produce entre la moral y el Derecho, se deriva de que hay bienes que universalmente se reconocen como merecedores de especial protección no solo porque se reflejan en importantes valores jurídicos, sino porque su anclaje en el Derecho, tiene su origen en el reconocimiento social y la práctica moral social.

Un filósofo marxista que llegó a mis manos hace pocos años, Oscar CORREAS, al que siempre acudo y siempre responde, sobre este tema plantea: “respecto de los ciudadanos, el grupo en el poder debe asentar su hegemonía en una educación generalizada que convenza de que lo debido jurídicamente es debido moralmente. Dicho de otro modo, una educación que consista en hacer de la obediencia de la ley una virtud moral”¹⁴²

La **política**, por otra parte, tiene incidencia decisiva en la conciencia jurídica. El Derecho, ante todo, refrenda la política del Estado, sus instituciones, las libertades y derechos políticos de los ciudadanos. En cierto sentido, se puede hablar de una interdependencia intrínseca entre la conciencia política y la jurídica, por cuanto las relaciones jurídicas fundamentales y las políticas son parte de las relaciones ideológicas de la sociedad.

La conciencia política y jurídica de una clase se desarrolla en dependencia de las condiciones sociopolíticas y espirituales de vida, pero sobre todo, de las condiciones materiales de vida de la sociedad. Las diferencias fundamentales presentes en la conciencia de las clases antagónicas no descartan cierta comunidad de enfoque de las normas y orden jurídicos, debido a los valores humanos y democráticos generales.

En este sentido, debemos detenernos en algo que se convierte medular para la conciencia jurídica, se trata de la construcción de la **hegemonía** por parte del Estado. En los tiempos que corren, donde los gobiernos se alejan de importantes reclamos populares e incluso se pierden conquistas que ya se habían alcanzado en el plano jurídico, debido, entre otros factores a la crisis económica mundial, la generación de consensos se vuelve un verdadero reto de gobernantes.

¹⁴² Oscar CORREAS: *Kelsen y los marxistas*, Ediciones Coyoacán, México, 1994, p. 192.

Este fenómeno impacta directamente en la conciencia política popular, que busca alternativas de cambio para satisfacer sus necesidades y conquistar o reconquistar sus derechos y garantías. Estos, además, se conquistan políticamente, pero se articulan jurídicamente, por lo que la conciencia jurídica de las masas populares camina junto a la política en su lucha incesante por lograr sus objetivos en cierto momento histórico concreto, desnudándose más que nunca como reservorio deontológico.

ACANDA, un cubano estudioso de GRAMSCI por excelencia, manifiesta que: “Una clase o grupo puede ejercer su dominio sobre el conjunto social porque es capaz no solo de imponer, sino de hacer aceptar como legítimo ese dominio por los demás grupos sociales. Su poder se basa en su capacidad de englobar toda la producción espiritual en el cauce de sus intereses. El concepto de hegemonía, en Gramsci, resalta la capacidad de la clase dominante de obtener y mantener su poder sobre la sociedad, no solo por su control de los medios de producción económicos y de los instrumentos represivos, sino sobre todo porque es capaz de producir y organizar el consenso y la dirección política, intelectual y moral de la misma. La hegemonía es tanto dirección ideológico-política de la sociedad civil como combinación de fuerza y consenso para lograr el control social.”¹⁴³

No puede hablarse de hegemonía sin comprender su relación con la **democracia**, ambas se condicionan mutuamente. No hay mejor forma, a mi juicio, de construir consenso y de edificar las relaciones políticas individuo-Estado sobre bases hegemónicas, que dando a la ciudadanía la posibilidad de participar, de convertirse en sujeto activo y decisor, no en mero receptor. “Una de las manifestaciones de la vinculación entre el individuo y el Derecho en el socialismo es la conciencia jurídica socialista. Esta, no solo refleja la actitud del miembro de la sociedad socialista hacia la realidad jurídica, sino que desempeña el papel del estímulo al uso activo de las posibilidades que la democracia socialista le ofrece para participar en el proceso de ordenación jurídica.”¹⁴⁴

A mi juicio, si hablamos de la imbricación de la democracia en la formación de la conciencia jurídica, debemos analizar con detenimiento la noción de legalidad de BULTÉ vinculada al mecanismo de regulación jurídica de la sociedad. A partir de esta idea, dicho mecanismo debe dividirse en tres fases fundamentales: “la fase de creación de la

¹⁴³ Jorge Luis ACANDA: *Sociedad Civil y hegemonía*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2002, p. 251.

¹⁴⁴ O. ZHIDKOV, V. CHIRKIN, y Y. YUDIN, ob. cit., p. 347.

norma, de formación del llamado también estatuto jurídico; la fase de inserción coherente de la norma en el ordenamiento jurídico, sin que se produzcan antinomias o contradicciones, ni desde el punto de la unidad interna, ni desde el de la unidad externa; la fase de la puesta en acción de la norma y la verificación de su efectividad, lo cual implicaría, además, su subordinación al criterio de adjudicación, es decir, a la subordinación de la norma al o a los órganos controladores de la legitimidad legal.”¹⁴⁵

En la fase de creación de las normas resulta interesante lo planteado por ROUSSEAU en “El contrato Social” cuando manifiesta que: “El pueblo sometido a las leyes debe ser su autor; solo a los que se asocian corresponde regular las condiciones de la sociedad.”¹⁴⁶

Aunque no podemos olvidar que la concepción contractual defendida por Rousseau y que tiene sus orígenes en las concepciones burguesas racionalistas del siglo XVII, en este autor se radicalizan de la mano de la defensa del modelo de democrático antiguo, donde el pueblo participa directamente y no a través de sus representantes, idea que va de la mano de la soberanía como atributo popular que no se entrega bajo ningún concepto.

En los tiempos que corren, resulta imprescindible que la participación popular en la creación normativa no sea formal, sino activa. Las normas pueden ser válidas y legítimas formalmente, pero para que lo sean materialmente deben ser expresión del consenso social con respecto a los aspectos que regulan y la mejor forma de lograrlo es precisamente creando los espacios para que el pueblo contribuya en su gestación y la convierta en portadora de voluntad soberana.

En este escenario se conforman las fuentes del Derecho. La comprensión dinámica de estas debe entenderse, al menos desde una de sus aristas porque necesariamente deben ser reflejo de la conciencia jurídica general.

Al respecto reflexionaba SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE y MONTORO cuando planteaba: “Si las fuentes del Derecho establecen esos atributos en la forma de la primacía inflexible y absoluta de la ley, quedan suprimidas, en meras funciones supletorias las formas en que sólo puede realizar la conciencia jurídica su misión decisiva como modeladora del Derecho Positivo. Las fuentes del Derecho tienen que armonizarse íntimamente con esa

¹⁴⁵ Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Teoría del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, 2ª reimpresión, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 246.

¹⁴⁶ Jean Jacques, ROUSSEAU: *El contrato social*, Ed. Gradifco, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 47.

necesidad. Los atributos formales que establezcan para definir con eficacia normativa la positividad de una regla de Derecho, no pueden olvidar, que si de puro rígidos, cohiben u obturan la honda misión creadora de normas que ejerce la conciencia jurídica, imposibilitan la mejor génesis del Derecho.”¹⁴⁷

Igualmente es de significar cómo la conciencia jurídica, desde un enfoque hacia el interior del Derecho y su aplicación, no solo trasciende al sistema de fuentes formales, sino que también está enfocada a la labor de juristas con amplias facultades decisorias. Es este el caso de la importancia que asume cuando se analiza la labor jurisdiccional, donde la trascendencia de la conciencia jurídica de los jueces, como sujetos cuya valoraciones se exteriorizan en cada solución jurídica que ante ellos se presenta.

Al respecto, NINO recrea diferentes posiciones doctrinales, poniendo de relieve las distinciones que se han hecho entre conciencia jurídica formal y material. Este autor expone como, según ROSS, “...la teoría clásica respecto de la administración de justicia, consideraba las decisiones judiciales como resultantes, exclusivamente, de estos factores: a) en cuanto a las creencias, un conocimiento pleno de las leyes aplicables y de los hechos relevantes que se deben juzgar; b) en lo que atañe a la actitud, una pulcra **conciencia jurídica formal**, es decir el deseo de aplicar estrictamente las leyes sin ninguna otra consideración.

ROSS sostiene que este planeamiento constituye una burda caricatura de lo que ocurre en la realidad, en la cual las decisiones de los jueces son el producto, por lo menos, de estos elementos: a) en relación a las creencias, no sólo el conocimiento, que generalmente es imperfecto, de las normas jurídicas vigentes y de los hechos planteados, sino también de toda una serie de circunstancias de orden político, social, económico, que rodearon tanto a la sanción de las normas jurídicas como a la producción del hecho propuesto al examen del juez; b) y en cuanto a las actitudes, la **conciencia jurídica formal** de los jueces compite casi siempre con su conciencia jurídica material, o sea con el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable, de modo que no es infrecuente que los jueces tengan que plantearse el dilema de aplicar

¹⁴⁷ Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO: *La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho positivo cubano*, Monografías Jurídicas, Volumen III, Jesus Montero, Editor, La Habana, 1937, p.8.

estrictamente la ley, dando lugar a una solución injusta, o apartarse de ella, para decidir satisfactoriamente el caso planteado.”¹⁴⁸

Siguiendo esta propia idea, analiza DÍAZ COUSELO que los jueces no solo deben atender a la conciencia jurídica intrínseca a cada uno de ellos como sujetos individuales, sino que son responsables de observar las nociones generales que esta expresa. En tal sentido plantea: “como representante de la comunidad que es el juez, no debe actuar ligado a su convicción, sino a la voluntad jurídica de la comunidad, de acuerdo con la “conciencia jurídica” de ella, es decir según aquellos “principios generales” de los que ella es consciente, pues siempre en estos casos debe tenerse presente, además del valor justicia, el valor seguridad jurídica.”¹⁴⁹

A pesar del reconocimiento general de principios que deben guiar la actividad de la judicatura, como la independencia judicial, la sujeción a la ley o la salvaguarda de la seguridad jurídica, sería de ilusos obviar que los jueces no pueden despojarse de forma absoluta de aquello que los hace humanos. En consecuencia, planteaba FUEYO LANERI que: “La normatividad ha de pasar por el tamiz de un ser humano, de alguna cultura, de ciertas tendencias, con el aditamento de ciertos sentimientos, premunido de una mente expuesta a los embates de la neurosis tan propia de la modernidad, que vive en sociedad, en una época dada, bajo un régimen político que hoy es uno y mañana es otro, en un medio de mayor o menos penuria económica, y que a él le impacta, con problemas de todo orden, diarios, sostenidos, angustiosos. ¡Ese es el juez! ¿Cómo “inventar” otro?”¹⁵⁰

Igualmente, la idea de conciencia jurídica ha estado doctrinalmente ligada a la concepción del *Common Law* como sistema jurídico, en tal dirección se ha dicho que: “Esta expresión inglesa significa literalmente ley o Derecho Común; y así se denomina el Derecho consuetudinario inglés. CASTILLO Y ALONSO lo define como el “conjunto de prácticas, costumbres y observancias a que da vida la conciencia jurídica del pueblo inglés, y que, constituyendo la fuente más interesante y copiosa de su Derecho, se exterioriza mediante declaraciones del Parlamento y, más singularmente, de los

148 NINO Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición ampliada y revisada, 12° reimpresión, Ed. Astrea, Argentina, 2003, p. 298.

149 José María DÍAZ COUSELO: *Los principios generales del Derecho*, Ed. Plus Ultra, Argentina, 1971, p.89.

150 Fernando FUEYO LANERI: *Interpretación y Juez*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 140.

tribunales de justicia".¹⁵¹

La conciencia jurídica ha sido una categoría analizada desde diferentes posiciones. La visión marxista de la sociedad ha brindado, como ha podido corroborarse, una visión de ella como forma de la conciencia social desde diferentes planos, destacando su vinculación a los valores jurídicos y al Derecho como continente de conquistas políticas y expresión de intereses de clases.

Aparece entonces ante este estudio, otro concepto estrechamente vinculado al que ha sido hasta ahora protagonista de estas reflexiones, el de cultura jurídica, quizás preferido por estos tiempos, y cuyas fronteras con aquel de conciencia jurídica no son para nada nítidas. Por la gran imbricación que tienen ambos, analizar en estas páginas la cultura jurídica, se torna ineludible.

La cultura jurídica.

Establecer límites claros entre conciencia y cultura jurídica, se convierte en una ardua tarea, que por demás no será nunca absolutamente conclusiva. No existe acuerdo doctrinal al respecto, las posiciones que sobre este particular se asuman, dependerán de criterios y experiencias personales de cada investigador. Ninguno de los que nos sentimos vinculados con la filosofía del Derecho, podemos pretender cerrar este debate. Tampoco considero que las nociones existentes disten mucho unas de otras o resulten nocivas.

El término "Cultura Jurídica", se define en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual como: "... conjunto de conocimientos sobre las bases del Derecho y acerca de varias ramas del mismo, y en sus principios filosóficos, proceso histórico, doctrina y legislación positiva"¹⁵².

La cultura jurídica pertenece a la cultura espiritual de la sociedad, poseedora de una orientación aplicada y práctica. El rasgo más importante de la cultura jurídica es que expresa de veras el valor social y el progreso del Derecho.

Para algunos autores, la conciencia jurídica es un elemento de la cultura jurídica. "La cultura jurídica es a la vez una conciencia jurídica saturada cualitativamente"¹⁵³.

¹⁵¹ Guillermo CABANELLAS DE TORRES: *Diccionario Jurídico Elemental*, edición 2003, p. 77-78.

¹⁵² Guillermo CABANELLAS: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. 2, 21^a ed., Ed. Heliasta, Argentina, 1989, p. 255.

¹⁵³ Serguéi ALEXÉEV: *El socialismo y el derecho*, Ed. Progreso, Moscú (URSS), 1989, p. 165.

Importantes indicios de la cultura jurídica son el nivel de conocimientos jurídicos de las masas y el volumen y la intensidad de la educación jurídica general. No son menos esenciales, indicadores como la escala y profundidad de la instrucción jurídica, de la capacitación y superación profesional de los juristas, el grado de desarrollo de la ciencia y de la mentalidad jurídicas.

Esta idea no es desacertada, todos estos fenómenos se interrelacionan, e incluso han llegado a confundirse. Además, al desarrollarse en un plano subjetivo, esto dificulta que se puedan establecer los límites precisos entre ellos. También se podría decir que la cultura jurídica es un elemento de la conciencia jurídica. La cultura jurídica aporta el plano cognoscitivo de la conciencia jurídica, sin embargo, esta va más allá, aunque parte de los conocimientos que se tengan acerca del Derecho.

“Muchos de los principios generales del derecho son manifestaciones de la cultura jurídica popular, en una forma abstracta e impersonal. Dice Alf Ross: Las costumbres populares no son absolutas ni últimas, sino que son manifestaciones de una fuente aún más profunda. En todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales. Bajo la forma de mito, religión, poesía, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones y de cosmogonía teórica, que incluye una teoría social más o menos primitiva.”¹⁵⁴

Puede constatar en la idea anterior cómo los principios generales del Derecho se asocian en su esencia como manifestaciones de la cultura jurídica. Sin embargo, por la propia imbricación que existe entre las nociones de conciencia y cultura jurídica, puede encontrarse igualmente la defensa doctrinal de la idea de vincular los principios, no a la cultura, sino a la conciencia jurídica, como los concibe LARENZ. Este autor expresa que los principios generales del Derecho, “en cuanto ideas jurídicas materiales, son acuñaciones especiales de la idea del Derecho, tal como esta se presenta en su grado de evolución histórica. Algunos de ellos están declarados expresamente en la Constitución u otras leyes; otros pueden ser deducidos de la regulación legal; algunos han sido descubiertos y declarados por primera vez por la doctrina o por la jurisprudencia de los

¹⁵⁴ Carlos APARICIO: *Fuentes del Derecho*, versión digital, p.64.

tribunales, y luego se han impuesto en la conciencia jurídica general gracias a la fuerza de convicción a ellos inherente.”¹⁵⁵

Nuestra noción de cultura jurídica, parte del conocimiento de la normativa vigente, sin embargo, no se agota en esta perspectiva formalista, sino que la posesión de cultura jurídica en la sociedad debe traducirse en la actuación de esta conforme a Derecho. Pero esta actuación debe ser activa en tanto contribuya a la creación del Derecho, y su realización. La visión cultural de lo jurídico, que trasciende al mero conocimiento de sus normas, implica además una visión global del Derecho, incluyendo sus principios y valores.

Conclusiones

La política, la moral, la economía, todas son categorías que desde la comprensión marxista de la sociedad se imbrican en un proceso formativo de la conciencia social y sus formas específicas que podemos calificar de espontáneo, dinámico, dialéctico e históricamente condicionado.

Para formar una conciencia jurídica que tribute a la realización del Derecho con la menor intervención posible de la coacción estatal, es necesario que las normas surjan en un proceso popular participativo y que, de esta forma, se conviertan en continentes de las aspiraciones y necesidades sociales. Los procesos de construcción de consenso social impactan en la formación de la conciencia jurídica y política de una sociedad en un momento determinado.

El profundo contenido axiológico de la conciencia jurídica se manifiesta en las propias valoraciones que haga la sociedad sobre las normas y el grado de justicia y equidad que estas encierran, pero también se expresa en los sueños y aspiraciones de un Derecho que proteja a los diferentes.

La conciencia jurídica socialista tiene grandes retos, sobre todo en tiempos de transformación jurídica y política, donde no puede olvidarse que en la correlación de fuerzas, el Estado es de los obreros y trabajadores los que deben tener el protagonismo en el mecanismo de regulación jurídica para que se construyan normas legítimas y eficaces que reflejen los paradigmas y anhelos de una sociedad como la nuestra, sin

¹⁵⁵ Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2001, p. 465.

utopías, con los pies en la tierra, pero no de espaldas sino codo con codo, recordando siempre que somos todos la clase dominante.

.

Bibliografía

ACANDA, Jorge Luis: *Sociedad Civil y hegemonía*, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2002.

ALEXEEV, S.: *El socialismo y el Derecho*, 1ª ed., Ed. Progreso, Moscú, 1989.

APARICIO, CARLOS: *Fuentes del Derecho*, versión digital.

ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005.

CABANELLAS, G.: *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Tomo 2, 1ª ed., Ed. Eliasta, Argentina, 1989.

_____: ***Diccionario Jurídico Elemental*, edición 2003.**

CAÑIZARES ABELEDO, FERNANDO D.: *Teoría del Derecho*, 1ª ed., Ed. Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1979.

CORREAS, Oscar: *Kelsen y los marxistas*, Ediciones Coyoacán, México, 1994.

DÍAZ COUSELO, José María: *Los principios generales del Derecho*, Ed. Plus Ultra, Argentina, 1971.

DÍAZ, ELIAS: *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Ed. Civitas, Madrid, 1977.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Filosofía del Derecho*, Ed. Felix Varela, La Habana, 1997.

_____: *Teoría del Estado y del Derecho*, 1ª ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

FERRARI YAUNNER, Majela: *Una propuesta para elevar la Conciencia Jurídica en la Cuba de hoy*. Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba, 2002.

FUEYO LANERI, Fernando: *Interpretación y Juez*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

KELLE, V. Y M. KOVALSON.: *La conciencia jurídica*, 1ª ed., Ed. Editora Política, La Habana, Cuba, 1963.

-----: *La conciencia social, reflejo de la existencia social*, 1ª ed., Ed. Editora Política, La Habana, Cuba, 1963.

LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2ª ed., Ed. Ariel Derecho, Barcelona, España, 2001

- MARX, C. y ENGELS, F.: *Obras escogidas en dos tomos*, Tomo 1, 1ª ed., Ed. Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú.
- MONZON, Candido: *Opinión pública, comunicación política*, 1ª ed., Ed. Tecnos S.A., Madrid, España, 1996.
- MURCIANO, Marcial: *Estructura y dinámica de la comunicación internacional*, 1ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- NESTERENKO, G.: *La sociedad y el mundo espiritual del Hombre*, 1ª ed., Ed. Progreso, Moscú, 1978.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición ampliada y revisada, 12º reimpresión, Ed. Astrea, Argentina, 2003.
- ORGAZ, A.: *Lecciones de introducción al derecho y a las ciencias sociales*, 1ª ed., Ed. Assandri, Córdoba, 1945.
- PATANNO, E.: *Elementos para una teoría del derecho*, 1ª ed., Ed. Debate, España, 1991.
- ROUSSEAU, Jean Jacques: *El contrato social*, Ed. Gradifco, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 47.
- SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO, Antonio: *La jurisprudencia en la jerarquía de las fuentes del Derecho positivo cubano*, Monografías Jurídicas, Volumen III, Jesus Montero, Editor, La Habana, 1937.
- SORIANO, Ramon: *Compendio de Teoría General del Derecho*, 2ª ed., Ed. Ariel S.A., Barcelona, España, 1993.
- SUÁREZ, C.: *La legalidad como forma institucional de la conciencia jurídica y su evolución en Cuba*, Trabajo de Diploma, Facultad de Filosofía, Universidad de la Habana, Cuba, 1990.
- ZHIDKOV, O., CHIRKIN, V. y Y. YUDIN: *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*, Segunda Parte, La Habana, 1989.

Ciudadanía y nacionalidad desde una perspectiva cubana

Citizenship and nationality from a Cuban perspective

Ernesto Domínguez López

Seida Barrera Rodríguez

Milkos Gual Díaz

Resumen

Los objetivos del presente estudio son el análisis de la evolución histórica de la ciudadanía y la nacionalidad, fundamentalmente en Cuba, para luego comparar la normativa jurídica cubana sobre estos temas con las legislaciones de otros doce países. Al mismo tiempo, son valorados los procedimientos que regulan estas instituciones, teniendo en cuenta el criterio adoptado por cada ordenamiento jurídico en particular.

Palabras clave

Ciudadanía, nacionalidad, derecho comparado

Abstract

The objectives of the present study are the analysis of the historical evolution of citizenship and nationality, fundamentally in Cuba, in order to later compare the Cuban law about these topics with the legislations of other twelve countries. At the same time, values are carried out on the procedures that regulate these institutions, keeping in mind the approach adopted in particular by each juridical order.

Key words: *citizenship, nationality, compared law*

Introducción

¿Se puede ostentar dos ciudadanía al mismo tiempo? ¿De qué parte del mundo se siente usted nacional? ¿Desea usted la ciudadanía extranjera por respeto a sus tradiciones familiares o por cuestiones económicas? Interrogantes como estas desencadenan otras, y así hasta generar un diálogo interminable, que puede ocupar horas de debate en cualquier parte del mundo. A partir de ello nos propusimos una indagación sobre las regulaciones y los condicionamientos que rodean la existencia del concepto y

la norma, para intentar comprender su construcción en el contexto cubano, y a la vez aportar algunas ideas para la clarificación de las contradicciones que todavía encierra.

Al enfrentarnos a esta problemática en las condiciones concretas de Cuba, nuestros objetivos consistieron en analizar la evolución de la normativa jurídica cubana sobre ciudadanía y nacionalidad, teniendo en cuenta su interacción con el contexto exterior, y compararla en su estado actual con las legislaciones de otros siete países, así como estudiar el tratamiento dado a estas instituciones, teniendo en cuenta el criterio adoptado por cada ordenamiento jurídico en particular y los factores condicionantes claves de su formulación. Los criterios de selección obedecen a la pertenencia al sistema jurídico enmarcado en las tradiciones romana, francesa y germana, la proximidad cultural y geográfica en el caso de los países latinoamericanos, la península ibérica y la existencia de vínculos históricos de diversa índole entre ellos, tanto por relaciones directas actuales o pretéritas como por influencias multidimensionales.

Desarrollo

Un aspecto clave de nuestra propuesta es la consideración del fenómeno de la ciudadanía como parte de los procesos de desarrollo de las sociedades en cuestión, dentro de las cuales se han definido sus disímiles variantes. Esto incluye necesariamente una perspectiva histórica, a la vez que lo inserta dentro de una mirada, por así decirlo, horizontal, dentro de la cual se integran los factores que usualmente se agrupan en compartimientos específicos del conocimiento humano, tales como la economía, la politología, la sociología, la psicología, la antropología o la semiótica. Dicho en otras palabras, la ciudadanía no es simplemente el resultado de la evolución de los sistemas jurídicos, en tanto que estos en sí mismos son subsistemas de los sistemas mayores que habitualmente denominamos sociedades. El espacio limitado del que disponemos hace imposible explicar con toda la extensión necesaria todas las partes del estudio del cual nace este trabajo, pero hemos tratado de incluir las claves esenciales para la comprensión del problema que nos ocupa.

La ciudadanía moderna

La idea clave en este tema es la estrecha relación entre la ciudadanía como concepto y práctica dentro de los ordenamientos sociales y los sistemas políticos, a su vez expresados en los sistemas jurídicos. Aunque con referentes que se remontan a la antigüedad clásica, la ciudadanía moderna se formó a raíz de ese extenso proceso de

amplia extensión geográfica que ocupó casi tres siglos, conocido como transición hacia el capitalismo.¹⁵⁶

Particularmente influyeron dos de los momentos de ese proceso: la Ilustración y las revoluciones. La primera introdujo en el pensamiento europeo y mundial una vasta serie de ideas que de hecho implicaban una reformulación de los fundamentos de la visión del mundo y en particular de las relaciones sociales y políticas. Contrato social, nación, soberanía nacional, Estado de derecho, tripartición de poderes, entre otros, vinieron a complementar las propuestas del librecambismo emergido de los ilustrados escoceses. Dentro de esa especie de sopa primigenia, el rescate de la noción de ciudadanía resulta perfectamente natural, en la misma medida en que el discurso ilustrado pretendía la reorganización de las relaciones de poder, a partir de colocar en el centro del problema el derecho de los “comunes” a participar de la vida política y la eliminación de los privilegios de la nobleza. Las segundas significaron el efectivo quebrantamiento del orden feudal y la construcción de regímenes nuevos, que operaban según códigos diferentes. Ese camino fue emprendido por los Países Bajos en 1562 e Inglaterra en 1640. Sin embargo, el verdadero punto de inflexión lo encontramos con dos procesos sumamente debatidos a lo largo del tiempo: la revolución de independencia de las Trece Colonias de América del Norte, que terminó por dar origen a los Estados Unidos, y la Revolución Francesa. De estas dos últimas emanaron las primeras constituciones modernas, aunque en el caso de Estados Unidos, la definición explícita de la ciudadanía solo fue introducida con la aprobación de la enmienda número catorce en 1866, en un contexto signado por la Guerra de Secesión (1861-1865) y la concomitante abolición de la esclavitud, justamente en el momento que se puede considerar como el de consolidación de la nación estadounidense.¹⁵⁷

La revolución gala se produjo en un contexto muy diferente, aun cuando en ambos casos las construcciones teóricas de la modernidad temprana resultaron referentes claves de la producción de la nueva sociedad. Una de las mayores diferencias estriba en el problema de la emergencia de la nación. En Francia, este fue un proceso que podemos

¹⁵⁶ R. Hilton, (Ed.): *La transición del feudalismo al capitalismo*, Crítica, Barcelona, 1982.

¹⁵⁷ Para profundizar en el caso estadounidense, FONER, E. *Give me Liberty! An American History* (third edition), W.W. Norton & Company, New York, 2011; ZIM, H.: *La otra historia de los Estados Unidos*, Hondarribia, HIRU, 1997; Morrison, S., Leuchtenburg, W. y Commanger, H.: *Breve Historia de los Estados Unidos*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1995 y HALL, Kermit L. (ed.): *Major Problems in American Constitutional History*, D.C. Heath and Company, Lexington-Toronto, 1992

rastrear, al menos en su forma explícita, tan atrás como los siglos XIV y XV, particularmente en el entorno de la Guerra de los Cien Años. En otras palabras, el estallido revolucionario de 1789 se produjo dentro de los marcos ya definidos de uno de los Estados-nación originales. Al mismo tiempo, uno de los ejes del proceso era la liquidación de una monarquía absoluta, que se legitimaba a partir del supuesto origen divino y la tradición, a lo cual se oponía la búsqueda de espacio y de una nueva fuente de legitimidad por los macrosujetos emergentes.¹⁵⁸

El problema de la nación y la nacionalidad es sumamente complejo. La historia europea demuestra que la definición de la primera puede asociarse directamente con la consolidación de determinadas elites como centro del sistema de poder en cada Estado, a través de procesos de mezclas e hibridaciones sociales y manteniendo un principio de unidad más allá de la subordinación a uno u otro monarca, dentro del cual se gestaron las identidades nacionales primigenias en ese espacio. La asimilación de los intereses de esas elites como intereses nacionales se convirtió en mecanismo de legitimación por excelencia de la dinámica de las relaciones de poder. Por ello la contradicción entre las aristocracias tradicionales y los nuevos macrosujetos sociales se mantuvieron vigentes durante todo el proceso, y se expresaron abiertamente en las revoluciones, en las cuales las nuevas clases en el poder reclamaron la nación para sí, diferenciándose a su vez de *los otros*, los extranjeros. Por supuesto, ese proceso puso en primer plano como fuentes de legitimidad una serie de factores, como la lengua, la historia, las costumbres, es decir, todo el sistema de cultura.

En otro nivel de la cuestión, la idea de nación se introduce en la cultura occidental, marcada por el individualismo, como un intertexto emanado de una organización diferente, el cual termina siendo la supervivencia de la idea de comunidad. Según una de las obras más influyentes en este tema, *Comunidades imaginadas*, de Benedict Anderson, se trata de comunidades que viven en un tiempo homogéneo vacío, concepto que toma de Walter Benjamin,¹⁵⁹ en el cual se distribuye el espacio social, configurado a partir de series abiertas de conceptos asumidos como universales en la construcción de las identidades, los cuales operan a nivel simbólico, a partir de la conformación de los

¹⁵⁸ La Revolución Francesa de 1789 es el proceso histórico más estudiado y por supuesto sobre el que más se ha escrito. Se pueden consultar textos de diversa índole, como Vovelle, M.: *Introducción al estudio de la Revolución Francesa* o Furet, F.: *Penser la Révolution française*, entre otros muchos. Para los diferentes tratamientos de la ciudadanía y la nacionalidad ver Constitutions de 1791, 1795, 1799

¹⁵⁹ Benjamin, W.: *Illuminations*, Londres, Fontana, 1973, p. 265.

imaginarios sociales.¹⁶⁰ Sin embargo, el fenómeno resulta mucho menos sencillo, si comprendemos que la historia occidental ha transcurrido esencialmente por el camino de la permanente disgregación de esas mismas comunidades, de tal manera que la homogeneidad resulta de la imposición de un patrón único externo en el cual las colectividades tengan un sentido referencial más que organizacional y efectivo, y en el que quedan subsumidas las heterogeneidades. Por ello, fuera de los marcos europeos, o para ser más amplios, de los límites de las sociedades europeizadas, la formación de las naciones incluye una multiplicidad de factores diferentes, con procesos muy específicos, en los cuales el concepto de nación resulta mucho menos eficiente. Las emergencias de identidades nacionales diferentes dentro de la misma Europa ponen en tela de juicio incluso las definiciones clásicas¹⁶¹, y contribuyen a poner en crisis el modelo de Estado-nación.¹⁶²

El siglo XIX fue el de la expansión definitiva y consolidación del capitalismo como eje articulador del sistema-mundo, con la integración al sistema de procesos de la revolución industrial, particularmente en Europa continental y Estados Unidos, la conformación de los imperios coloniales modernos y el predominio creciente del liberalismo.¹⁶³ Dentro de este entramado se incluyó el crecimiento de la importancia política de los sectores sociales subordinados a partir de la consolidación de los sistemas fabriles, lo cual se expresó en la ampliación permanente de la ciudadanía, en la medida en que se expandían las constituciones y ordenamientos jurídicos, marcados en gran medida por la influencia del Código Civil napoleónico y los textos emanados de las revoluciones de la época.¹⁶⁴

En ese contexto nació el proceso constitucional español, uno de los núcleos de su ciclo revolucionario (1808-1874), el cual tuvo además la peculiaridad de iniciarse bajo el

¹⁶⁰ B. Anderson: *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, Verso, Londres, New York, 1991.

¹⁶¹ T. Nairn: *The Breake-up of Britain*, Londres, New Left Books, 1977; Seton-Watson, H.: *Nations and States An Enquiry into the Origins of Nations and the Politics of Nationalism*, Boulder, Westview Press, 1977.

¹⁶² P. Chatterjee: *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

¹⁶³ E. Hobsbawm: *La era del capital*, [s.e., s.c., s.a.]

¹⁶⁴ J. Bouineau, y J. Roux: *200 ans de Code Civil*, Paris, Ministère des Affaires Étrangères, 2004.

impulso de la invasión francesa.¹⁶⁵ Desde la constitución gaditana de 1812 - popularmente conocida como La Pepa- hasta la constitución nacida de la restauración de 1874, dirigida por Antonio Cánovas del Castillo, los textos constitucionales hispanos fueron muestra palpable de las agudas luchas políticas que se libraron en la península y sus posesiones de ultramar, condicionadas además por la acción distorsionadora de la Santa Alianza.¹⁶⁶

En el texto de 1812 se hacía una diferenciación clara de la nacionalidad y la ciudadanía, y se establecieron condiciones para la naturalización. Además, se preveía exigir, a partir de 1830, el saber leer y escribir para poder ostentar ciudadanía plena.¹⁶⁷ Todo ello solo puede entenderse si se consideran la división del país entre el territorio controlado por los franceses y la regencia gaditana unido al impulso modernizador que imperaba en los constituyentes. Después del fin de la ocupación francesa en 1814, el proceso se articuló, en lo fundamental, en torno a las contradicciones entre liberales de distintas tendencias y absolutistas, con el desarrollo posterior de las primeras formas de conservadurismo, el cual absorbió una parte de la tradición liberal. La introducción de la ciudadanía, factor clave en la difícil liquidación del absolutismo, fue una de las piedras angulares en las nuevas construcciones jurídicas, con la peculiaridad de identificar como norma ciudadanía y nacionalidad. Por ejemplo, en la Constitución de 1837 se regula la condición de español, las formas de obtenerla por nacimiento o naturalización, así como las causas para perderla, con lo cual los derechos civiles y políticos se asocian con la nacionalidad.¹⁶⁸

El caso español resulta particularmente importante en el tema que nos ocupa, pues durante más de 80 años los cubanos estuvieron en relación con las distintas constituciones y en general con el reordenamiento jurídico de su antigua metrópolis, llegando a recibir oficialmente la condición de ciudadanos según la Constitución de Cádiz. Por supuesto, hay que considerar que a partir de 1837 se excluyó a la población de las colonias, de los derechos ciudadanos, pues para ellos se dictarían leyes especiales, las cuales, al menos para Cuba, nunca fueron promulgadas, manteniendo en efecto las

¹⁶⁵ W. Artola, *Iluminations*, Londres, Fontana, 1973; Carr, R.: *España, 1808-2008*, Ariel, Madrid, 2009.

¹⁶⁶ Coalición de potencias europeas constituida como parte de la reorganización de las fronteras y el sistema de relaciones intraeuropeas tras la derrota definitiva de Napoleón Bonaparte, con el objetivo de proteger el equilibrio continental, sostener a las monarquías y evitar las revoluciones.

¹⁶⁷ Constitución, de 1812

¹⁶⁸ Constitución, de 1837

facultades omnímodas conferidas a los capitanes generales.¹⁶⁹ De manera paralela y con fuertes interconexiones, se desarrollaron las luchas por la independencia hispanoamericana. En los diversos espacios se desplegaron heterogéneos procesos que dieron origen a los Estados de América Latina, los cuales se dotaron desde el comienzo de constituciones y legislaciones inspiradas por las distintas corrientes de pensamiento de la época. Pero en prácticamente todos los casos, las nuevas entidades políticas se constituyeron *antes* de la conformación efectiva de las naciones correspondientes. Aunque este es un punto polémico, lo cierto es que el período colonial dotó a las oligarquías locales de particularidades, a la vez que prácticamente bloqueó la conformación de vínculos efectivos entre las distintas unidades administrativas, aunque desde el punto de vista técnico-jurídico justificó la formación de los nuevos Estados a partir de las fronteras de los virreinos, capitanías generales y gobernaciones.¹⁷⁰ Por otro lado, no las dotó de identidades propias definidas y aceptadas, fuera de la pertenencia al imperio colonial, lo cual convertía a sus habitantes en españoles de América o americanos. De hecho, los Estados se convirtieron en condicionantes de la formación de las naciones de la región, proceso prolongado, contradictorio y alejado en gran medida de las dinámicas europeas, que dejó sin resolver una gran cantidad de problemáticas, muchas de ellas vigentes hasta la actualidad.¹⁷¹

Ciudadanía y nación en la historia de Cuba

Dentro de este sistema de procesos el caso cubano reviste una serie de peculiaridades. Cuba tuvo un acceso tardío a la independencia, que puede situarse en 1898, alcanzada como resultado de un proyecto propio, donde la participación de elementos externos resultó esencialmente secundaria durante la mayor parte del proceso, en particular en lo concerniente a la definición de los objetivos y estrategias, a pesar de la importancia que tuvo en algunos momentos la participación de Estados Unidos o de la presencia de grandes figuras nacidas en el extranjero. Además, las guerras de independencia (1868-

¹⁶⁹ A. Franco, "La constitucionalización del estatuto colonial de Cuba en las Cortes españolas. (1836-1837)" en: Villabell, C. (Comp.): *Hitos constitucionales del siglo XIX cubano*, Ácana, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Universidad de Camagüey, Camagüey, 2011, pp. 81-121.

¹⁷⁰ Por ejemplo, Anderson considera que los Estados americanos son pioneros en la formación de las naciones, con un modelo propio, en Anderson, B.: *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism...cit*, pp. 47-65.

¹⁷¹ A. Niño, L. Castro, y F. Guerra, *De los Imperios a las Naciones. Iberoamérica*, IberCaja, Zaragoza, 1994.

1898) fueron anteceditas por el desarrollo de un pensamiento propiamente *cubano*, el cual devino referente en el reconocimiento de una identidad definida, que se hizo evidente para pensadores como Félix Varela o José Antonio Saco.

Ello no significa la ausencia de contradicciones y tendencias opuestas, como lo fueron el anexionismo (hacia Estados Unidos) o el integrista. Incluso los proyectos nacionales tenían dos vertientes: el independentismo, que sigue la línea desde Varela hasta José Martí, y el reformismo de Saco y José de la Luz y Caballero, después evolucionado hacia el autonomismo de Rafael Montoro y Eliseo Giberga. La polémica entre estas alternativas se extendió durante casi toda la centuria, y el factor catalítico de la guerra fue el que resolvió la contradicción, dejando en primer plano la independencia. De manera que, cuando sumamos los factores, podemos afirmar que el Estado cubano surgió sobre una nación y una nacionalidad formadas, las cuales se expresaron como tales desde la propia guerra, después de un primer período de indefinición sobre los objetivos de aquella.¹⁷² Una nación por demás relativamente homogénea, debido a un importante nivel de síntesis expresado en una identidad común reconocida por la mayoría de los cubanos, la cual terminó por absorber los múltiples particularismos.

La construcción de la nación y la lucha por el establecimiento de un Estado propio incluyeron un largo proceso de conformación de los marcos constitucionales. El punto de origen habría que situarlo en la proclamación de la constitución española de 1812, cuyos impactos fueron múltiples y heterogéneos, dejando una amplia serie de insatisfacciones, las cuales tuvieron ecos en los proyectos que siguieron.¹⁷³ En la primera mitad del siglo XIX se formularon varias de estas propuestas, repartidas a partes iguales entre autonomistas y separatistas, estas últimas subdivididas a su vez entre proyectos claramente independentistas y aquellos que se proponían a mediano o largo plazo la incorporación a Estados Unidos. Entre ellos es de particular interés para nosotros el texto redactado por Gabriel Claudio Zequeira en 1821, con el objetivo de ser

¹⁷² Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba. La colonia*, Editora Política, La Habana, 1994; Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba. Las luchas por la independencia y las transformaciones estructurales 1868 – 1898*, Editora Política, La Habana, 1996; Ibarra, J.: *Patria, etnia y nación*, Ciencias Sociales, La Habana, 2007.

¹⁷³ R. Suárez, "Repercusiones de la Constitución de Cádiz en Cuba (1812-1814)" en Villabella Armengol, C. (Comp.): *Hitos constitucionales del siglo XIX cubano*, Camagüey, Ácana, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Universidad de Camagüey, 2011; Fernández, Y.: "Los "fieles" orígenes del constitucionalismo cubano (1810-1814)", en: Villabella, C. (Comp.): *Hitos constitucionales del siglo XIX cubano...cit*, pp. 59-80.

presentado ante las Cortes en 1822, pues en él se proponía diferenciar a los ciudadanos españoles de los españoles americanos, reservándose a estos últimos los derechos políticos en las posesiones antillanas. En los tres proyectos separatistas pre bélicos no se hace mención de la nacionalidad, y sí de la ciudadanía.¹⁷⁴

La vertiente separatista tuvo como su primer proyecto constitucional el de Joaquín Infante de 1818. En 1851, el venezolano Narciso López, una de las figuras claves del anexionismo cubano, elaboró un proyecto constitucional que debería regir mientras durara la guerra que iniciaría contra España ese mismo año. En 1858 sus seguidores prepararon un documento muy similar, que se conoce como la Constitución del Ave María.¹⁷⁵ En ninguno de estos tres proyectos se habló de nacionalidad, aunque sí de ciudadanía, con la idea repetida de que se podía alcanzar siempre que se jurara sumisión a la República, si bien en el proyecto de Infante se refiere a los extranjeros arraigados, mientras que en el de López, cuyo artículo fue copiado literalmente en la Constitución del Ave María, se habla de cualquier persona, siempre que hiciera su juramento ante el tribunal civil.¹⁷⁶

De mayor interés para nuestro tema resultan las constituciones mambisas, las cuales estuvieron de hecho vigentes en el territorio controlado por ellos. En la elaboración de la constitución de Guáimaro, redactada y aprobada entre el 9 y el 10 de abril de 1869 tuvo un peso decisivo la preeminencia de un sector muy influido por las ideas liberales y civilistas, entre los cuales destacaron figuras como Ignacio Agramonte y Antonio Zambrana. Por la inexperiencia y premura de sus redactores, las prioridades que debieron seguir y lo complicado y contradictorio del contexto, además del polémico y no resuelto punto de la esclavitud y las diferencias de criterios e intereses en torno a ella, el tratamiento de la ciudadanía es insuficiente. A todo lo largo del breve texto se hace referencia a los ciudadanos, pero no se regula la condición, así como tampoco la nacionalidad. En los artículos del 24 al 27 se establece que todos los habitantes de la república son libres –con lo cual se asumía una posición radical en torno a la esclavitud que después debió experimentar un largo proceso hasta ser asumida-, se fija la obligatoriedad del servicio militar –estaban en plena guerra- y la prohibición de recibir

¹⁷⁴ Bernal, 2006, pp. 2-9.

¹⁷⁵ Bernal, 2006, pp. 6-9.

¹⁷⁶ Carreras, 1981, pp. 165, 268, 169, 173.

dignidades u honores extranjeros. En realidad la ciudadanía aparece prácticamente como realidad asumida a priori, más que como objeto de regulación.¹⁷⁷

Las dos constituciones mambisas que siguieron, elaboradas en contextos muy diferentes, prácticamente no hacen aportes al tema que nos ocupa. La llamada Constitución de Baraguá fue redactada precipitadamente el 23 de marzo de 1878 por un grupo de líderes revolucionarios que se negaban a aceptar la paz firmada en febrero de ese mismo año en El Zanjón, en ella solamente se reorganiza el gobierno y el mando militar, simplificando el primero al máximo, y se declara válida toda legislación anterior que tribute a la lucha, a los ciudadanos ni siquiera se les menciona en el brevísimo texto.¹⁷⁸ La Constitución de Jimaguayú, aprobada el 16 de septiembre de 1895, vuelve a centrarse en la organización del sistema de dirección de la revolución. Sobre los ciudadanos aparecen algunas referencias, se considera a los allí reunidos representantes de los cubanos en armas, pero no son reguladas la ciudadanía y la nacionalidad.¹⁷⁹

La llamada Constitución de La Yaya, aprobada el 29 de octubre de 1897, desde el punto de vista técnico resulta sin dudas mucho más avanzada que los anteriores, lo cual demuestra la importante evolución en materia legislativa del movimiento revolucionario, así como el nivel intelectual de los constituyentes. Para esas fechas se había sumado un número significativo de representantes de las elites de la sociedad criolla de entonces, quienes aportaban su más alto nivel educacional económico.¹⁸⁰ En ese texto -en su título primero, *Del territorio y la ciudadanía*, artículos segundo y tercero-, se regula la ciudadanía cubana por primera vez en la historia, con supuestos para su acceso mediante el *ius soli* o el *ius sanguinii*, los cuales se han mantenido presentes desde entonces. Tiene la peculiaridad de mezclar los supuestos del estado civil político con uno de los elementos propios de la nacionalidad, ya que se introduce en el

¹⁷⁷ Ídem, pp. 175-178.

¹⁷⁸ Ibídem, p. 180.

¹⁷⁹ Ibídem, pp. 186-190.

¹⁸⁰ Cuba se había convertido, a comienzos del siglo XIX, en una fuente de riquezas de dimensiones incalculables, a partir de la expansión acelerada de su economía, apoyada en la conquista de la posición dominante en el mercado azucarero internacional, con el concurso adicional, en las primeras décadas, de la producción cafetera y otros más tradicionales, como el tabaco. Esa riqueza era gestionada en lo fundamental por las oligarquías criollas, cuyo sector azucarero se transformó en lo conocida sacarocracia. Por lo mismo, para las elites peninsulares era fundamental mantener el control de Cuba, cuyos recursos extraían mediante los sistemas de impuestos directos y aranceles, es decir, mediante instrumentos de raíz política. Ver Le Riverend, 1975

apartado segundo la noción de cubanos, sin establecer en parte alguna distinción entre ambos.¹⁸¹ En el texto no se diferencian los ciudadanos de origen de los naturalizados, pero del mismo se infiere que se refieren a los primeros, puesto que se equiparan las personas nacidas en territorio cubano, con aquellas que hubieran servido directamente a la Revolución, sin importar su naturalidad de origen, en el apartado 3 del artículo 2º,¹⁸² y así honrar a los muchos extranjeros que participaron directamente en la contienda.¹⁸³

Tras la intervención de Estados Unidos y la firma del Tratado de París del 10 de diciembre de 1898, se inició el proceso de formación del nuevo Estado cubano, el cual tuvo uno de sus hitos fundamentales en la convocatoria de la Asamblea Constituyente. Esta trabajó en condiciones de ocupación militar estadounidense y con la presión de incluir una relación “privilegiada” con Washington, o más exactamente, la aceptación de su dominación. La Constitución de 1901, su resultado, reguló la ciudadanía en su Título II, el cual abarcaba los artículos del 4 al 9. En él se volvieron a mezclar los supuestos de estado civil político con los de la nacionalidad, y en la redacción aparecieron los términos ciudadanía y nacionalidad como intercambiables. Por primera vez se incluyó la naturalización explícitamente y se mantuvo la mezcla de *ius soli* con *ius sanguinii*. Además, se estableció la pérdida de la condición de cubano por adquirir una ciudadanía extranjera, por prestar servicio por las armas o por empleo a otro Estado, algo novedoso, pues anteriormente solo se establecían algunas prohibiciones en lo tocante a recibir distinciones extranjeras.¹⁸⁴

Para comprender mejor este punto debemos observar que uno de los principales problemas que debía enfrentar el nuevo Estado, en particular en relación con el *status* de los habitantes del país, era la presencia de una importante comunidad de españoles peninsulares, así como de criollos vinculados al régimen colonial. La nacionalidad cubana, si bien formada ya para entonces, tal como decíamos, pasaba por un proceso de reconocimiento internacional, a la vez que resultaban especialmente delicados aspectos como el destino de las propiedades y los recursos controlados por esos sectores. Tampoco debe desconocerse que la guerra misma, y en especial algunos de los excesos

¹⁸¹ *Ibíd.*, pp. 190-199.

¹⁸² *Ibíd.*, pp. 190-191.

¹⁸³ A. Escalante Colás, (Dir.): *Diccionario enciclopédico de historia militar cubana*. Tomo I, Centro de Estudios Militares de las FAR, La Habana, 2006.

¹⁸⁴ Constitución, de 1901

de las fuerzas realistas, como la reconcentración decretada en 1896, verdadero ensayo de lo que décadas después serían los campos de concentración, influían también en la subjetividad de los legisladores. Los españoles fueron diferenciados de los demás extranjeros y se les exigió decidir si inscribirse como tales o como cubanos, en registros especiales creados al efecto. Es importante considerar también la evolución de la estructura social cubana, a partir de la abolición de la esclavitud y la consiguiente conformación de una amplia capa de trabajadores asalariados que combinaba tanto a los ex esclavos como a los sectores de trabajadores libres previamente existentes, desarrollo este concomitante con el de las clases medias y los grupos profesionales. Ello implicaba nuevos intereses y nuevas relaciones sociales que debían ser consideradas en el orden político del país.

En síntesis, la ciudadanía cubana nació, desde el punto de vista legislativo y doctrinal, confundida con la nacionalidad, prácticamente como un acto de reivindicación de derechos exclusivos para los nacionales a participar en la vida política del país, abriendo un espacio para los extranjeros directamente vinculados a la revolución de independencia. Resulta interesante que en la Constitución de Guáimaro se reservaba la presidencia de la República para personas nacidas en Cuba, mientras que a partir de la de La Yaya, retomada en 1901, se establecía la posibilidad de ostentarla para extranjeros con al menos diez años de servicios con las armas a la causa de la independencia. Esta disposición abría la posibilidad de postular para el cargo a algunas figuras muy relevantes nacidas en el extranjero, posibilidad que le fue propuesta al Mayor General Máximo Gómez, quien no aceptó.

El siguiente hito fundamental en el desarrollo del concepto y la regulación de la ciudadanía cubana lo encontramos en la Constitución de 1940. Para comprender algunas de sus peculiaridades, es necesario tomar en cuenta que a la constituyente, convocada en 1938, se llegó después de la Revolución de 1933, que se inició como un movimiento estudiantil y obrero y devino un vasto movimiento de diversos sectores de la sociedad cubana, el cual introdujo importantes cambios en el sistema político, las estructuras ideológicas e incluso impulsó el cambio en el modelo de dominación estadounidense que el gobierno de Franklin D. Roosevelt terminaría extendiendo por toda la región. Y

por supuesto, después de la reacción asociada también al inicio de la participación directa del ejército en la vida política nacional.¹⁸⁵

La combinación de estos factores con procesos de gran importancia a nivel internacional, en particular el avance del fascismo y la reacción contra el mismo, así como la política del Buen Vecino aplicada por Washington en la búsqueda de garantizar estabilidad regional en un contexto internacional muy complicado, se articuló con la formación y consolidación de tendencias y organizaciones políticas comunistas, socialistas, reformistas, nacionalistas y socialdemócratas para transformar el escenario nacional cubano. Este desarrollo conllevó la búsqueda de la redefinición del Estado, para adecuarlo a las nuevas circunstancias, en particular a la emergencia de sectores industriales no azucareros, intelectuales y clases medias que pretendían desplazar del control absoluto del poder a la sacarocracia. Evidentemente, en ello convergieron también el desarrollo general de las concepciones y estructuras políticas a nivel mundial: el siglo XX fue considerado como el de la política de masas, durante el cual la legitimación de los distintos sistemas de gobierno, es decir, de las relaciones de poder, se produjo a partir de la consolidación de mecanismos formales de participación política ciudadana.

En el texto de 1940 la ciudadanía se regula en el título segundo, el cual abarca los artículos del 8 al 18. La simple inspección del articulado, comparado con los correspondientes de las constituciones de 1897 y 1901 demuestra la profundización en el tema, cuyo tratamiento gana en complejidad. Resulta significativo que la denominación de esa sección sea *De la nacionalidad*, cuando a continuación se introduce el tratamiento de los vínculos políticos entre las personas naturales y el Estado, o sea, se desarrollan los supuestos de la ciudadanía y se utilizan explícitamente ciudadanía y ciudadano. Entre los puntos fundamentales se mantienen tanto el derecho a la naturalización como la combinación de *ius soli* con el *ius sanguinii*. En algunos artículos, como el 16, al abordar la relación entre el matrimonio y la ciudadanía, se utiliza el término nacionalidad prácticamente como sinónimo. Además, se regula la pérdida de la ciudadanía cubana por la adquisición de otra ciudadanía o por aceptar

¹⁸⁵ Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba. La neocolonia: organización y crisis desde 1899 hasta 1940*, Editora Política, La Habana, 1998.

servir a otro gobierno sin autorización expresa del senado, entonces cámara alta del parlamento bicameral, algo que provenía de la anterior constitución.¹⁸⁶

El apartado referido a la ciudadanía fue complementado con el *Reglamento de Ciudadanía*, aprobado como Decreto 358 del Consejo de Ministros, de 4 de febrero de 1944. Uno de los puntos más significativos de ambas normas es el establecimiento de dos documentos, uno denominado *Certificado de Nacionalidad* que se entregaba a los cubanos por nacimiento previa solicitud, y otro llamado *Carta de Ciudadanía* para los cubanos por naturalización, también previa solicitud. En el *Reglamento* se utilizan los términos *ciudadano* y *ciudadanía* en algunos pasajes, cuyos análogos en la constitución no lo hacen.¹⁸⁷ Todos estos factores llevan a pensar que la doctrina y la legislación cubanas experimentaban un proceso evolutivo que tendía a diferenciar entre nacionalidad y ciudadanía, aunque hacia la primera mitad de la década de los ´40 no se hubiese concretado esa distinción.

El golpe de estado liderado por Fulgencio Batista en 1952 fue el punto de comienzo de un vasto movimiento social y político que derivó en la Revolución de 1959. Uno de los objetivos declarados de la revolución era el restablecimiento de la Constitución de 1940, que había sido derogada por Batista y sustituida por el llamado Estatuto del Viernes de Dolores. Ese objetivo se cumplió, si bien a los pocos meses del triunfo se dictó una Ley Fundamental, y en los años siguientes se introdujeron múltiples modificaciones, pero en lo tocante a la ciudadanía y la nacionalidad se mantuvieron las mismas confusiones ya señaladas. Los artículos 12 y 13, incisos a) y b) de la Ley Fundamental, sobre los ciudadanos por nacimiento y naturalización, fueron casi calcos de los apartados II.3 y III.8 a) y b) del Decreto 358 de 1944, a pesar de las diferentes situaciones históricas que les dieron origen. Solo se añaden como nuevos “el artículo 12 e) de la Ley antes citada, donde se consideraban ciudadanos por nacimiento “los extranjeros que hubiesen servido a la lucha contra la tiranía derrocada (...) durante dos años o más, y hubiesen ostentado el grado de comandante durante un año por lo menos (...)”, así como el artículo 13 c), que consideró ciudadanos por naturalización a “los extranjeros que hubieren servido a la lucha armada contra la tiranía (...), y que al finalizar la misma hubiesen ostentado grados de oficiales del Ejército Rebelde (...).”¹⁸⁸

¹⁸⁶ Constitución, Ley No. 1, de 1940.

¹⁸⁷ Decreto 358, de 1944.

¹⁸⁸ Ley Fundamental, de 1959.

Solo una cuestión que no se puede dejar de resaltar, y sobre la que no hemos encontrado precedente en la historia de la ciudadanía y nacionalidad cubanas: en la Ley Fundamental se observan intentos conscientes por regular de alguna manera la nacionalidad cubana, diferenciándola de la ciudadanía. Baste con analizar el artículo 9 c), donde establece que todo cubano está obligado a “observar conducta cívica inculcándola a los propios hijos y a cuantos estén bajo su abrigo, promoviendo en ellos la más pura conciencia nacional”, cuestión que si dejaba dudas, se despejan al cambiar expresamente en el artículo 13 incisos a) y b), en dos ocasiones la palabra ciudadanía copiada del apartado III.8. Incisos a) y b) del Decreto 358, por nacionalidad.¹⁸⁹ O sea, se le otorga importante contenido ético e identitario, que trasciende lo político-jurídico.

Precisando los conceptos

Los procesos que hemos recorrido brevemente han condicionado las posiciones actuales de la doctrina cubana respecto a la cuestión de la ciudadanía. Prieto, Pérez y Sarracino la definen como “el vínculo político jurídico del individuo con el Estado, condición o relación básica de la que se deriva el disfrute de los derechos que el Estado se ve llamado a garantizar y el cumplimiento de los deberes ciudadanos”.¹⁹⁰ Para Peraza es “el vínculo jurídico de la persona física o natural con el Estado, caracterizada por varios elementos: estabilidad, posesión de derechos y deberes, subordinación al poder del Estado, y también derechos y deberes por parte del Estado”.¹⁹¹ Desde el Derecho Internacional Privado, Santibáñez ofrece una muy parecida: “representación del vínculo político jurídico de un individuo con el Estado, a consecuencia de la cual dimanen derechos y deberes de diferente naturaleza para ambas partes.”.¹⁹² En realidad las tres concepciones se complementan entre sí, aunque el ordenamiento jurídico cubano no sea explícito en este sentido.

En cuanto a la nacionalidad, las primeras autoras citadas en este acápite la distinguen como “el vínculo socio-psicológico del individuo con su grupo nacional y con su

¹⁸⁹ Ley Fundamental, de 1959; Decreto 358, de 1944.

¹⁹⁰ M. Prieto, L. Pérez y G. Sarracino: “A propósito de la ciudadanía en Cuba”, en Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L. (Comp.): *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002, p. 148.

¹⁹¹ J. Peraza: “La ciudadanía cubana”, en *Ídem*, p. 154.

¹⁹² R. Dávalos Peña, T. y Santibáñez, M.: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 2.

nación, el cual (...) le permite tener idiosincrasia, cultura, valores similares a los de la comunidad donde se desarrolla”,¹⁹³ mientras que Peraza prefirió citar a Tamames, quien expresa que esta “es la pertenencia a la nación (...) un modo de estructurarse la sociedad, como producto de coagulación de un pasado histórico y que se expresa en la comunidad de lengua, territorio, vida económica y cultura”.¹⁹⁴ Santibañez es la que nos parece más acertada cuando afirma que la misma “representa lazos culturales, sociales y hasta religiosos con una determinada nación en pos de confirmar la idiosincrasia de la misma.”¹⁹⁵ No obstante, los criterios anteriores resultan insuficientes, ya que hay factores de la identidad que no están presentes en los dos primeros. En nuestro criterio, el sujeto tiene múltiples identidades en constante interacción. En los tres casos tenemos una percepción diferente de cultura, que abarca al resto de los términos, ya que la identificamos con todas las formas de producción y reproducción humanas, así como las matrices de esa producción.¹⁹⁶ Igualmente, la pertenencia a la nación debe ser una construcción consciente, sin esta no tendría sentido. No obstante, los autores fueron más allá del ámbito puramente jurídico, cuestión indispensable cuando se trata esta institución. Habría que incluir los enfoques antropológicos, semióticos y politológicos que existen sobre el tema.

El debate se enriquece con los aportes provenientes de las legislaciones y la doctrina foráneas, por las implicaciones prácticas que puede acarrear. En Venezuela y Ecuador se considera la ciudadanía como la condición jurídica que se obtiene de la nacionalidad, mientras que la última es el vínculo político jurídico que une a la persona con el Estado.¹⁹⁷ Por otra parte, fueron consultados varios autores que han trabajado estos temas por equipos o individualmente, y Rivera señala la nacionalidad como cualidad jurídica, que implica vínculos con el Estado, mientras que el equipo dirigido por

¹⁹³ M. Prieto, L. Pérez y Sarracino, G.: “A propósito de la ciudadanía en Cuba”, en Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L. (Comp.): *Temas de Derecho Constitucional Cubano...cit.* p. 148.

¹⁹⁴ J. Peraza: “La ciudadanía cubana”, en *Ídem*, p. 154.

¹⁹⁵ R. Dávalos Peña, T. y Santibañez, M.: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial, ...cit.* p. 2.

¹⁹⁶ Domínguez, en edición.

¹⁹⁷ Ley de Nacionalidad, Venezuela, de 2004; Rivera, Giovanni, “La Nacionalidad”, Disponible en: www.lahora.com.ec [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012], 2008.

Lagumina le atribuye carácter político.¹⁹⁸ Los Estados que representan a estos especialistas reflejan en sus respectivas legislaciones los criterios esgrimidos por ellos, por lo que se aprecia, al menos en un primer análisis, aunque habría que profundizar en cada caso, el nivel de correspondencia entre la doctrina y la norma jurídica. Sin embargo, justamente este concepto es el que hemos estado manejando como ciudadanía, por lo que nuestra posición difiere en varias de sus esencias.

La nacionalidad para nosotros trasciende las fronteras del Derecho, no se adquiere desde el nacimiento, sino que es producto de la madurez que requiere el individuo para poder percibirse a sí mismo como nacional, pero por otra parte nos tropezamos con la disyuntiva de que no se puede esperar a que el individuo alcance la mayoría de edad para ser considerado cubano o mexicano; para suplir esta falta contamos con la figura jurídica de la ciudadanía. De regularse la nacionalidad en una norma jurídica para su protección, algo que en realidad no consideramos necesario, debería ser una condición, prueba mediante, pues tampoco debe presumirse de plano su existencia, a tener en cuenta para definir el proceso de obtención de la ciudadanía. Además, no debe confundirse la nacionalidad con la naturalidad, que se refiere al lugar de nacimiento de la persona, y si tiene reflejo en los ordenamientos jurídicos a través del *ius soli*.

Solo Venezuela y Ecuador entre los países estudiados se definieron en su legislación la nacionalidad por separado, y en el primer caso se conceptualizó además la ciudadanía. Estas enunciaciones resultan siempre riesgosas, al tratar de fijar realidades en permanente cambio, uno de los problemas que enfrenta el derecho en general. En cuanto al reconocimiento institucional, en la actualidad Venezuela y Ecuador diferencian en sus respectivas legislaciones la nacionalidad y la ciudadanía.¹⁹⁹ No obstante, somos de la opinión que en realidad dichos ordenamientos se están refiriendo a la ciudadanía, ateniéndonos a los criterios antes expuestos.

Brasil y España regulan la nacionalidad sin realizar otras distinciones;²⁰⁰ Italia se refiere a la ciudadanía, mientras que Cuba, Ecuador, Alemania y Francia manejan indistintamente ambos términos, pero técnicamente regulan la ciudadanía.²⁰¹ Aquí se

¹⁹⁸ S. Lagumina, *et al: Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Institut d'études politiques, Ed. La Documentation française, Paris, 1997, p.4; Rivera, G.: "La Nacionalidad" ...cit.

¹⁹⁹ Ley de Nacionalidad, Venezuela, de 2004; Constitución, Ecuador, de 2008.

²⁰⁰ Constituição, Brasil, de 1988; Código Civil Español, de 1889.

²⁰¹ Constitución, Cuba, de 1976; Legge n. 91, de 1992, Italia; Constitución, Ecuador, de 2008; Ley Fundamental, Alemania, de 1949; Nationality Act, Alemania, de 1913; Code Civil, France, de 1804.

plantea otra vez una contradicción entre las categorías, partiendo de que existen diferencias entre ciudadanía y nacionalidad, pues una persona puede sentirse nacional de una patria determinada y no ostentar ciudadanía alguna de ese lugar, o puede ser ciudadana, y no guardar vínculo nacional alguno con su origen o naturalización.

La constitución cubana de 1976 y la legislación internacional. Breve comparación

Lo sintetizado en las páginas anteriores nos permite afirmar que los fundamentos legales del Estado cubano, y en particular lo tocante a la ciudadanía, su tratamiento y su relación con la nacionalidad, experimentó un proceso de desarrollo que, solo considerando la realidad criolla, se extendió por más de un siglo. A ello hay que agregar la existencia de un amplio sustrato proveniente de la milenaria historia de la cultura occidental, así como la interacción con múltiples procesos concurrentes originados en diversos espacios y condiciones. Por cuestiones de espacio, tuvieron que dejarse fuera del análisis cuestiones como la privación, renuncia, suspensión y recuperación de la ciudadanía o nacionalidad, e igualmente se redujo el número de países, que originalmente fueron doce.

A partir de 1959, a los factores antes mencionados se sumaron otros, al menos dos de los cuales devinieron fundamentales: la confrontación con Estados Unidos y la influencia de la ex Unión Soviética, lo cual podría resumirse en la reubicación del país en las dinámicas de la guerra fría, desde la órbita de Washington a una nada lineal ni sencilla alianza con Moscú. La sinergia dentro de ese sistema de subprocesos y tendencias se expresó en las formulaciones teóricas de distinto tipo, las jurídicas dentro de ellas, dirigidas a sistematizar el conocimiento sobre la nueva realidad cubana, a estructurarla o a regularla. La decantación de la revolución cubana de 1959 por el camino del socialismo, anunciado en 1961, pero iniciado al menos hacia finales de 1960 con las primeras nacionalizaciones, y llevado por el camino de la estatización y la radicalización a finales de los años '60, transformó las condiciones de tal manera que los marcos legales establecidos por la Constitución de 1940, a pesar de las constantes modificaciones, se hicieron completamente inoperantes. De hecho, durante la primera década y media el país vivió un proceso sumamente dinámico, donde primaba la flexibilidad en el funcionamiento de las instituciones, la convocatoria pública y el apoyo masivo y abierto como mecanismo de legitimación, y la experimentación en todos los campos.

Las nuevas condiciones creadas a nivel nacional e internacional en los '70, los efectos de una crisis económica, la mayor madurez del proceso, y el relativo aislamiento

regional, entre otros factores, llevaron a un mayor acercamiento con la URSS y a la búsqueda de la institucionalización de la revolución y sus resultados. El resultado fue la convocatoria a la Asamblea Constituyente de 1975, la cual fue precedida de algunos experimentos en los cuales se probaron algunas de las propuestas para la reestructuración del sistema político-administrativo. De esa combinación nació la Constitución de 1976. En ese texto convergieron los componentes de larga duración del desarrollo de la sociedad cubana, de su sistema político y en particular de su sistema jurídico, el impacto transformador de la revolución y la influencia de los modelos socialistas europeos, en especial el soviético. Esa constitución está vigente hasta hoy, aunque tuvo una amplia modificación en 1992, a raíz del colapso del socialismo eurosoviético y la consecuente búsqueda de adecuación a las nuevas circunstancias.

En lo referente a los temas de ciudadanía y nacionalidad, la Constitución del '76 regula la primera en el capítulo II, titulado *Ciudadanía*, el cual abarca los artículos del 28 al 33, en los cuales se establecen las condiciones para su adquisición y pérdida. Aún se advierte confusión en el artículo 29 inciso ch), porque se hace referencia a la nacionalidad, al usar el término de cubanos. En la reforma de 1992, aunque se cambia la redacción del artículo antes mencionado, en el número 32 vuelve a hablarse de cubanos, cuestión que ya hemos abordado en el análisis de Constituciones anteriores como la de la Yaya, por lo que permanece la nacionalidad como una realidad jurídica. La modificación del 2002 no tocó el tema, por lo que los anteriores cambios son los que se mantienen vigentes hasta hoy.

Resulta interesante apuntar que la Constitución cubana se refiere al término de ciudadanía tanto para los cubanos por nacimiento como por naturalización, en su articulado del 28 al 33, mientras que el Decreto No. 358 de 1944, Reglamento de Ciudadanía, vigente en parte, otorga Cartas de Ciudadanía a los cubanos naturalizados, y otorgaba Certificados de Nacionalidad a los cubanos por nacimiento en el Título II, por lo que difiere conceptualmente del actual texto constitucional. Esto se explica porque al momento de promulgación del Decreto 358 estaba vigente la Constitución del 40, que como ya dijimos no hacía una diferenciación clara de los conceptos. Quizás por ello el Título II del mismo Decreto fuera abrogado por la Ley de Migración,²⁰²

²⁰² Ley No. 1312, 1976.

cumpléndose de esta manera, con el principio de jerarquía normativa²⁰³ por la Asamblea Nacional, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 75, inciso r) de la Constitución para revocar los decretos del Consejo de Ministros que contradigan la Constitución o las leyes.

Por su parte, el apartado 8 del Título III del Decreto 358, enumera los supuestos de los considerados ciudadanos cubanos por naturalización, y del apartado 9 al 16 establece los procedimientos correspondientes. De esta forma complementa el artículo 29 de la Constitución, que establece en su inciso a) como cubanos naturalizados a “los extranjeros que adquieren la ciudadanía de acuerdo con lo establecido en la ley”. Sin embargo, en los incisos b) y c) del mencionado artículo 29, se regulan aparte los casos de los extranjeros que logren acreditar su condición de luchadores armados contra la dictadura, así como de aquellos que habiendo sido privados arbitrariamente de su ciudadanía de origen obtengan la cubana por acuerdo expreso del Consejo de Estado. Al ser tan específicos, los supuestos antes mencionados quedan exentos de la regulación del Decreto 358, y a pesar de la exhaustiva búsqueda efectuada en la doctrina y la legislación, no pudieron encontrarse otras normas jurídicas que instrumentaran cómo proceder en estos casos.

Otra cuestión que resalta más aún cuán obsoleto resulta el Decreto 358, es que este hace referencia al Ministerio de Estado como institución autorizada para realizar los trámites relacionados con la ciudadanía, cuando dicha institución fue sustituida desde el 23 de diciembre de 1959 por el Ministerio de Relaciones Exteriores, debido a la creación del primero por las fuerzas ocupantes norteamericanas, por lo que su diseño y pensamos que en un momento dado, también su personal, estaban diseñados para responder a dichos intereses.²⁰⁴

Una última apreciación, la distinción entre ciudadanía y nacionalidad que ofrece la doctrina cubana, la protección constitucional a la ciudadanía, y la regulación de la nacionalidad en el Código de Bustamante,²⁰⁵ del cual Cuba es signataria, ofrece a

²⁰³ M. Prieto, y Pérez, L.: “Consideraciones en torno a un proyecto de ley de organización y funcionamiento de los municipios”, en Prieto, M. y Pérez, L. (comp.): *Temas de Derecho Constitucional Cubano...cit.* p. 109.

²⁰⁴ *Vid.* Decreto No. 358 de 1944, Reglamento de Ciudadanía.
<http://www.cubaminrex.cu/Ministerio/ministerio.htm> (web consultada el 16 de septiembre de 2011, a las 9:05)

²⁰⁵ Código de Derecho Internacional Privado, de 1928.

primera vista un aparente conflicto conceptual. Del análisis histórico anteriormente expuesto, se infiere que para el momento en que se promulgó esta norma en 1928, todavía persistían confusiones en la legislación cubana en cuanto a los términos a utilizar, y el eminente jurista cubano Antonio S. de Bustamante, redactor principal del mismo, no era ajeno a dichas corrientes doctrinales y legislativas.

Adquisición originaria de la ciudadanía o nacionalidad

En los países estudiados, la combinación de los principios de *ius sanguinii* e *ius soli*, sirve de fundamento a la adquisición originaria, lo que se denomina doctrinalmente como sistema mixto. En la totalidad de los textos estudiados, se conserva el principio históricamente reconocido de aceptar como ciudadanos a los nacidos en su territorio. Sin embargo, se aprecia una cierta tendencia a potenciar el *ius sanguinii*. En los casos de los países europeos, cuyas tasas de crecimiento poblacional son relativamente bajas, resultaría lógica la preocupación por no perder posibles ciudadanos. Sin embargo, aquí influyen otros factores históricos, políticos y económicos, donde hemos podido observar por ejemplo, que la vía del *ius sanguinii* constituye una costumbre o tradición muy arraigada en la historia europea, que a la postre se ha reflejado en sus respectivas legislaciones, véanse los casos alemán y suizo. Ejemplos de otros nexos históricos que han influido en determinados cuerpos jurídicos al reconocer a otros ciudadanos extranjeros como nacionales son las “equiparaciones”, aquí volvemos a Alemania, que confiere facilidades para la concesión de la ciudadanía a los suizos y sus familiares e Italia, que equipara como ciudadanos a extranjeros y sus descendientes nacidos en la monarquía austrohúngara (extinguida en 1918), o los que emigraron al exterior antes del 16 de julio de 1920. Esto último demuestra, suponemos, la impresionante longevidad de los italianos; de lo contrario es una legislación parcialmente obsoleta.

Al mismo tiempo, hay que considerar otro factor, y es el problema de las comunidades inmigrantes presentes en todos estos países, las cuales, en una medida creciente, se convierten en cuerpos no asimilados, particularmente aquellas con notables diferencias culturales (lengua, costumbres, religión, modos de vida, estructuras y relaciones familiares), las cuales han absorbido además una parte significativa de las funciones sociales y económicas menos atractivas y han llegado a representar más del 10% de las poblaciones de varios Estados.²⁰⁶ Los múltiples efectos de estas tendencias, los cuales

²⁰⁶ Eurostat: *Migrants in Europe. A statistical portrait of the first and second generation*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011.

han incluido su uso como mecanismo de presión sobre los trabajadores europeos y la identificación a nivel de imaginario social de las clases y *status* sociales con la pertenencia étnica, unidos a la crisis del modelo de bienestar a partir de la década de los '70 y su paulatina transformación, han generado una creciente percepción del inmigrante como amenaza. Ello ha conllevado una politización del tema, traducida en el discurso y la práctica de formaciones cada vez más influyentes, y en la formulación e implementación de políticas migratorias restrictivas.²⁰⁷ En este contexto, el recurso del *ius sanguinii* asume otro aspecto y otra función, al devenir instrumento para preservar las reales o supuestas identidades nacionales y cerrar a los inmigrantes el acceso a los beneficios de la protección estatal a los ciudadanos.

Los procedimientos para adquirir la ciudadanía originaria en el extranjero son generalmente simples y expeditos, se realizan por medio de las representaciones consulares y diplomáticas de esos países, representando una fuente adicional de ingresos. En ninguno de los países estudiados se exige el avecinamiento para acceder a la ciudadanía o nacionalidad originaria, cuando esta pretensión se acompaña del *ius sanguinii*. En cuanto a la capacidad de los ciudadanos de transmitirla a sus descendientes en esta modalidad, hay diferencias: Ecuador permite la transmisión a los descendientes de nacidos en Ecuador hasta el tercer grado de consanguinidad; Venezuela la acepta como originaria para los hijos de padre o madre naturalizados mientras establezcan residencia en el país siendo menores, y declaren su voluntad de ser venezolanos antes de los veinticinco años; en Brasil los hijos nacidos en el extranjero deberán ratificar la nacionalidad al arribar a la mayoría de edad; Francia, Venezuela, España, Italia y Cuba aceptan la transmisión a los hijos, mientras provenga de padres de nacionalidad originaria. España e Italia extienden la transferencia a los nietos.

Adquisición derivativa de la ciudadanía o nacionalidad

La naturalización como acto soberano y discrecional de potestad pública, por el que se acepta a un individuo como nacional o ciudadano del Estado representado por dicha potestad, aparece en alguna de las clasificaciones correspondientes:

Individual: se realiza a solicitud del interesado y se aprueba por parte del Estado, la que a su vez asume tres formas:

voluntaria: Se exige como línea general una residencia o avecinamiento prolongada en la totalidad de los países muestreados. También puede disminuirse en Venezuela para

²⁰⁷ Aquí destaca la denominada “Directiva Retorno”, de 2008.

los españoles, portugueses, italianos, latinoamericanos y caribeños; en Brasil, Italia y Venezuela, si se tienen hijo y/o cónyuge con brasileños, o existe matrimonio con italiano o venezolano. En Brasil además puede acortarse por recomendación debido a la capacidad profesional, científica o artística entre otros supuestos, y se disminuye a una estadía de solo 30 días, en el caso del cónyuge extranjero casado por más de cinco años con diplomático brasileiro en servicio, o el extranjero en misión diplomática o consular en territorio brasileiro, durante más de diez años ininterrumpidos. Aquí se evidencian una vez más los nexos que han unido históricamente a Latinoamérica con Europa, y que se han traducido en sus legislaciones como medio de continuarlas enriqueciendo y, sobre todo, de proteger a la familia constituida sin importar de dónde provengan sus integrantes, ya que en la época actual debido a la globalización son cada vez más comunes las estirpes multinacionales.

Resulta significativo señalar como impide la adquisición o mantenimiento de la ciudadanía o nacionalidad, la comisión de un delito en algunos de los ordenamientos jurídicos muestreados (Italia, Brasil, Ecuador, Cuba, Francia y Alemania), el padecimiento de una enfermedad contagiosa o crónica (Ecuador) o no gozar de buena salud (Brasil). Además, existen países que exigen requisitos, o que los consideran como condiciones favorables para obtener la naturalización, como la introducción de una invención útil o industria en el país otorgante (Venezuela), conocimiento de la lengua (Alemania, Ecuador, Brasil y Cuba), haber cursado estudios y obtenido suficiencia económica (Alemania, Brasil y Ecuador). Aquí vemos los ecos de las regulaciones europeas más tempranas.

forzada: Se otorga por la entrada en el territorio o para los nacionales que naturalizados en el extranjero, vuelven a ser ciudadanos si regresan a su país de origen (no hallamos este caso en los países muestreados).

semivoluntaria: las que atribuyen forzosamente a un cónyuge o pariente la nacionalidad de otro (tampoco fueron encontrados supuestos).

Colectiva: se tipifica cuando se extiende a una colectividad de individuos, como por ejemplo la anexión territorial (Francia con los Departamentos de Ultramar), o la naturalización familiar en todos los Estados muestreados.

Por gracia o por Ley: se concede por la autoridad competente, debido a la realización de actos extraordinarios, heroicos a favor de un determinado Estado, o haber contribuido de manera determinante al desarrollo del país, (Cuba, Francia, Ecuador, España e Italia).

Por matrimonio: en este caso uno de los cónyuges puede llegar a adquirir la ciudadanía del otro, siempre y cuando cumpla determinados requisitos, en dependencia del país que se trate (Venezuela, Italia, Ecuador, Francia, Brasil, España y Alemania). Existe consenso entre los que suscriben que la institución del matrimonio beneficia la adquisición de la nacionalidad, ya que reduce el tiempo de residencia exigido por las leyes.

Por adopción: Se reconoce en los ordenamientos jurídicos estudiados de forma expresa, excepto en Venezuela y Brasil, como una de las formas de adquisición de la ciudadanía, ajustándose a los requisitos que establece cada país.

Si grandes son los obstáculos que existen en los países europeos estudiados para conceder la ciudadanía por la vía originaria, no menos difíciles resultan para los que intentan obtenerla por la vía derivativa. Por esta razón, en los países estudiados, muchos hijos de inmigrantes naturalizados no logran transmitir a sus descendientes la ciudadanía obtenida por naturalización. Ejemplo de ello lo encontramos en los intentos del gobierno francés por imponer nuevos y mayores requisitos a los descendientes de extranjeros naturalizados para acceder a la ciudadanía francesa, lo que se suma a los grandes obstáculos levantados por los países miembros de la Unión Europea, a través de la Directiva Retorno y las legislaciones nacionales correspondientes con el principio generalizado de la *Europa Fortaleza*. Como puede observarse, cada país, a su manera, intenta establecer una especie de “selección”, que poco tiene que ver con la descrita por Darwin, sino con lo que a criterio del legislador, son los mejores candidatos para vivir en su país.

Todo lo anterior ha dado como resultado el fenómeno de los *sin papeles* o inmigrantes indocumentados. Esta avalancha humana, venida mayormente de las periferias, ha constituido mano de obra barata y al mismo tiempo un grave problema en la actual etapa de crisis global, lo cual ha generado una contracorriente de xenofobia en países como Alemania o España.²⁰⁸

Doble ciudadanía o nacionalidad

²⁰⁸ Existe una gran visibilidad sobre estos temas, que se reflejan en la prensa e investigaciones: sobre los indocumentados, ver M. BROUWER: “*Todos dejaron abandonados a indocumentados*”, de 2012; sobre la xenofobia en Alemania, ver M. SBARBI: “*Racismo y xenofobia, la otra cara de la crisis europea*”, de 2012; A. RODRÍGUEZ: “*El resurgimiento de tendencias neofascistas, xenófobas y racistas en la Alemania. El otro terrorismo*”, de 2012; EFE, “*La ultraderecha alemana camufla su xenofobia entre ‘mensajes verdes’*”, de 2012; en España ver legalcity, “*Alertan que los casos de racismo y xenofobia son cada vez más ‘duros’*”, de 2012; Anónimo, “*Evolución del racismo y la xenofobia en España*”, de 2012, y “*Polémica por un aviso xenófobo en España*”, de 2012.

La doble ciudadanía o nacionalidad es admitida por los ordenamientos jurídicos de Venezuela, Italia y Francia sin otro requerimiento que la declaración de voluntad del interesado ante la autoridad competente. Ecuador y España la aceptan si media un acuerdo internacional como, por ejemplo, el que tienen los dos primeros países. España además establece que la adquisición de la nacionalidad de países con los que ha mantenido vínculos históricos, como los iberoamericanos, Andorra o Filipinas no será motivo suficiente para producir la pérdida de la nacionalidad. Alemania en cambio, la reconoce de forma excepcional, solo en casos de naturalización, por ejemplo, cuando el Estado emisor no tiene regulada la adquisición de otra nacionalidad como causal de pérdida.

En Cuba no se permite, aunque en este momento aún existe debate sobre la regulación o no de la doble ciudadanía, el procedimiento a seguir en cada caso o cuáles normas jurídicas deberían ser modificadas, y de aceptarse la posibilidad, los cambios deberían comenzar por la Carta Magna. Lo que está sucediendo dentro y fuera del país, es que existen ciudadanos cubanos que han adquirido otra(s) ciudadanía(s), lo cual ocasiona disímiles conflictos políticos, económicos y sociales, por lo que el Estado ha debatido el tema durante décadas, y ha consultado con profesores, funcionarios e intelectuales disímiles, pero aún no existe una decisión concreta.

Los cuatro países europeos analizados en este estudio son firmantes, han ratificado y tienen acogido en sus respectivas legislaciones el *Convenio Sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades y Sobre las Obligaciones Militares en el Caso de Pluralidad de Nacionalidades*, conjuntamente con otros diez países, mediante el cual los naturales franceses que adquieran voluntariamente la nacionalidad de otro de los Estados contratantes, pierden la condición de francés. Sin embargo, Italia, Francia, Bélgica y Luxemburgo, denunciaron el Capítulo Primero del Convenio, precisamente el que se refiere a la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades.²⁰⁹ Entre las razones para no asumir los dictados de este capítulo, pueden encontrarse las modificaciones sustanciales que implicaría a las Constituciones y Códigos Civiles de dichos países, que son los pilares de la legislación sobre nacionalidad, pues de entrada Francia e Italia aceptan la doble ciudadanía por regla general. Al mismo tiempo, esta situación deja entrever los intereses de dichos gobiernos por mantener las buenas relaciones con los ciudadanos que ya se han naturalizado en dichos estados y sus

²⁰⁹ Convenio No. 043, de 1987.

parientes, y que podrían traer graves conflictos sociales de impedirseles mantener su ciudadanía o nacionalidad anterior, además de los lazos de cooperación con varios estados extranjeros, que datan de varios siglos y abarcan, además de la nacionalidad, otras cuestiones familiares, inversiones, compras o servicios diversos.

Los autores opinan que la admisión de la doble, o quizás de la ciudadanía múltiple no dañaría los intereses de un Estado en particular, siempre que el ciudadano manifieste lealtad a la nación mientras permanezca en su territorio, lo que se conoce como ciudadanía efectiva, y en ese sentido coincidimos con lo planteado por Prieto, Pérez y Sarracino.²¹⁰ Se podrán crear límites como tratados de reciprocidad, declaraciones juradas de lealtad o la creación de nuevas figuras delictivas, pero la pérdida de la ciudadanía por la adquisición de otra, podría acarrear serias consecuencias, sobre todo si las motivaciones para hacerlo han variado con el decurso del tiempo, y ya no guardan relación con cuestiones político-ideológicas, ni siquiera con la identidad, y se realizan entre otras causas, para mejorar la posición económica o fomentar la unión familiar.

Conclusiones

El estudio de la evolución histórica de la ciudadanía permite identificar la existencia de varias etapas en su desarrollo que coinciden con períodos históricos definidos, los cuales se han caracterizado por la emergencia o reemergencia de la importancia de los individuos como componentes de los sistemas políticos, y más ampliamente, como actores dentro del *complexus* cultural, con identidad propia y, por tanto, con intereses propios. Por supuesto, ello no excluye la presencia de identidades colectivas diversas, sino que crea sistemas de interacciones complejas, de los cuales emanan diversos comportamientos y estructuras. Resulta evidente el origen europeo del concepto en sí mismo, y se puede atribuir su extensión geográfica a la expansión del modelo social y político europeo occidental a partir de los procesos de colonización modernos, los cuales generaron una dinámica de construcción y transformación de culturas a todo lo largo y ancho del planeta, signada por la hegemonía del llamado Viejo Continente, desde la cual se determinaron las matrices dominantes hasta el presente.

La nacionalidad, consecuencia y requisito de la existencia de la nación, es de formación más tardía, aunque ello no niega la existencia de otras formas de identidad colectiva,

²¹⁰ M. Prieto, L. Pérez y G. Sarracino: "A propósito de la ciudadanía en Cuba", en M. Prieto, y L. Pérez, (comp.): *Temas de Derecho Constitucional Cubano...cit.*, pp. 151-152.

actuales en los complexus culturales más antiguos y en muchos casos hasta la contemporaneidad. Sin embargo, la emergencia del mundo moderno incluye un proceso de formación de naciones y nacionalidades entrecruzado con la reemergencia de la ciudadanía, y utilizado como componente clave en la construcción de los mecanismos de legitimación y de los sistemas simbólicos contemporáneos. Esta combinación explica la interpenetración y en gran medida confusión entre ambos, la cual hemos observado lo mismo en el pasado que en el presente, a pesar de la tendencia cada vez más acusada a la diferenciación real de nación y Estado, la cual ocurre fuera de los marcos legales. La crisis que vive en la actualidad el modelo de Estado-nación es uno de los núcleos del desarrollo del sistema-mundo contemporáneo.

Justamente la doctrina cubana muestra que ambas instituciones se distancian cada vez más; otras han tomado otros rumbos, y la práctica legislativa mantiene no pocos de las limitaciones que se encuentran ya en formas relativamente antiguas de ordenamiento jurídico, pues la ciudadanía es un instrumento en manos de los Estados, primero para diferenciar a sus ciudadanos, al tiempo que los controla, y así asegurarse de su lealtad en todos los órdenes, mientras que la nacionalidad se excede de lo que el Estado pueda llegar a regular jurídicamente, pero sirve a su legitimación. Muy probablemente, diez, doce, cien países comparados arrojarán el mismo resultado, con leves diferencias: la concesión, privación, renuncia o suspensión de la ciudadanía son mecanismos de ejercicio de poder, que alcanza a los extranjeros que se funden con el modo de vida nacional. La doble ciudadanía, la equiparación o el repudio son hilos que se mueven en dependencia de cómo se manifieste la política interior y exterior de los países involucrados, es al final, un ejercicio de diplomacia. Debido a ello, la observación crítica de los cambios en la práctica y legislación sobre estos temas, es un termómetro que mide la calidad de las relaciones internacionales, y hacia el interior de los estados.

Los cambios en la sociedad como norma anteceden, muchas veces en mucho tiempo, a los cambios en la legislación, por lo que la obsolescencia, más que un riesgo, es una realidad pocas veces eludida. En el tema que nos ocupa, esa obsolescencia se hace cada vez más evidente, ello en los diversos niveles. En el caso cubano, resulta en nuestro criterio imprescindible revisar y reformular todo el cuerpo legal que define y regula la condición de ciudadano cubano, para lograr que gane en flexibilidad y operatividad, al tiempo que se resuelvan potenciales conflictos de implicaciones políticas. Por ejemplo, la aceptación de la doble (o múltiple) ciudadanía, y el establecimiento de los procedimientos e instancias competentes para la adquisición o la renuncia de la

ciudadanía cubana, serían puntos importantes, teniendo en cuenta las dinámicas actuales y las proyecciones posibles. Esto implicaría una reforma constitucional, que se hace necesaria también por otras razones fuera de los marcos de este trabajo, la cual debería plantearse con seriedad y prontitud. La legislación que resultase de este proceso debería incluir una clara diferenciación de los términos de ciudadanía y nacionalidad. Nos parece necesaria porque no se pueden establecer las mismas normas para la exigencia de derechos y deberes respecto al Estado, y al conjunto de valores culturales en interacción permanente que comporta la nacionalidad, concepto que por su magnitud, rebasa las funciones de cualquier gobierno.

Sin embargo, a riesgo de parecer ambiciosos, creemos que se necesita al menos un nivel adicional. Los resultados del estudio comparativo demuestran la multiplicidad de prácticas, la diversidad conceptual, y la polisemia de los términos existente en un grupo relativamente reducido de países. Es apenas una muestra de lo que encontraríamos si pudiésemos abarcar al mundo en su totalidad. Por tanto, consideramos necesaria la realización de un esfuerzo mancomunado por crear principios generales para la regulación de la ciudadanía, algo de mucho peso en el sistema de relaciones políticas internacionales, y la promoción de una definición que la distinga de la nacionalidad, de acuerdo con el enfoque que hemos manejado hasta aquí. Sin pretender hacer *tabula rasa* con las historias particulares y las condiciones específicas, si sería de mucha utilidad establecer una convención que genere marcos globales dentro de los cuales se encuentre la unidad sin renunciar a la diversidad.

Bibliografía

ANDERSON, Benedict: *Imagined Communities. Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, Londres, New York, Verso, 1991.

Anónimo (2012): “Polémica por un aviso xenófobo en España”. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1447897-polemica-por-un-aviso-xenofobo-en-espana>.

[Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

Anónimo (2012): “La ultraderecha alemana camufla su xenofobia entre ‘mensajes verdes’”. Disponible en:

<http://www.20minutos.es/noticia/1362389/0/ultraderecha/alemania/xenofobia/> [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

Anónimo (2012): “Evolución del racismo y la xenofobia en España”. Disponible en: <http://sistemadigital.es/News/ItemDetail.aspx?id=2193&AspxAutoDetectCookieSupport=1> [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

ARTOLA BENJAMIN, Walter: *Iluminations*, Londres, Fontana, 1973.

BERNAL GÓMEZ, Beatriz: *Constituciones iberoamericanas. Cuba*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

BOUINEAU, Jacques y ROUX Jérôme: *200 ans de Code Civil*, Paris, Ministère des Affaires Étrangères, 2004.

BROUWER, Marina (2012): “Todos dejaron abandonados a indocumentados”. Disponible en: <http://www.rnw.nl/espanol/article/todos-dejaron-abandonados-a-indocumentados> [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

CARR, Raymond: *España, 1808-2008*, Ariel, Madrid, 2009.

CARRERAS, Julio A.: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Pueblo y Educación, La Habana, 1981.

CHATTERJEE, Partha: *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, PEÑA LORENZO, Taydit y SANTIBAÑEZ FREIRE, María: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

ESCALANTE COLÁS, Amels (Dir.): *Diccionario enciclopédico de historia militar cubana*. Tomo I, Centro de Estudios Militares de las FAR, La Habana, 2006.

EUROSTAT: *Migrants in Europe. A statistical portrait of the first and second generation*. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011.

FONER, Eric. *Give me Liberty! An American History* (third edition), W.W. Norton & Company, New York, 2011

FURET, François: *Penser la Révolution française*, Gallimard, París, 1978.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Elda y MERINO HERNANDO, Asunción [s.a]: *Las migraciones internacionales*. (Madrid, Dastin.

HALL, Kermit L. (ed.): *Major Problems in American Constitutional History*, D.C. Heath and Company, Lexington-Toronto, 1992

HILTON, Rodney (Ed.): *La transición del feudalismo al capitalismo*, Crítica, Barcelona, 1982.

HOBBSAWM, Eric: *La era del capital*, [s.e., s.c., s.a.]

IBARRA CUESTA, Jorge: *Patria, etnia y nación*, Ciencias Sociales, La Habana, 2007.

Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba. La colonia*, Editora Política, La Habana, 1994.

_____: *Historia de Cuba. Las luchas por la independencia y las transformaciones estructurales 1868 – 1898*, Editora Política, La Habana, 1996.

_____: *Historia de Cuba. La neocolonia: organización y crisis desde 1899 hasta 1940*, Editora Política, La Habana, 1998.

LAGUMINA, Sandra et al: *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration*, Institut d'études politiques, Ed. La Documentation française, Paris, 1997.

LEGALCITY: “Alertan que los casos de racismo y xenofobia son cada vez más “duros” en España”. Disponible en: <http://legalcity.es/2012/03/22/alertan-que-los-casos-de-racismo-y-xenofobia-son-cada-vez-mas-duros/> [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

LE REVEREND, Julio: *Historia económica de Cuba*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1975.

NAIRN, Tom: *The Breake-up of Britain*, Londres, New Left Books, 1977.

_____. (1979): *Los nuevos nacionalismos en Europa*. (Barcelona, Península) 381 pp.

MORRISON Samuel Eliot, LEUCHTENBURG, William E. y COMMANGER, Henry Steel: *Breve Historia de los Estados Unidos*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1995.

NIÑO, Antonio A., CASTRO LEIVA, Luis y GUERRA, François-Xavier: *De los Imperios a las Naciones. Iberoamérica*, IberCaja, Zaragoza, 1994.

PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette (Comp.): *Temas de Derecho Constitucional Cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002.

RIVERA, Giovanni, “La Nacionalidad”, Disponible en: www.lahora.com.ec [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012]

RODRÍGUEZ SOLER, Angel: “El resurgimiento de tendencias neofascistas, xenófobas y racistas en la Alemania. El otro terrorismo”, Disponible en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/18/ars.html> *xenofobia alemania el otro terrorismo* [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

SBARBI OSUNA, Maximiliano: “Racismo y xenofobia, la otra cara de la crisis europea”. Disponible en: <http://www.lajornadanet.com/diario/opinion/2012/marzo/19.php> [Fecha de consulta: 10 de abril de 2012]

SETON-WATSON Hugh: *Nations and States An Enquiry into the Origins of Nations and the Politics of Nationalism*, Boulder, Westview Press, 1977.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel (Comp.): *Hitos constitucionales del siglo XIX cubano*, Camagüey, Ácana, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Universidad de Camagüey, 2011.

VOVELLE, Michel: *Introducción al estudio de la Revolución Francesa*, La Habana, Ciencias Sociales, 1994.

ZIM, Howard: *La otra historia de los Estados Unidos*, Hondarribia, HIRU, 1997.

FUENTES LEGALES

Convenio de Doble Nacionalidad con Ecuador (modificado por el Protocolo realizado entre la República de Ecuador y el Reino de España, de 4 de marzo de 1964), Boletín Oficial del Estado No. 11, 13 de enero de 1965, modificado por última vez en Quito el 25 de agosto de 1995, Boletín Oficial del Estado, 16 de agosto de 2000)

Convenio Sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades y Sobre las Obligaciones Militares en el Caso de Pluralidad de Nacionalidades, No. 043 del Consejo de Europa, 6 de mayo de 1963, ratificado por España, Boletín Oficial del Estado No. 203, 25 de agosto de 1987.

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular). Diario Oficial de la Unión Europea, versión en español, 24 de diciembre de 2008, L 348/98.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A (III), (1948): Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, art. 15. Disponible en: <http://www.cinu.mx/onu/documentos/declaracion-universal-de-los-d/> [Fecha de consulta: 24 de abril de 2012]

Código de Bustamante, (Código de Derecho Internacional Privado), Gaceta Oficial Extraordinaria No. 16, 10 de noviembre de 1928.

Constitución de la República de Cuba, de 21 de febrero de 1901. Disponible en: http://www.parlamentocubano.cu/index.php?option=com_content&view=article&id=69&Itemid=89 [Fecha de consulta: 16 de enero de 2012]

Constitución de Cuba, Ley No. 1, Gaceta Oficial No. 464, 8 de julio de 1940.

Ley Fundamental de Cuba, de 7 de febrero de 1959. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2525/38.pdf> [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012]

Constitución de la República de Cuba, de 1976. Disponible en: http://www.rinconcastellano.com/biblio /documentos/cuba_const1976.html# [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012]

Constitución de la República de Cuba, con las reformas de 1992, en <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm> const reformas 1992, (web consultada el 4 de abril de 2012, a las 12:00 horas)

Constitución de la República de Cuba, Editora Política, La Habana, 2010.

Constitution de la France, 3 septembre 1791. Disponible en: http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_du_3_septembre_1791 [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2011]

Constitution de la France, 22 août 1795. Disponible en: http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_du_22_ao%C3%BBt_1795 [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2011]

Constitution de la France, 13 décembre 1799. Disponible en: http://fr.wikisource.org/wiki/Constitution_du_13_d%C3%A9cembre_1799 [Fecha de consulta: 21 de septiembre de 2011]

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012]

Constitución Política de la República de Ecuador. Disponible en: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012]

Constitución de Bayona. Disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_Bayona_de_1808 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

Constitución política de la monarquía española, 19 de marzo de 1812. Disponible en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1812 [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2012]

Constitución de la monarquía española, de 1837. Disponible en: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/ConstEsp1812_1978/Const1837 [Fecha de consulta: 14 de marzo de 2012]

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Boletín Oficial Federal 1, 23 de mayo de 1949.

Code Civil de la France, du 1804, version consolidée au 24 mars 2012. Disponible en: www.legifrance.gouv.fr [Fecha de consulta: 16 de abril de 2012]

Código Civil Español, Real Decreto, Boletín Oficial del Estado No. 206, de 24 de julio de 1889.

Legge n. 91, Italia, (Nuove norme sulla cittadinanza), Gazzetta Ufficiale n. 38, 15 agosto 1992.

Ley 52, Boletín Oficial del Estado No. 310, de 2007 (Ley de Memoria Histórica, España, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura).

Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Venezuela, Gaceta Oficial No. 37. 971, 1º de julio de 2004

Ley de Naturalización No. 276, Ecuador, Consejo Supremo de Gobierno, Registro Oficial No. 66, 14 de abril de 1976, última reforma de 17 de diciembre de 2010.

Ley No. 1312 de 20 de septiembre de 1976, (Ley de Migración), Poder Ejecutivo del Consejo de Ministros. Disponible en: <http://www.gacetaoficial.cu/html/leymigracion.html#M> [Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2011]

Ley No 6815, de 19 de agosto de 1980, (Define la situación jurídica del Extranjero) Brasil.

Nationality Act, Germany, Reich Law Gazette I, Federal Law Gazette III 102-1), Unofficial Translation by the Translation Division of the Federal Ministry of the Interior, Section 1.

Decreto 358 de 4 de febrero de 1944, Cuba, (Reglamento de Ciudadanía), Gaceta Oficial No. 112, 3 de marzo de 1944.

Sociología e Investigación Sociojurídica

Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica

Epistemological, methodological and formative contradictions and challenges of the legal research in Cuba.

Marisol Sónora Cabaleiro

Daile SimonRomero

Gerardo Machado Alfonso

Elena Roja Estévez,

Lisette Pérez Hernández

Yury Pérez Martínez

Resumen

El avance experimentado por la investigación sociojurídica no niega el poco desarrollo de sus basamentos epistemológicos y metodológicos. No siempre se utiliza el pensamiento epistemológico y la metodología como herramientas de reflexión acerca del proceso de construcción del conocimiento jurídico en función de la transformación social, política y económica. Aun hoy es escasamente discutido lo referente al estado del desarrollo de la investigación jurídica en Cuba, sus contradicciones y desafíos y los enfoques epistemológicos y metodológicos que la identifican; de igual modo no se examinan adecuadamente las características de los modelos de formación investigativa de nuestras instituciones docentes y académicas.

El estudio proyecta una serie de necesidades orientadas al perfeccionamiento de la investigación jurídica en Cuba, sus fundamentos epistemológicos y la lógica que supone un profesional apto para estos empeños.

Palabras clave

Epistemología, epistemología jurídica, formación investigativa, metodología de la investigación jurídica.

Abstract

The social legal research is important to society, to legislative, case law and teaching activities and the theoretical and practical development of law. However, its epistemological and methodological foundations make an underdeveloped area. Thinking in epistemology and methodology as tools for reflection about the construction process of legal knowledge for social, economic and political transformations is hardly done. The development of the legal research in Cuba, the contradictions and challenges, the epistemological and methodological approaches prevailing and the characteristics of research training models are still poorly studied and discussed issues.

For these reasons, justifying the project developed in the country lack of research on the subject and the need to investigate and develop systemic processes related to this phenomenon.

The Center for Legal Research aims to promote and participate in debates on these important issues and help in order to make a modest contribution to the development of the Cuban legal research. This time through the problematization and discussion of the contradictions and challenges of scientific activity among practitioners and other specialists who study it as well as the research training.

Key words:

Epistemology, legal epistemology, research training, legal research methodology.

Introducción

La investigación jurídica social (IJS) es relevante para la vida de la sociedad, para las actividades legislativa, jurisprudencial, docente y para el desarrollo teórico-práctico del Derecho, sin embargo, sus basamentos epistemológicos y metodológicos conforman un área poco desarrollada. Se adolece de pensar en la epistemología y la metodología como herramientas de reflexión acerca del proceso de construcción del conocimiento jurídico para la transformación social, política y económica. Hecho que se reproduce

culturalmente a través, entre otras vías, de una educación jurídica formal a pesar de los avances producidos.

Por lo general, el análisis de lo jurídico como objeto de estudio se realiza a través de una perspectiva reduccionista que parte y acaba en lo normativo. El positivismo jurídico, dominante en su vertiente formalista dogmática, en tanto una forma de abordar el Derecho que no tiene en cuenta las relaciones que intervienen en la formación, realización y funcionamiento de lo jurídico en una sociedad, subyace explícita o implícitamente en la práctica investigativa en este campo.

Es apreciable una concepción binaria (entre teoría-práctica, ser-deber ser, entre otros) y un distanciamiento de los estudios jurídicos del resto de las ciencias sociales en el país, que impiden enfoques globales a los problemas y segmenta el fenómeno jurídico de su contexto sociocultural.

El estado de desarrollo de la investigación jurídica en Cuba, las contradicciones y desafíos que enfrenta, los enfoques epistemológicos y metodológicos que prevalecen y las características de los modelos de formación investigativa son cuestiones aun escasamente discutidas y estudiadas.²¹¹

Es propósito del Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) participar y promover el debate de estas importantes cuestiones y sumar esfuerzos en aras de contribuir modestamente al desarrollo de las investigaciones jurídicas cubanas. En esta ocasión a través de la problematización y el debate sobre las contradicciones y desafíos de la actividad científica según la apreciación de e los profesionales del Derecho y aquellos otros especialistas que también lo estudian.

El equipo de investigación se conformó bajo los principios de la multidisciplinariedad y la imprescindible colaboración e integración institucional, en plena congruencia con los referentes de partida. Se invitó a tomar parte en la investigación a profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y se contará con la colaboración de especialistas de otras instituciones.

²¹¹ De esto da cuenta la minuciosa y amplia búsqueda bibliográfica realizada por este equipo de investigación.

Con este proyecto de investigación se espera que el CIJ de continuidad a una de sus preocupaciones y ocupaciones fundacionales: teoría, metodología y práctica investigativa en el campo del Derecho. Cuestiones promovidas, quizás paradójicamente para algunas personas, por investigadores con formaciones disciplinares diferentes, pero no específicamente en Derecho.

Una línea de indagación que, avalada por las razones expuestas, se espera que tribute al desarrollo de la investigación jurídica social en el país y que, desde la articulación dialéctica entre teoría y práctica, contribuya, en primer lugar, a la formación y autoformación de los investigadores del Centro y de otros que se inicien en la actividad científica o interesen por ella.

Por consiguiente, este acercamiento al objeto de estudio no pretende agotar sus múltiples y complejas dimensiones o aristas, más bien se propone abrir un camino que estimule y promueva reflexiones y diálogo entre los propios estudiosos de tales temas, más allá de su formación profesional, y de estos con quienes, desde las instituciones del sector jurídico, al decidir qué y quiénes investigan también influyen en la reproducción o transformación de una manera de comprender y hacer la investigación jurídica social en el país.

Desarrollo

El diseño investigativo se elaboró de acuerdo con los presupuestos de la perspectiva metodológica cualitativa, una alternativa al paradigma positivista vigente en las ciencias sociales, por cuanto interesa captar la realidad social (en este caso las contradicciones y desafíos de la investigación jurídica), a través de los múltiples significados y discursos de las personas involucradas en la problemática, en interrelación con sus contextos, los roles y las funciones que desempeñan.

Como investigación cualitativa, la elaboración del diseño es un proceso iterativo, se va construyendo y reajustando en el transcurso de las diferentes fases de la investigación. Se considera que el propio proceso de construcción del proyecto es el primero de sus resultados, al constituirse en aprendizaje y entrenamiento de determinadas competencias, para los integrantes del equipo de investigación. Por otra parte, el

capítulo teórico construido pudiera erigirse en un material de apoyo a procesos de formación investigativa.

En este artículo, que no pretende agotar la diversidad de elementos detectados en el estudio, solo se plasman tres de los resultados investigativos:

- Realización del Seminario Nacional “La Metodología de la Investigación Jurídica. Desafíos”.
- Diagnóstico crítico y participativo de las contradicciones y desafíos de la investigación jurídica en Cuba
- El primero de estos resultados (Sistematización de los principales enfoques epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica) da cumplimiento al primer objetivo específico. Con la sistematización realizada, a la vez que se fundamenta la investigación, se aporta conocimiento nuevo no solo acerca de los diferentes enfoques en los tres niveles de análisis: epistemológico, metodológico y formativo; sino también sobre las contradicciones de la investigación jurídica en general.

La convocatoria y realización de un espacio de encuentro de profesionales y estudiantes del Derecho y otras ciencias sociales, para analizar y debatir de manera colectiva sobre la investigación jurídica y su metodología, desde la mirada y la práctica de los propios juristas, es el segundo de los resultados. Constituye una contribución del proyecto a la transformación de una carencia detectada y demostrada en el documento que recoge el diseño investigativo, es decir, la falta de reflexiones sobre el objeto de estudio de interés.

Por último, en el informe se ofrece una aproximación al tercero de los resultados previstos. Se adelantan varios hallazgos que permitieron el inicio de la conformación de un diagnóstico crítico del estado de desarrollo de la investigación jurídica en el país. Este diagnóstico preliminar fue elaborado a partir de la integración de la información obtenida de tres fuentes: las cuestiones debatidas en el Seminario, el análisis de 55 informes de investigación realizadas en opción del grado de doctor en Ciencias Jurídicas y la aplicación de un cuestionario a los participantes en el Seminario.

A lo largo del proceso investigativo que se continuará desarrollando durante el próximo año, este diagnóstico será enriquecido y ampliado con las valoraciones de estudiantes de

Derecho y de otros juristas procedentes de varias provincias del país, además del análisis y la experiencia docente e investigativa del propio equipo de investigación.

Caracterización de la muestra.

Los elementos de la muestra fueron personas y documentos. En el primer caso, alcanza un tamaño de 37 personas: 34 participantes en el Seminario y 3 entrevistados. En el segundo caso, se analizó un total de 55 informes de investigación que, en su totalidad, constituyen tesis en opción del grado de doctor en Ciencias Jurídicas.

En general, de acuerdo a la procedencia de los participantes en el Seminario, los entrevistados y autores de las investigaciones examinadas, se logró una representación en la muestra de 10 provincias del país: La Habana, Cienfuegos, Las Villas, Santiago de Cuba, Camagüey, Granma, Matanzas, Sancti Spíritus, Holguín y Ciego de Ávila.

En síntesis, el perfil de los participantes en el Seminario y entrevistados indica que son personas con experiencia en el ejercicio profesional, en particular en la actividad docente, pues una de cada dos se desempeña como profesor, aunque aproximadamente la mitad tiene escasa participación en proyectos de investigación. Del rol de docente de una parte se deduce que sus valoraciones y criterios sobre la investigación jurídica, deben tener incidencia en el proceso de formación de los jóvenes profesionales, en uno u otro sentido.

Los 3 entrevistados son profesores titulares de Derecho de la Universidad de La Habana y doctores en Ciencias Jurídicas, con más de 30 años de ejercicio profesional. Una de las profesoras es la responsable de la asignatura de Metodología de la Investigación. Todos tienen suficiente experiencia como docentes y autores de varias investigaciones. El Seminario, en tanto una de las unidades de muestreo, se convocó por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y el Centro de Investigaciones Jurídicas. Estuvo abierta tanto a profesionales, como estudiantes de Derecho y se desarrolló en doble sesión el día 24 de junio en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Participaron 34 personas, de ellas 29 juristas, 3 profesionales de otras ciencias sociales y 2 estudiantes de Derecho. Hubo participación de especialistas de 4 provincias del país: La Habana, Matanzas, Sancti Spíritus y Holguín.

Contradicciones y desafíos de la investigación jurídica en Cuba: la visión y práctica de profesionales del Derecho.

Las intervenciones y el debate que tuvieron lugar durante el seminario convocado, el análisis de contenido de un grupo de informes de investigación jurídica, así como el procesamiento del cuestionario aplicado a los asistentes al Seminario y de las entrevistas realizadas, permitieron el inicio de una sistematización y diagnóstico de los problemas y retos más recurrentes de la investigación científica en Derecho en Cuba. Estos resultados, obtenidos a través de las vías descritas, han sido integrados para su descripción y análisis, a partir del principio metodológico de triangulación.

La práctica de estos profesionales, está mediada por el concepto que tienen de investigación jurídica. A la vez que su percepción influye sobre esa práctica. De ahí que se haya explorado el significado que tiene la investigación jurídica para los profesionales del Derecho. El análisis de las respuestas a esta interrogante indica que:

- Muy pocos tienen la idea de la investigación como un proceso. Varios la definen indistintamente como: sistema de conocimientos, desarrollo de un proyecto, actividad intelectual, estrategia u operaciones. Otros omiten su noción del término investigación y definen la jurídica como “aquella aplicada a problemas del Derecho”.
- La mayoría distingue su orientación a la producción de nuevo conocimiento y carácter problematizador, transformador, al referirse a ella como: búsqueda de conocimientos, solución a un problema científico, soluciones jurídicas a los problemas, transformar la realidad objetiva.
- En la conceptualización de unos pocos se incluye la necesidad de aplicar una metodología, congruente con los presupuestos iusfilosóficos.
- Varios explicitan su comprensión del Derecho, en la definición de investigación jurídica que aportan, ya sea solo como normativa o desde una posición integradora de lo social, axiológico y normativo.
- Algunos discriminan, en cierta manera, la naturaleza teórica o práctica de la investigación.
- Hay quien confunde las nociones investigación y metodología, al definir la primera como aquella que: “se ocuparía de los métodos y técnicas de investigación y de todos los asuntos metodológicos para llevarla a efecto”.

La valoración que se tenga de la importancia de la investigación jurídica, para el desarrollo de las disímiles labores profesionales que desempeñan los juristas, puede motivar o desestimular su participación en proyectos investigativos. Dada la cifra de profesores representados en la muestra, en las opiniones examinadas es recurrente la relevancia de la investigación para la calidad del proceso docente educativo, la formación y la actualización continua de los profesores. Además se hizo referencia al papel de la investigación en varios ámbitos decisivos como son la búsqueda de soluciones a problemas sociales de la sociedad cubana, (aunque una parte hizo hincapié en fenómenos sociales negativos), en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho, en torno al desarrollo del pensamiento científico y también en la aspiración relacionada con la transformación de la realidad.

Desde la mirada de los profesionales del Derecho que integraron la muestra, la investigación jurídica en Cuba tiene varios aciertos y logros. Los más recurrentes fueron: soluciones técnicas y prácticas a problemas sociales o que aquejan al Derecho, perfeccionamiento de las normas, del sistema jurídico cubano y modificación de los reglamentos. Algunos señalaron, además:

- a) La contribución de la investigación jurídica al desarrollo del país.
- b) La sistematización teórica de conocimientos.
- c) La creación de precedentes investigativos propiamente cubanos.
- d) La conformación de una doctrina cubana.
- e) La exposición coherente y fundamentada de posibles soluciones en el ámbito jurídico y precisión científica.
- f) La actual existencia de equipos investigativos multidisciplinarios asociados a la implementación de los lineamientos.
- g) El espacio para la investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas.
- h) El desarrollo progresivo de investigaciones, promovido por los estudios de postgrado, en particular a partir de los años 90.

Unos pocos le reconocen aciertos, pero limitados logros, valoración que se explica por la escasa aplicación práctica de los resultados investigativos.

En cuanto a los obstáculos analizados, varios coinciden con un grupo de aquellos que caracterizan el estado insuficiente de desarrollo de la investigación jurídica en el mundo

y en la región de las Américas en particular. A esos se añaden otros, propios de la realidad cubana, además de que hay una serie de problemas característicos de esas otras sociedades, que no tienen presencia en Cuba.

Puede decirse que algunas de las contradicciones de contenido y forma de la investigación en Derecho, también han sido identificadas en los procesos de producción de conocimiento desde otras ciencias sociales. No obstante, la débil formación epistemológica y metodológica para la investigación y la escasa conciencia metodológica de la mayoría de los profesionales del Derecho, son dos de los problemas íntimamente interrelacionados con otros que, en general, restan calidad y rigor científico a un número de los estudios que se realizan.

Sobre la base de la visión y práctica de los profesionales del Derecho, se identificó un conjunto de contradicciones y retos. El análisis de las mismas permitió agruparlas o estructurarlas en categorías que, aunque se presentan de forma individual, son problemas estrechamente interconectados, por lo tanto deben ser interpretadas en interrelación unas con otras. Algunas de las contradicciones puesto de manifiestas por el estudio son las siguientes:

a) Concepción integradora del Derecho contra práctica investigativa de orientación positivista: En cuanto a la polémica acerca de si el Derecho es o no una ciencia, hay consenso en su consideración como una ciencia (dividida en ramas específicas) que posee su objeto de estudio, categorías, principios y métodos propios. Sin embargo, algunos piensan en el Derecho como un conjunto de ciencias, a partir de las diferencias que consideran existen entre los diversos campos jurídicos, en cuanto a los métodos que se aplican en cada rama.

Predominó la defensa de una concepción del Derecho integradora de lo normativo, social y axiológico, como partes constitutivas de un mismo fenómeno, pero algunos reconocieron que en la práctica el ius positivismo no ha sido superado y que no todas las investigaciones que se hacen desde la academia se enfocan en las relaciones sociales. Fue frecuente la alusión a la primacía de una ciencia del Derecho y una práctica investigativa positivista, formalista, normativista y dogmática y se reconoce como una

contradicción, derivada del positivismo, la existencia de una práctica que fragmenta el estudio del fenómeno jurídico, tanto a lo interno de la disciplina, como a lo externo.

Una expresión de la orientación positivista de la investigación en Derecho es explicada por resultados enfocados en propuestas de modificaciones de las normas que, además, no siempre se sustentan en un análisis contextualizado de las mismas. Fue consensuada la idea de la necesidad de una ciencia jurídica que responda al contexto socio histórico cubano, que tenga en cuenta la dimensión social del fenómeno jurídico y contribuya a su transformación, para elevar la cultura jurídica de la población.

b) Enfoque dialéctico contra concepción binaria-excluyente de la investigación jurídica y sus modalidades: La posición defendida se sustenta en la comprensión de la interrelación que debe darse entre las investigaciones teóricas y empíricas, vistas no como tipos excluyentes, sino como maneras complementarias de producir nuevo conocimiento, lo cual es coherente con el enfoque asumido acerca de la multidimensionalidad del Derecho.

Estos presupuestos epistemológicos y teóricos no son coherentes, sin embargo, con la práctica investigativa que prevalece. A la contraposición interno-externo, se suma la dicotomía teoría-práctica.

La deficiente relación teoría-práctica en la investigación fue explicada también por:

- La escasa introducción de los resultados investigativos en la práctica social y la poca demanda, desde la práctica, de investigaciones teóricas para explicar, fundamentar o buscar soluciones a los problemas existentes.

- Dificultades de los investigadores para acceder a determinados datos e información oficiales, sobre el comportamiento y funcionamiento en la práctica de instituciones, procesos y normas jurídicas concretos, por una tendencia al secretismo y poca publicidad de los referentes de la práctica. A los investigadores se les dificulta informarse regularmente acerca de las contradicciones que se dan en el proceso de aplicación de las normas.

- Ausencia en el país de un centro o instituto de investigación integral de todas las ramas del Derecho. Hasta este momento el Derecho se investiga de manera fragmentada, según los intereses de determinados organismos. Por ejemplo, el Centro de Investigaciones Jurídicas está limitado a estudiar lo que es de interés del Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior se ocupa de otras aristas.

c) Proceso investigativo crítico-valorativo en función de la solución de los problemas y la transformación de la realidad contra una orientación descriptiva y reproductiva del orden jurídico social: Se planteó la tendencia a la realización de investigaciones teóricas, que se limitan a la compilación de teorías sobre un tema jurídico en específico, que no aportan información científica relevante para la conceptualización y solución de problemas. Son investigaciones muy descriptivas, con escasa presencia de análisis crítico y poca utilidad práctica, que reproducen teorías originadas en contextos foráneos que en ocasiones poco tienen que ver con la realidad cubana.

d) Interdisciplinariedad contra disciplinariedad: Se abogó por la necesidad de la interdisciplinariedad en las investigaciones en Derecho, tanto a lo interno como externo. El enfoque interdisciplinario presupone el análisis multidimensional del Derecho, pero se consideró que en la práctica esta concepción es aún muy difícil de lograr, pues se adolece de un enfoque holístico.

Hay consenso acerca del poco desarrollo del pensamiento interdisciplinario en el abordaje de fenómenos y problemas complejos y, en la desconexión de los estudios jurídicos del resto de las ciencias sociales, lo que impide obtener enfoques integradores de los problemas jurídicos.

e) Necesidad de desarrollar la investigación jurídica e importancia de la reflexión epistemológica y metodológica para la investigación jurídica contra débil formación y escasa conciencia epistemológica y metodológica: Es unánime el reconocimiento de la importancia de la formación en pre y postgrado, para la investigación científica. Se planteó la necesidad de crear espacios para el intercambio y el diálogo, de organizar cursos, además de la auto superación constante, en función del desarrollo de una ciencia jurídica al servicio de la transformación.

A pesar del reconocimiento de la importancia de lo epistemológico y metodológico para el desarrollo de la ciencia e investigación jurídicas, fueron escasas las reflexiones acerca de las maneras en que se produce el conocimiento en el campo del Derecho.

La formación para la investigación fue otra de las cuestiones examinadas, argumentó con los criterios siguientes que:

- La formación para la investigación debe ser sistemática y constante.
- Dota de conocimientos teóricos, para ponerlos en práctica.
- Se requieren conocer los métodos y herramientas para investigar.
- Aporta una visión integradora del qué, por qué y cómo realizar una investigación.
- Contribuye a la definición de un problema científico.
- No es suficiente el conocimiento adquirido.
- Algunos no recibieron metodología de la investigación durante el pregrado.

Fueron pocos los aciertos señalados, al referirse al actual plan D de estudio, en lo que compete a la formación investigativa, solo mencionaron el hecho de disponer de un plan propio, adaptado a las necesidades y realidades nacionales; que existe la asignatura de metodología de la investigación, porque: se enseña cómo investigar, brinda métodos, motiva y es interesante, incentiva la independencia y por último el propósito de reducir el tiempo presencial del docente, para que el estudiante participara más activamente en su autoformación y ganara independencia.

Los desaciertos planteados por los encuestados se relacionan con:

- Carencia y no actualización de bibliografía.
- Falta de continuidad de los contenidos de metodología durante el resto de los años de la carrera.
- No está concebido que el resto de las asignaturas tributen a la formación investigativa, aportan poco a esto, a no ser a través de los trabajos de curso.
- Falta de un criterio unánime entre las diferentes universidades del país.
- Es poco el tiempo que se dedica a la práctica, insuficiente vinculación teoría-práctica.
- Aislamiento del derecho de otras ciencias sociales.
- No se mantiene un hilo conductor durante toda la carrera, hasta el trabajo de diploma.
- No se imparte con la profundidad y amplitud necesarias.
- No se exige la realización de investigaciones con carácter obligatorio, lo cual impide formar una relación investigativa.

- La investigación no es parte de una estrategia integral de formación. El plan de estudio actual, no cuenta con espacio (tiempo) para profundizar en los métodos empíricos de investigación.

Los principales desafíos del proceso de formación para la investigación, de acuerdo a la visión de la muestra de sujetos se relacionan con la necesidad de una formación y desarrollo de la capacidad para la interdisciplinariedad y de una actitud transdisciplinaria; con el apremio de contar con un claustro preparado en todas las provincias, para impartir la asignatura de metodología de la investigación; con la importancia de aumentar la divulgación de la metodología de la investigación y particularmente del estudio de la metodología de la investigación a todos los juristas, incluidos fiscales y jueces. Es igualmente decisivo fomentar la utilización de la investigación por los profesionales del Derecho para el ejercicio profesional, Logrando en ellos una formación más rigurosa, profunda y reflexiva. En tal sentido se debe demostrar desde pregrado la importancia y necesidad de la investigación científica para la cual se debe motivar a los estudiantes hacia la necesidad de investigar y preparar a los juristas con métodos actualizados.

f) Coherencia epistemológica y metodológica contra incoherencia a lo interno de la investigación: El debate se centró en los métodos de investigación jurídica, cuestión polémica sobre la cual se plantearon disímiles criterios, sin lograr consenso. Surgieron varios problemas relacionados con los métodos que se utilizan en la práctica de la investigación jurídica en el país.

A pesar de la aceptación de la interrelación que debe existir entre los presupuestos epistemológicos y teóricos que se asuman y los métodos que se empleen, la práctica evidencia que no siempre se aprecia coherencia en las investigaciones, entre la posición teórica asumida (explícita o implícita) acerca de lo que el derecho es y los métodos de investigación que se declaran. Hay desconocimiento acerca de los fundamentos teóricos de los métodos que más se utilizan. Se copian métodos de una investigación a otra, sin tener claridad acerca de su origen, fundamentos y esencia.

Hay acuerdo acerca de la utilización en la investigación jurídica de métodos y técnicas, de amplia aplicación en las investigaciones sociales en general; y que son clasificados e

incluidos dentro de la categoría de métodos sociológicos, pero este tema no fue discutido.

Acerca de la existencia de métodos propios y particulares de la ciencia jurídica hay opiniones contrarias, pero la mayoría se inclina a favor, aunque les preocupa la diversidad de posiciones en materia de métodos en investigación en Derecho. Algunos plantearon que el calificativo de jurídico, que es costumbre adicionar al nombre del método, responde a la intención de acotar el objeto de estudio. Se señalaron como métodos particulares de la ciencia jurídica el histórico- lógico, derecho comparado y exegético.

g) Relevancia y utilidad de la investigación jurídica orientada a la transformación social contra la insuficiente aplicación de sus resultados en la práctica: La insuficiente comprensión, difusión y aplicación de los resultados de las investigaciones jurídicas fue una de las cuestiones planteadas. La limitada difusión de los resultados investigativos fue considerada una de las contradicciones. Algunos asociaron esta carencia con la interrelación existente entre derecho-política-poder. Otros añadieron al análisis la importancia que tiene el empeño y desempeño del propio investigador para la socialización de sus resultados, a través de eventos, publicaciones y cualquier otro tipo de intercambio profesional, que contribuya a romper esa barrera.

Fue recurrente el planteamiento acerca de que el conocimiento producido por la labor investigativa de muchos profesionales del Derecho no está sistematizado, ni debidamente reconocido o publicado.

Se consideró que los decisores de la política científica en los organismos e instituciones del sector juegan un papel fundamental. La percepción que tengan acerca del valor de la investigación científica para el desarrollo de la sociedad, su preparación, conocimientos, comprensión y sensibilización influyen en la divulgación y aplicación de los resultados científicos en Derecho.

h) Necesidad de la integración de esfuerzos y recursos contra la desconexión entre las instituciones y los investigadores: Es notoria la falta de intercambios, de cooperación y realización de proyectos conjuntos, entre las diferentes instituciones

jurídicas del país y de estas con otras que hacen ciencia social. La desconexión entre quienes hacen investigación jurídica en el país, fue un problema señalado, así como la insuficiente integración institucional para la investigación.

Dentro del propio ámbito del Derecho existe falta de comunicación entre las facultades y departamentos de Derecho, los centros de investigación, los legisladores y los investigadores. Situación aún más marcada cuando se trata de la necesaria e imprescindible interrelación con otros centros de investigación social.

Para finalizar, puede decirse que la investigación jurídica comparte los desafíos generales que se presentan ante la ciencia en Cuba, además de otros propios de su desarrollo. Entre los primeros interesa destacar algunos de los analizados por un grupo de científicos cubanos:²¹²

- La necesidad de la transdisciplinariedad y del rompimiento con modelos dicotómicos en los modelos y prácticas científicos.
- El papel cada vez más protagónico de la ciencia en la definición de un nuevo modelo de desarrollo.
- La necesidad de incrementar la capacidad de solución de problemas concretos y de creación de nuevos recursos, muy relacionada con el elemento anterior.
- La idea del compromiso ético, humanista en la producción científica. La ciencia con sentido crítico, desde una posición de valores, del modelo social y de desarrollo que se adopta, como instrumento para su perfeccionamiento, para su reconstrucción utópica sistemática.

Entre los segundos se encuentra la necesidad de formación epistemológica y metodológica para la investigación social en general y en particular en el campo del Derecho, cuestión reconocida por los juristas que participaron en este estudio. En especial, mayor información y formación sobre los métodos de investigación teóricos y empíricos, en particular acerca de los más recurrentes. El método, entendido como un medio de cognición o la manera racional y sistemática de proceder para alcanzar un objetivo concreto, presupone obrar de determinada manera. El investigador debe tener conocimiento y dominio de los supuestos teóricos, principios y recursos de los métodos

²¹² Mayra Espina Prieto, Lilian Álvarez Díaz, Ismael Clark, Raimundo Franco y Sergio Jorge Pastrana: Ciencia y cultura: comprensión de la complejidad, Temas, n. 32, La Habana, enero-marzo de 2003, p. 70.

que elija. La elección de los métodos, además, debe corresponderse con la posición epistemológica y teórica asumida sobre el objeto de estudio.

En los últimos quince años, la formación de postgrado en Derecho ha tenido un desarrollo creciente. Se han convocado y realizado diversas maestrías, algunas de las cuales tienen ya varias ediciones, especialidades y doctorados. El impacto de la enseñanza de postgrado en el progreso de la investigación en Derecho en el país es positivo. Ha repercutido favorablemente en la cantidad de investigaciones realizadas durante este período, la cifra de juristas involucrados en algún proyecto investigativo, por ende, en la formación teórica y práctica de los profesionales del Derecho. No obstante, estas modalidades de postgrado han visibilizado carencias en la formación para la investigación, traducidas en la prácticamente nula experiencia de la mayoría en investigación científica y significativas dificultades para construir un diseño de investigación.

Varias de las contradicciones analizadas guardan estrecha relación con los procesos formativos de pre y postgrado, la auto superación y el interés por los temas epistemológicos y metodológicos de la investigación en Derecho. Entre las cuestiones planteadas se encuentran, por ejemplo:

- El poco tiempo dedicado a la formación investigativa en el plan de estudio.
- Carencias en la formación en Sociología Jurídica.
- Poco interés por la investigación entre los juristas.
- Insuficiente adiestramiento en metodología de la investigación de algunos profesores.
- Insuficientes prácticas investigativas durante el proceso formativo de pregrado.
- Presencia de una práctica pedagógica que prioriza la enseñanza sobre el aprendizaje, la transmisión de conocimientos y el ejercicio de la memoria sobre la reflexión crítica y la participación activa en la construcción del conocimiento.

A modo de conclusión

Las sugerencias para contribuir al desarrollo de la investigación jurídica y la formación investigativa, realizadas por los sujetos participantes en el estudio, son las siguientes:

- 1) Organizar y convocar cursos de postgrado sobre metodología de la investigación.

- 2) Realizar actividades que, como el Seminario desarrollado, contribuyan a la reflexión colectiva y producción científica sobre estas cuestiones.
- 3) Divulgación de los cursos de formación en materia de metodología de la investigación.
- 4) Potenciar la participación del CIJ, en los cursos de postgrado sobre metodología de la investigación.
- 5) Sistematizar los conocimientos actuales.
- 6) Publicar libros sobre la materia, de autores cubanos, que no sean solo manuales, sino análisis científicos sobre metodología de la investigación.
- 7) Extender la investigación a todos los centros jurídicos, que no se quede solo en el campo de la docencia.
- 8) Reforzar el componente investigativo en la carrera de Derecho.
- 9) Profundizar en el contenido del curso de pregrado. Dedicarle más tiempo.
- 10) Establecer el carácter obligatorio de la investigación en pregrado.
- 11) Involucrar a un mayor número de jóvenes en las investigaciones que se realizan.

Bibliografía

ACOSTA RIVELLINI, LUÍS G.: Sociología del Derecho, <http://dch.unne.edu.ar/doc/SOCIOLOGA%20DEL%20DERECHO.doc>

ALFONSO CAVEDA, DUNIESKY: “La formación investigativa en la carrera de derecho: los estudios jurídicos en la Universidad de Pinar del Río”, *Odiseo, Revista Electrónica de Pedagogía*, año 8, no. 15, julio-diciembre, México, 2010, www.odiseo.com.mx

ÁLVAREZ UNDURRAGA, GABRIEL: “Importancia de la metodología de la investigación jurídica en la formación del abogado”, *La Semana Jurídica*, año 3, no. 139, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 2002 www.derecho.uchile.cl

AMBARTSUMIAN, VIKTOR Y KAZIUTINSKI, VADIM: “Las revoluciones en las ciencias naturales: aspectos filosóficos”, *Revista Ciencias Sociales* No. 33 (33), Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1978, pp. 46-64.

.....: “El Desarrollo Curricular en la Carrera de Derecho”, *Ilustrados*, www.ilustrados.com

BOTERO BERNAL, ANDRÉS: “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, *Revista de Derecho*, no. 21, Facultad de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, 2004.

.....: “Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia”, *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho* año 5, no. 10, 2007.

CARRILLO GARCÍA, YOEL Y PAVÓ ACOSTA, ROLANDO: “Un punto de vista sobre las investigaciones jurídicas en Cuba”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 37, no. 107, julio-diciembre, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 2007.

DE ARMAS ALONSO, MERCEDES, HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA, DIANA, NAVARRETE CALDERÓN, CARIDAD, GARCÍA MÉNDEZ, SILVIA ESTHER, SÓÑORA CABAILEIRO, MARÍA SOLEDAD Y GALLEGRO RODRÍGUEZ, CARLOS: *Metodología e investigación al servicio del Derecho*. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2012.

DIESTE COBO, JUAN MANUEL: *El aprendizaje del derecho*, Ed. Universidad de Granada, Facultad de Ciencias de la Educación, España, 2006 (tesis doctoral), <http://digibug.ugr.es>

ENTELMAN, RICARDO: “Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico”, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, 1982, <http://books.google.com.cu>

ESPINA PRIETO, MAYRA P., ÁLVAREZ DÍAZ, LILIAN, CLARK ISMAEL, FRANCO, RAIMUNDO Y PASTRANA SERGIO, JORGE: “Ciencia y cultura: comprensión de la complejidad”, *Temas*, no. 32, enero-marzo, La Habana, 2003.

GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO: “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, *Doxa*, no. 22, 1999.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO Y RODRÍGUEZ, CÉSAR A. (eds.): *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2003.

GUADARRAMA GONZÁLEZ, PABLO: “Fundamentos filosóficos y epistemológicos de la investigación”, *Archivo Chile*, sitio electrónico del Centro de Estudios Miguel Enríquez (CEME), www.archivochile.com

GVISHIAN, DZHERMEN: “Base filosófica de las investigaciones sistémicas”, *Revista Ciencias Sociales* No. 33(49), Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1978.

JIMÉNEZ SERRANO, PABLO Y PINTO FILHO, HEITOR: *Metodología para las investigaciones jurídicas*, Sao Paulo, 1998.

LOPERA QUIROZ, OLGA LUCÍA: “Usos de las metodologías de Investigación en el derecho”, *Estudios de Derecho*, no. 147, junio, Universidad de Antioquia, 2009, <http://doctrina.vlex.com.co>

LÓPEZ RUIZ, MIGUEL: *La investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción*, Universidad de México, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1628/14.pdf>

MATIENZO GONZÁLEZ, SARA ÁNGELA: “Estrategia metodológica para el desarrollo de habilidades investigativas en los estudiantes de derecho vinculado a la universalización”, *CD de Monografías*, Universidad de Matanzas “Camilo Cienfuegos”, 2009, <http://monografias.umcc.cu>

MOMDZHIAN, J.: “El proceso histórico del conocimiento sociológico”, *Revista Ciencias Sociales* No. 33 (33), Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1978. pp. 151-159.

OZIPOV, G.: “La sociología y el desarrollo de la sociedad”, *Revista Ciencias Sociales*, No. 33 (33), Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1978.

PÉREZ CUELLAR, P.J.: “Una aproximación a las investigaciones en el sector jurídico”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo 2011, www.eumed.net/rev/cccss/12/

PÉREZ FUENTES, GISELA MARÍA: “Propuestas metodológicas para la investigación jurídica aplicada”, *Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. XII, no. 24, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada Colombia, 2009.

PEZZETTA, SILVINA: “Un marco teórico para la investigación jurídica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (CEFD), no.22 junio, 2011.

SHIVIRIOV, V.: “Lo empírico y lo teórico en el conocimiento”, *Revista Ciencias Sociales* No. 3 (49), Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1978, pp.144-158.

VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL: “Prosiguiendo el debate: Los métodos en la investigación jurídica”, *Revista cubana de Derecho* no. 40 julio 2012.

UKRAINTSEV, B.: “La filosofía marxista y los métodos de las ciencias sociales”, *Revista Ciencias Sociales* No. 33 (33), Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1978, pp. 94-107.

WALLERSTEIN, IMMANUEL (coord.): *Abrir las Ciencias Sociales*, Ed., Siglo XXI México, 1996.

ZAPATA BELLO, GABRIEL: “La investigación jurídica aplicada enfocada a las realidades jurisdiccionales”, *Academia Revista sobre enseñanza del Derecho* año 4, no. 8, 2006.

Derecho Ambiental e Inmobiliario

La auditoría ambiental como herramienta de la gestión ambiental

The Environmental auditing as a tool for environmental management related to the environmental protection

Alcides Francisco Antúnez Sánchez.

Resumen

El tema tratado es una continuidad de cuatro artículos anteriores escritos por el autor en relación con la temática abordada cuando se ejerció como auditor en el Ministerio de Auditoria y Control en funciones de asesor jurídico gubernamental, el que tiene como objetivo demostrar la pertinencia de la auditoria ambiental como una herramienta de la gestión ambiental en relación con la protección al medio ambiente; se hace una revisión histórica en relación con la institución jurídica analizada, la base legal que la sustenta en las diversas etapas que han sido objeto de análisis, los diversos organismos implicados, haciendo una mirada a la legislación medioambiental y otra al órgano de control, como a los demás organismos de la Administración Pública que tributan con su legislación a acciones dirigidas a la protección del medio ambiente.

Nos permitirá continuar nuestra labor de investigación en relación con el tema, al abordar en investigaciones posteriores como se ejecutará el procedimiento de su ejecución, si solo se quedara en la vía administrativa las faltas cometidas como resultado de infracciones medioambientales, o si se hará cumplir lo que dispone la Ley del medio ambiente y su trascendencia a la vía jurisdiccional.

Hemos utilizado como métodos de investigación la revisión bibliográfica, la revisión de normativas jurídicas nacionales en torno al derecho comparado, las entrevistas con expertos que ejercitan la auditoría y la inspección ambiental, los criterios de especialistas jurídicos vinculados a la labor medioambiental, el método heurístico, el axiológico, que nos permitieron formarnos un criterio respecto a la institución jurídica analizada.

Se analiza además las consecuencias en relación con los actores dentro del contexto social, las acciones relacionadas con la modificación del entorno, que tributan a incrementar la cultura jurídica en materia medioambiental.

Palabras clave

Derecho ambiental, auditoría ambiental, derecho administrativo, medio ambiente

Abstrac

The topic is a continuation of previous four articles written by the author related to the topics addressed when working as an auditor in the Ministry of Audit and Control with functions of government legal adviser, which aims to demonstrate the relevance of the environment audit as a tool for environmental management related to the environmental protection, an analysis is carried concerning the record review related to the legal institution analyzed, the legal basis that supports it in the stages that have been analyzed and the agencies involved, with a look at other environmental legislation and the supervisory body, as other agencies of government that taxed with its law to actions aimed at protecting the environment.

It will allow continuing our research related to the subject, to be addressed in further research and the method of their execution will run, if only to stay in the administrative faults committed as a result of environmental offenses, or whether it will comply available with the environment Act and its importance to the courts.

We used as research methods literature review, review of national legal regulations regarding the comparative law, interviews with experts who exercise audit and environmental inspection, the criteria of legal specialists involved in environmental work, the heuristic method, axiological, that allowed us to form our judgment as to the legal institution analyzed.

The consequences are also discussed in relation to the actors within the social context, actions related to the modification of the environment, which are taxed at increasing legal culture in environmental matters.

Keywords

Environmental Law, Environmental auditing, administrative law, environmental

Introducción

1.- Íter histórico de la auditoría ambiental. La preocupación por la protección del medio ambiente ha alcanzado importancia y magnitud en los últimos años al convertirse en temática de interés para el empresariado, abarca tres dimensiones: la económica, la social y la ambiental.²¹³ El desarrollo industrial, bien equilibrado esencial para la generación de recursos que permitan crear empleos y promover la educación ambiental como bases del bienestar social y la calidad de vida, condiciones para alcanzar el desarrollo sostenible.²¹⁴ Como fenómeno progresivo ha contribuido al desarrollo en diferentes países, a través de una construcción legislativa que se inicia desde el Derecho Administrativo hacia el Derecho Ambiental, dando lugar a lo que hoy se reconoce como Derecho Administrativo Ambiental; dentro de toda esta doctrina se aprecia la regulación de la institución jurídica de la auditoría ambiental como una de las herramientas de gestión ambiental.²¹⁵ Se valora desde el sector industrial las actividades generadoras de daños ambientales incompatibles con el desarrollo sostenible, para desarrollar políticas

²¹³ A. Mejía Henry: *La responsabilidad por daños al ambiente*, El Salvador, 2010, pp.1-35. Señala los accidentes industriales ocurridos en la planta química de Seveso en 1976, el accidente nuclear de Chernóbil en 1986, el accidente petrolero Exxon Valdez en Alaska en 1989, el accidente del Parque Natural “Doña Ana” de 1998, el desastre mundial con el naufragio del Buque Prestige con vertidos de petróleo en España en el 2003. La contaminación en la Amazonía Ecuatoriana por la Trasnacional Chevron Texaco en 2013, como malos ejemplos de la protección ambiental por las industrias al no realizarse un adecuado control ambiental interno y no aplicar la Auditoría Ambiental.

²¹⁴ A.Y. Bernal Pedraza: *Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible*. Universidad Externado de Colombia, 2009, p.23.

²¹⁵ Blanca, Lozano Cutanda: *Manual de Derecho Administrativo Ambiental*. 3era ed. Editora Dykinson, España, pp.29-34. Coincide en los antecedentes del *Ius Ambientus*, reconocido en el *Ius Comune*: normas interdictales como el interdicto de Cloacis-Digesto 43.23.3, permitían al demandante limpiar y hacer reparaciones por daños en el patrimonio producidos en ocasión de daños al entorno..., ...así mismo se previa la represión criminal por daños ocasionados al entorno y se castigaba el que ofendiere las buenas costumbres, el que echara estiércol a alguien o le manchara con lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio público. Digesto 47.1.1)... Con posterioridad en la Edad Medieval, por medio de la Partida III, Título XXVIII, la Ley III, determinó como *res nullius*, cosa sin dueño a los animales salvajes. En la edad moderna, se han dictado normas protectoras de los recursos naturales, en especial del recurso maderero. La preocupación ante la magnitud de los problemas relacionados con la salubridad ambiental, los agentes contaminadores industriales, dieron lugar a que se crearan normativas en materia de control ambiental, dictan límites a actividades insalubres de su tutela en Salud Pública.

ambientales al implementarse los sistemas de gestión ambiental y el uso de tecnologías limpias para reducir la contaminación.²¹⁶

Desarrollo

El hombre, al emplear estas tecnologías ha logrado industrializarse, al hacerlo le ha sido posible que la población en la Tierra llegue a los millones que la habitan. Esta industrialización ha traído contaminación ambiental y problemas ambientales, sin embargo sí se decidiera desindustrialización para mejorar el medio ambiente deberían eliminarse miles de millones de personas, algo no lógico ni razonable el hablar de industrialización versus calidad de vida. Estos análisis, deberán evaluar el efecto de la contaminación en el hombre y en los sistemas ecológicos e implementarse los sistemas de control ambiental; también deberá distinguirse la contaminación natural y la contaminación industrial desde el comienzo de la humanidad; acelerada a partir de la Revolución Industrial, como generadora de los graves problemas ecológicos (crisis ecológica) y la no adecuada prudencia ecológica que existe en la mayoría de las regiones del planeta.²¹⁷

Estudios y análisis desde la doctrina contable y la doctrina ius ambientalista realizados en los países del área Iberoamericana, reconocen a la auditoría ambiental como la herramienta de gestión capaz de evaluar y sentar las bases a las políticas medio ambientales en las empresas de manera adecuada, permiten ejecutar análisis de los riesgos ambientales generados en el desempeño de una actividad y evaluar su impacto con el complemento de otras herramientas como la evaluación de impacto ambiental,²¹⁸ se ejecuta de forma voluntaria u obligatoria en el ordenamiento jurídico que la regule;²¹⁹ su ejecución fusiona el objetivo prioritario de la empresa, la obtención de

²¹⁶ D. Fernández De Gatta, *La responsabilidad social corporativa en materia ambiental*. Boletín económico ICE. No. 2824, España, 2004, pp.27-43.

²¹⁷ Son reconocidas a nivel mundial tres Revoluciones Industriales, la primera en la industria metalúrgica y textil, la segunda con el motor de explosión, los explosivos químicos, el desarrollo de la industria del automóvil, la industria siderúrgica y la producción de aparatos eléctricos; la tercera con la biotecnología, la microelectrónica y la informática, desde 1800 hasta el 2007.

²¹⁸ H. Aristazabal Ossa, (2010) *Auditorías ambientales*. Contraloría General de Colombia. Colombia, pp.29-66.

²¹⁹ J. Gomes Canotilho: Política pública ambiental de la Unión Europea, el empresario y la Auditoría para reducir la contaminación. Editora Universidad Aberta, Portugal, 1998, pp.78-105.

beneficios económicos unidos al de la protección ambiental para contribuir al desarrollo económico compatible con la conservación ambiental, al permitir el equilibrio de ambos.²²⁰

La obra de Lucas Paccioli publicada en 1494, sobre el método conocido de la “partida doble”, evidencia que desde el año 254 a.n.e. se inspeccionaban y comprobaban las cuentas, factor que permitió la evolución paralela de la actividad de la Auditoría como resultado de la práctica de la Contabilidad como ciencia y herramienta de trabajo por los especialistas dedicados a la contabilidad con el desarrollo industria.²²¹ Otros documentos confirman que en los finales del siglo XIII y principios del XIV se auditaban las operaciones de los funcionarios públicos que tenían a su cargo los fondos del Estado. Para 1799 ya existían firmas acreditadas de Contadores Públicos en países como Escocia, Estados Unidos de América e Inglaterra, fueron los primeros en los cuales tomó relevancia la actividad de la Contaduría Pública ligada a la práctica de la Auditoría Estatal.²²²

En el siglo XX, fueron incluidas normativas jurídicas por voluntad de la Administración Pública, factor que permitió se fortaleciera el trinomio Contabilidad, Auditoría y Derecho, al cobrar nuevas dimensiones como normativa administrativa para proteger los activos contra las posibles transgresiones, tipificado con la protección del bien jurídico ambiental y otras infracciones, ubicados bajo el término genérico de los delitos ambientales con reflejo en la contabilidad directa o indirecta. Esta institución jurídica vinculada con la protección del bien jurídico ambiental, reconocida como la herramienta de gestión regulada en normas jurídicas vinculadas al Derecho Ambiental, regulada en normativas jurídicas especiales para su uniformidad, tiene un nexo causal: la exigencia de la responsabilidad ambiental y la cuantificación de los daños ambientales generados, la implementación de la responsabilidad social empresarial vinculada a la economía y a

²²⁰ PNUMA-ONU. *Plataforma para una industria ecológica a nivel mundial. Políticas y prácticas*. La eficiencia en el uso de recursos naturales, la energética, energía renovable, facilidades financieras de la industria ecológica, transferencia de tecnologías, fomento de las industrias y trabajo ecológico. 2012, pp.17-45.

²²¹ J. Tua Pereda, *Evolución y situación actual del pensamiento contable*. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa. En Revista Legis de Contabilidad & Auditoría No. 24, 2008, Colombia. pp.4-19.

²²² L. Gómez García: *Auditoría Ambiental, voluntaria u obligatoria*. En Revista de Orden Público, Estado y Derecho, México, No. 11, 2011, pp.27-29.

la contabilidad ambiental. Ha permitido que haya evolucionado con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y su desarrollo tecnológico industrial que posea. Su conexión, se aprecia al estar relacionada a los orígenes del ius ambientalismo, como parte de la Agenda Pública Internacional; los textos consultados de las Entidades Fiscalizadoras Superiores, señalan al año 1969 como su inicio.²²³

Los textos en materia jurídica examinados revelaron que este tipo de auditoría se originó en los Estados Unidos de América a finales de los años 70 del siglo XX, apareció para evaluar la salud de la empresa con la finalidad de servir como herramienta de dirección para la gestión ambiental, ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estatal y Federal.²²⁴ En la década de los años 80, se extendió a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en este continente. En los países bajos, señalan al año 1984 y a Holanda como el primer país en incorporarse a la práctica de este tipo de control, exigencias legales marcadas dentro de sus derechos internos.²²⁵ Como resultado del compromiso respaldado por la Comisión Brundtland en 1987, fue formulada la propuesta de "*un desarrollo sustentable que satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas*".

Su íter histórico, se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el año 1995 como una herramienta de gestión ambiental, aunque otros estudios contables se considere su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social, relacionada a la Responsabilidad Social Empresarial. En esta propia década, se valora la adición de nuevos elementos tecnológicos vinculados al Comercio Internacional, la hacen mucho más compleja, completa y dinámica por parte de los sujetos económicos que la implementan; toda vez que las técnicas, métodos y objetivos de la Auditoría como actividad de control han ido de forma simétrica en evolución para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo

²²³ PNUMA-ONU. *Cumbre Mundial del medio ambiente*. Acerca de la problemática ambiental mundial. Brasil, 1995.

²²⁴ H. Lee: *Manual de Auditoría Medioambiental. Higiene y Seguridad*. Política Nacional Ambiental desde 1969, cuerpo legislativo sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en Leyes Federales y Estaduales. 2da ed. Editora McGraw-Hill, Estados Unidos de América, 1998, pp.7-29.

²²⁵ P. Murad Robles: *La Auditoría Ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación*. Editora Semarnat, México, 2009, pp.263-303.

XX hasta la actualidad en el mercado de bienes y servicios, donde aparece la empresa ecológica como una solución viable.

De igual forma, la evolución de la práctica de la auditoría, reconocida como una actividad de control y como una herramienta técnica de gestión, de amplia aplicación por parte de las Entidades Fiscalizadoras Supiores, se materializa en correspondencia a las áreas geográficas donde se aplica, relacionada al nivel de desarrollo tecnológico de la industria. Se ha visto promovida por diferentes agentes, desde los gobiernos hasta las organizaciones internacionales relacionadas con este tipo de control ambiental de manera directa o indirecta, a partir de la publicación de las normas ISO 14000 y 19011.

De igual manera, al analizarse los conceptos de los Organismos Internacionales que intervienen en las regulaciones en materia contable como la Asociación Americana de Contabilidad, la define como: *“proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otros hechos relacionados. Su finalidad consiste en determinar el grado de correspondencia del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen, para determinar si en dichos informes se han elaborado observando los principios establecidos para el caso”*.

La Cámara Internacional de Comercio, rectora de la actividad comercial por su vínculo con esta actividad de control, la reconoce como: *“herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medio ambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medio ambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa”*.²²⁶

²²⁶ La empresa deja de ser considerada como la expresión concreta del capitalismo y aparece cada vez más como una unidad estratégica en un mercado internacional competitivo y un agente de utilización de tecnologías nuevas. I. Belmonte Martín: *La Ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente*. Instrumento de gestión ambiental para proteger el medio ambiente dentro y fuera de la empresa. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. No. 4. España, 2009, pp.57-78

Bajo todas estas perspectivas, su expresión moderna, aparejada a su íter histórico y evolución, se considera que es la herramienta evaluadora del Sistema de Gestión Ambiental (SGA), mecanismo clave para obtener información sobre la efectividad de la gestión ambiental de la empresa y de sus directivos, al identificar los problemas asociados a su trabajo en materia de seguridad y ambiente laboral, los nuevos desafíos ambientales por venir, propone medidas de prevención y mitigación, complementadas con la revisión contable ambiental para conformar la empresa ecológica.

Esta acción de control, vinculada con las problemáticas ambientales del siglo XXI, no podrá ser analizada ni entenderse sí no se tiene en cuenta la perspectiva global, surgida como consecuencia de múltiples factores como efectos de la crisis ecológica: aumento de las temperaturas, agujero en la capa de ozono, desertificación, acumulación de residuos radiactivos, extensión de enfermedades como el cáncer, malaria, insalubridad del agua dulce, inseguridad alimentaria, contaminación urbana y agotamiento de los recursos renovables y no renovables vinculados de forma directa o indirecta con la institución jurídica analizada, en relación con los mega problemas ambientales que hoy acontecen.²²⁷

Las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS), como sujeto internacional que regula esta actividad de control ambiental, establece pautas, la identifica como: la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental.²²⁸

Néstor Caferrata la ha considerado como la descripción de los procesos y actividades desarrolladas; la verificación del encuadre legal ambiental de los residuos sólidos y

²²⁷ La necesidad de implementar el Sistema General de Auditoría Ambiental (SGA) para mitigar la contaminación. Regulada en el Libro Blanco y Libro Verde complementado en las Normas EMAS de la Unión Europea. A. Arner Guerre: *Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental*. Universidad de Zaragoza, España, **S.A.** pp.123-342.

²²⁸ La importancia de esta herramienta de gestión para introducir nuevas concepciones como empresa limpia no contaminadoras. A. Antúnez Sánchez: *La Auditoría Ecológica, un instrumento en la gestión ambiental*. Revista de Derecho y Medio Ambiente, España. 2010, No.21. p.18.

semisólidos, efluentes líquidos, emisiones gaseosas etc., generadas por la empresa. Deberá incluir: líneas de producción, caracterización y tratamiento de los residuos sólidos y semisólidos, caracterización y tratamiento de las emisiones gaseosas, caracterización y tratamiento de los efluentes líquidos, condiciones y medio ambiente de trabajo. Conclusiones respecto del encuadre legal y el cumplimiento de la normativa ambiental específica para cada caso, por parte del establecimiento.²²⁹

La Norma ISO 14001 y 19011 la definen como: “... el proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría...”. Todos estos criterios doctrinales, conceptos administrativos y regulaciones jurídicas, caracterizan a este tipo de auditoría por ser: “generalizada al abarcar los SGA, de revisión ambiental, puntual, de conformidad, de siniestros, de riesgos, de adquisición, de seguridad e higiene, de cumplimiento de la legalidad y de recursos. Tiene en cuenta el escenario auditado donde se practicará, se clasifica: de entorno interior y de entorno exterior”.

Autores cubanos señalan a esta tipología de auditoría como: la actividad de control ambiental reporta beneficios a los empresarios que aplican los Sistemas de Gestión Ambiental para conocer la contaminación generada en su empresa, para encontrar las fallas de sus sistemas productivos, la inobservancia de la legislación ambiental y tomar las medidas correctivas necesarias, complementada con la aplicación de la contabilidad ambiental para disminuir la huella ambiental. Su regulación en el ordenamiento jurídico interno cubano aparece la Ley de la Contraloría y su Reglamento.²³⁰

Otras denominaciones análogas que desde la doctrina toman posiciones otros autores, como son: la ecoauditoría, la revisión medio ambiental, el control medio ambiental, la evaluación medio ambiental y la vigilancia medio ambiental; poseen un mismo significado y fin, conocer los niveles de contaminación de una empresa y certificar sí

²²⁹ N. A. Caferrata: *Pequeño Diccionario Jurídico Ambiental*. Auditoría Ambiental. Editora Abeledo Perrot, Argentina, 2012, p.47.

²³⁰ Algunos autores dejan entrever que esta actividad de control se vincula a la construcción de la empresa ecológica, con concepciones desde las ciencias contables, dan paso a la doctrina ius ambientalista, ligada a las herramientas de gestión como nexo en este tránsito. I. Aguilera Mesa: *Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*. S.E. 1997, pp.45-51

posee una producción limpia en correspondencia al país que le utilice al implementar estas tecnologías.²³¹

El autor la define como: la herramienta de gestión ambiental, evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la actividad industrial o de servicios desde diferentes ópticas: económica y contable, calidad, seguridad laboral, medio ambiente laboral, entre los indicadores medibles por el equipo auditor como pautas del programa de auditoría a aplicarse. Su objetivo: evaluar el impacto ambiental de la gestión empresarial generado sobre el medio ambiente y proponer las acciones correctivas para mitigar los efectos negativos identificados al realizarse esta actividad de control, concluye con la entrega de la certificación ambiental de industria limpia. Permitirá al empresario tener una imagen pública positiva, los beneficios agregados del ecoetiquetado a los productos, aplicar los códigos de conducta ambiental para la producción mercantil y de servicios a través de las buenas prácticas ambientales como empresa social responsable conformada como ecoempresa.

Como herramienta de gestión empresarial, en los países de la Unión Europea, Latinoamérica y el Caribe en relación a sus ordenamientos jurídicos, idioma, cultura y realidad económico-social, es capaz de evaluar y sentar las bases de una política medio ambiental dirigida a estos empresarios estatales, no estatales y otras formas de gestión reconocidas, tiene como finalidad, ejecutar análisis de los riesgos ambientales que pudieran generarse en el desempeño de su actividad y evaluar los impactos generados.

²³²Entre otras características analizadas por este autor, este tipo de auditoría es de obligada obediencia en la legislación que la tipifique al implementarse las normas ISO 14 000 y 19 011 o voluntaria, la más solicitada al ser mayoritario el sector privado.

El vínculo e importancia con los conceptos de la Economía y la Contabilidad Ambiental establecidos por el PNUMA, necesarios para ejecutar esta tipología de auditoría por parte de los auditores de las Contralorías y las Sociedades Mercantiles, con normativas

²³¹ Coinciden en el uso del concepto de Ecoauditoría como instrumento de gestión ambiental. I. BELMONTE MARTIN: *La Ecoauditoría: instrumento para la defensa del medio ambiente*. Revista Electrónica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche, España, 2010, p.13.

²³² *Instrumento de gestión ambiental* utilizado en las empresas para el conocimiento de su situación y de los efectos que tiene la actividad que desarrolla sobre el medio ambiente si cumple con las normas regulatorias y leyes, evalúa la efectividad del SGA, evita sanciones penales y aumenta la rentabilidad económico-financiera.

especiales en los ordenamientos jurídicos en relación a la regulación de su tutela a través de Leyes Orgánicas de Medio Ambiente, Leyes de Contralorías y Leyes de Auditoría Ambiental, entre otras, relacionadas en su práctica a otras herramientas de gestión, con la gestión social empresarial y la responsabilidad ambiental.²³³

Su ejecución por los auditores de las Sociedades Mercantiles que practican la auditoría al sector privado, habilitados por la EFS o el órgano acreditado en mandato del Estado para ejercitar esta función pública a través de la concesión administrativa. Podrá ser también realizada a la empresa estatal por la EFS de manera obligatoria u aleatoria, es reconocida y regulada en los ordenamientos jurídicos como: una prestación de servicio público, una actividad de control y fomento; para su ejecución media la suscripción de un contrato de servicios, concluye con la entrega del informe de los resultados de la auditoría y la certificación ambiental.

1.1. ¿Actividad de Control, de Servicio Público, de Fomento de Gestión Económica? La concepción de servicio público, concepto controvertido, entendido de diversas formas y mutando en dependencia de las circunstancias políticas, económicas y sociales de los Estados; en la doctrina francesa autores entre los que se destaca León Duguit, con sus diferencias la consideran como la piedra angular del Derecho Administrativo clásico, elementos imprescindibles a la hora de determinarlo. A partir de la manifestación de esta actividad, se identifican sus elementos: necesidad de la sociedad o generalidad, titularidad estatal, el régimen jurídico permite que la Administración Pública gestione de manera directa o indirecta el servicio como el control, la continuidad, uniformidad e igualdad de trato para todos los ciudadanos. Como categoría se ha concebido como forma de actividad estatal y actividad técnica, como categoría rectora al interés público; realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada de forma directa por ésta o indirecta por sujetos autónomos autorizados para ello, bajo un régimen jurídico especial, destinada a la satisfacción de un interés general. Se contempla la forma de gestión la mixta, gestión esta que se lleva a cabo a través de sociedades

²³³ Se valora por los ecologistas puros que el medio ambiente no humano, ecosistemas y bienes naturales no deberán ser valorados, toda vez que se le incorporarían juicios de valor humano, no los propios del medio ambiente. P. Linares Llamas: *Economía y Medio Ambiente: herramientas de valoración industrial*. Editora Mc Graw-Hill, España, 2010, pp.1-29.

mercantiles con una concesión, la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

Como actividad de control (Administración Policía), sus destinatarios son: los órganos, organismos, organizaciones y entidades sujetos a las acciones de control que por Ley se establecen, obligados a mantener sistemas de control interno conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales. Su finalidad: mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección que le competan. Su importancia va dirigida a comprobar la aplicación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo.²³⁴

En materia de protección ambiental este tipo de control ha mutado, se valora la aplicación de otros mecanismos de control que se le han incorporado en el transcurso de estos años, conocidos como técnicas de tutela ambiental, realizadas a través de la aplicación del control interno, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y educación ambiental. Pueden ser preventivos, para esto se establece la aplicación de instrumentos de control como: autorizaciones, aprobaciones, permisos, licencias, concesiones y otros. Los de control ambiental, se establecen a través de la Auditoría Ambiental, la policía ambiental, la supervisión ambiental y otros. Son aplicados para mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos dentro de estas empresas para el desarrollo sostenible.²³⁵

Como actividad de gestión económica, con el uso de instrumentos económicos, considerados por la doctrina como una alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental, modifican conductas de producción y consumo por otras sostenibles. Aparecen en este escenario la alternativa jurídico-económica, es el caso del tributo ambiental, mecanismo utilizado para obtener un desarrollo limpio -Protocolo de Kioto-, permite lograr que quien contamine pague para una mejor responsabilidad empresarial. Se valora su vinculación con esta actividad de control ambiental a las empresas, en relación a la actividad que realice, implementado y controlada a través del

²³⁴ A. Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va ed. Editora Macchi. Argentina, 2006, p.12. Aborda la promoción del bienestar social.

²³⁵ A. Pérez Moreno: *Instrumentos de tutela ambiental*. El régimen tributario en materia ambiental. Editora Trivium S.A. España, 1993, pp.8-57.

Fisco en normativas tributarias, en el caso a través del ecoimpuesto vinculado al vertido ambiental y a la auditoría.²³⁶

En el caso del fomento ambiental, es el estímulo para que las empresas sean menos contaminadoras, se regula en normativas jurídicas a través de Leyes de Fomento. Estos estímulos fiscales por la doctrina ambiental son conocidos como “impuestos verdes o reformas fiscales verdes”, utilizadas como herramientas de mercado, aplicadas al uso del transporte híbrido o eléctrico en respuesta a la contaminación vehicular, en el reciclaje de botellas plásticas por la industria, al control de la deforestación boscosa, al tratamiento al agua potable y desechos sólidos utilizados en la industria, para conservar la biodiversidad y el uso de combustibles fósiles -modificar la matriz energética-.²³⁷ Como ecología mercantilista, se reconocen dos variables por la doctrina ambientalista, una a través de la competitividad empresarial y la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acreditación ambiental.²³⁸

Todos estos conceptos, principios y elementos establecidos desde la doctrina administrativa relacionada con otras ramas del Derecho, este tipo de actividad de control deberá estar sustentada; los ordenamientos jurídicos revisados se reconoce como actividad de control y de servicio público. Sí entendemos que todo servicio público conlleva en sí acciones de control para medir su eficacia y eficiencia de las actividades auditables ambientales en estas empresas, como elementos de actividad pública visibles en la empresa estatal.

Dentro de esta materia medio ambiental, pudiera ser conformado a través del ordenamiento ambiental como parte del desarrollo urbanístico, la licencia ambiental, la Evaluación de Impacto Ambiental, el Sistema de Inspección Ambiental y la recogida de

²³⁶ El británico Arthur Pigou, pionero de los tributos con *finalidad ambiental*, propuso hace más de cuatro décadas un gravamen por emisión de contaminantes, con la finalidad de alcanzar el nivel óptimo de contaminación mediante la nivelación del tributo al costo marginal externo para cada nivel de producción.

²³⁷ J., Ríos Gual: *La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI*. Revista de Empresas. España, 2007, pp.1-10. Este autor sostiene que tres son las fuerzas que por separado y en combinación, impulsan a las compañías a penetrar en un territorio, desconocidos por ejecutivos y administradores: los clientes, la competencia y el cambio. Vinculadas a las herramientas de gestión ambiental para conformar la empresa ecológica.

²³⁸ P. Dopazo Fraguio: *Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental: Etiqueta ecológica y tutela ambiental*. Editora Exlibris, 1era Ed. España, 2001, p.21.

desechos sólidos, todos tributan a la ejecución de la Auditoría Ambiental por su vínculo administrativo. La Administración Pública, al practicarla para preservar el bien jurídico ambiental, la realiza de forma obligatoria a través de un plan, se valora su vínculo con la inspección y a la potestad sancionadora que posee esta Administración Pública de sus funcionarios ante sus faltas por cometer daños a los recursos naturales del Estado. Culmina todo este proceso con la entrega del resultado del informe final de la auditoría, si cumple con las regulaciones y exigencias para ser reconocida como una empresa ecológica, le certifican con la ecoetiqueta.

Como tipología de auditoría, se distingue de la actividad inspectora como potestad inspectora de la Administración Pública, toda vez que la inspección ambiental, tiene como objeto proteger la legalidad, la vigilancia y fiscalización para revisar el nivel de observancia por parte de los sujetos obligados. Se ejecuta a través de un plan anual, con procedimientos específicos, dirigida a los ecosistemas de interés de esta Autoridad Ambiental, inspecciona el resultado de las medidas dejadas en la Licencia Ambiental otorgada como respuesta de la evaluación de impacto ambiental practicada o por denuncias públicas recibidas, su alcance es limitado. La función inspectora es la actividad ejercida de forma directa por la propia Administración in situ, con carácter aleatorio, discrecional y esencial; ligada al ejercicio de la potestad sancionadora, es una función de control configurada a una entidad por la complejidad de los riesgos ambientales que deberán afrontarse por la sociedad actual. Es reconocida como policía administrativa con alcance horizontal.²³⁹ Ejercida de forma directa, esta función de control se configura a una entidad por la complejidad de los riesgos ambientales que deberá afrontar, con un alcance horizontal.

La auditoría, como actividad de control a los bienes públicos ambientales, permite a los empresarios la concreción de la empresa ecológica y la contrapartida a la inspección ambiental. Revisa la implementación dentro de la organización, el sistema contable ambiental a través de procesos y procedimientos por el equipo auditor que la practique, y la observancia de la legalidad en relación a las normas contables y de auditoría establecidas en la normativa general. Es ejecutada conforme al plan anual de actividades de control que se conforme por parte de la Contraloría, comprenderá lugares

²³⁹ Los autores, desde las ciencias jurídicas, consideran la potestad inspectora como una acción directa de la Administración Pública dirigida a los servicios públicos de esta Administración. Véase a M, Rebollo Puig: *La Actividad Inspectora*. Editora Iustel, España, 2011, pp.1-57.

ambientales o áreas críticas con problemas de contaminación generados por las diferentes actividades desarrolladas en áreas rurales, cuencas, bahías, áreas naturales protegidas, etc., para identificar los diversos sectores que tengan competencias ambientales.

Las actividades incluyen las que realiza la empresa auditada, asociadas con el manejo o contención de sustancias peligrosas, incluyen materiales y residuos con propiedades corrosivas, explosivas, tóxicas, inflamables o de algún modo contaminantes y los procesos o instalaciones que generen otras formas de contaminación ambiental, de aquí que exista otra clasificación menos utilizada, la aleatoria, en relación con el interés por este sujeto estatal ante una problemática ambiental de interés nacional. En su ejecución revisará la observancia de la legislación y la normatividad ambiental por el auditado. Se revisarán y verificarán aspectos como: agua, aire, residuos peligrosos y no peligrosos, suelo y subsuelo. Las fuentes de abasto de agua, descargas de agua residual, procesos y servicios industriales, sitios de almacenaje de materias primas, almacenaje temporal de residuos peligrosos y fuentes de emisión a la atmósfera. La recopilación de información relativa a la región donde está ubicada la industria, incluidos: mapa de localización de instalaciones, industria y colindancias, planos de edificios e instalaciones, tipo de construcción, drenaje de la empresa, de aquí que se reconozca la participación ciudadana en la práctica de esta evaluación ambiental, al distinguirla de la actividad inspectora.²⁴⁰

Su regulación aparece como institución jurídica a partir de ser reconocida en la firma de Tratados y Convenios Internacionales con las Entidades Fiscalizadoras Superiores y Organismos Internacionales, Constituciones, Código Ambiental, Ley Orgánica Ambiental, Ley de Auditoría Ambiental y Ley de Contraloría; vinculada en su aplicación por normativas jurídicas con rango de Ley en materias de Administración Pública Ambiental, Orgánicas de la Administración, Gestión Ambiental, Responsabilidad Ambiental, Control de la Contaminación Ambiental, de Salud, Agua, Vida Silvestre, Parques Nacionales, Corredores Marinos, Agraria y Ordenanzas Municipales, entre otras. Complementadas con las normas ISO, las (Eco-Management

²⁴⁰ F. Bernal Fisil: *Auditoría Ambiental o Ecoauditoría*. Revista Actualidad Empresarial. No. 201, España, 2010, pp.1-2.

and Audit Scheme, o Reglamento Comunitario de Ecogestión y Ecoauditoría) EMAS y las disposiciones de las Entidades Fiscalizadoras, consideran estos autores. Al exigir la responsabilidad ambiental a los auditados, se establecen en norma jurídica su tramitación con procesos penales ante Fiscalías Ambientales, la solución final de estos conflictos se realizará en sedes judiciales en: los Tribunales Ambientales, reguladas con rango de Ley.²⁴¹

En este escenario socio-económico, la auditoría ambiental responde a las necesidades sociales como herramienta de protección del medio ambiente, y es susceptible de integrarse en la realización de las revisiones clásicas que se establecen en otras ramas de la economía industrial. Esto le ha permitido evolucionar a otras tipologías de auditorías reconocidas en normativas legales como las de legalidad, financiera, de cumplimiento y de gestión. Estas revisan en sus programas de auditorías aspectos vinculados con la protección ambiental. A su vez brindan a estos empresarios una mejor información en esta materia y responden a las necesidades sociales cuya meta es la sostenibilidad ambiental. Es realizada en base a los criterios como: nivel de importancia y de urgencia de los problemas ambientales detectados, el alcance y complejidad de las actividades que realiza la empresa, cómo influyen en el ambiente, el volumen de las emisiones de contaminación y el historial de los problemas medio ambientales. Es una herramienta vinculada con los principios del Derecho Ambiental que implica una acción preventiva, de cautela, de cooperación, de quien contamina paga, de evaluación de impacto ambiental, de responsabilidad, de participación ciudadana, de equidad intergeneracional, de progresividad y de sustentabilidad.²⁴²

Análisis legislativo de la actividad de control ambiental a través de la auditoría. La denominación de auditoría ambiental como término a manejarse en el artículo, al ser la terminología de mayor uso en la doctrina ius administrativa y la ius ambientalista consultada, la reconocida en los ordenamientos jurídicos analizados, la utilizada por los

²⁴¹ ¿Qué puede aprender Chile de la “Experiencia de otros Tribunales Ambientales en el mundo”? En el mundo los tribunales ambientales, reconocidos en 41 países y por sus resultados en la promoción de un desarrollo ecológico sostenible, su composición se integra por juristas especializados en Derecho Administrativo o Ambiental, profesionales de las ciencias económicas especializados en materia ambiental, con diez años de experticia. C. Burdyslaw: *Experiencia de otros Tribunales Ambientales en el Mundo*. Revista Justicia Ambiental, Chile, 2011, pp.93-120.

²⁴² N. Caferrata: *Principios del Derecho Ambiental*. Editora Abeledo Perrot, Argentina, 2010. pp.7-69.

organismos y organizaciones internacionales vinculados al control, la manejada por la contabilidad y el comercio.

La opinión de autores de la Unión Europea, desde los saberes contables, coinciden en confirmar que la práctica de esta auditoría se aprecia vinculada a los conceptos de economía y contabilidad ambiental, permiten a la empresa reducir los costes al implementar las producciones limpias y obtener la certificación ambiental como valor agregado de la actividad comercial, protege la salud laboral al minimizar los riesgos y controlar los niveles contaminación al cumplir con las regulaciones establecidas por el ius commune; estas normativas jurídicas parten desde la firma de Tratados Internacionales, Constitución, Códigos Ambientales, Leyes Ambientales y Leyes de Auditoría Ambiental; complementadas para su ejecución por las normas voluntarias conocidas como las EMAS y las ISO 14 000 y 19 011. Su tutela la posee la Entidad Fiscalizadora, se vincula a otras herramientas de gestión y a la responsabilidad social empresarial. Ha ido en evolución con la aplicación de otros instrumentos que se le han incorporado desde el pasado siglo, como regulaciones y herramientas entre las que se destacan: la cobertura a través del seguro ambiental, la aplicación de incentivos fiscales, la tributación ambiental como tipo impositivo en materia de tributos, las tecnologías limpias y la responsabilidad objetiva.²⁴³

Los criterios de juristas dedicados al estudio de esta rama del derecho consultados coinciden que este Derecho Ambiental como derecho de nueva creación en materia doctrinal y normativa, dinámico y variable, vinculado con otras ramas del Derecho y con otros saberes por su transversalidad.²⁴⁴ No obstante, adolece de un adecuado respeto en torno a su obediencia por parte de los sujetos obligados a cumplirlas.²⁴⁵ Otros textos consultados, señalan que por ser un derecho humano reconocido desde la doctrina

²⁴³ Toman posición desde las ciencias contables sobre la Auditoría Ambiental, sus beneficios, limitantes consecuencias negativas para mitigar los problemas ambientales. J.M. Páez Sandubete: *La Auditoría Medio Ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable*. Editora Trivium, España, 2008, p.9.

²⁴⁴ En las ciencias jurídicas, algunos autores consideran la importancia de la Auditoría Ambiental, su nexo con el Derecho Ambiental. B. Lozano Cutanda: *Actualidad del Derecho Ambiental Comunitario*. Revista de Derecho Administrativo Económico. No. 20, Brasil, 2009, pp.1-20.

²⁴⁵ Ojeda Mestre le considera caro, complejo, moderno, cientificista, multidisciplinario, de expertos, preventivo y correctivo, indexado al desarrollo económico, es procesalista, transversal, entre otras. R. Ojeda Mestre: *El nuevo Derecho Ambiental*. Revista de la Universidad de Cuauhtémoc No.8, México, 2012.

internacional, no se comprende por qué la Declaración Universal de los Derechos Humanos no existió ninguna referencia al medio ambiente, apenas se reguló en la legislación de aquel período o en alguna Constitución de la época. Los derechos de tercera generación, denominados nuevos derechos, surgieron como respuesta al problema de la contaminación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio ambiente, libertad informática y el consumo, suelen incluirse los que protegen bienes como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación y la defensa del patrimonio genético de la especie humana.²⁴⁶

Investigaciones jurídicas realizadas en el país y por otros autores foráneos, consideran que el Derecho Ambiental Internacional ha estado vinculado con el desarrollo del Derecho Internacional Público en las etapas histórico-jurídicas de evolución de la ciencia del Derecho.²⁴⁷ Con ello buscan dar respuesta a la problemática ambiental, apreciada como ley blanda en cuanto a su obediencia por parte de sus sujetos. Desde las ciencias jurídicas en Latinoamérica y el Caribe otros autores consideran a esta rama del Derecho pese a las insuficiencias descritas.²⁴⁸

De esta forma han entrado a resolver la cuestión de la polución la responsabilidad ambiental a partir de la normativa constitucional en Leyes especiales como: las de crimen ambiental, forestal, de la auditoría ambiental relacionada con el daño ambiental y su cuantificación, los incentivos fiscales con la tributación ambiental y la cobertura a través del seguro ambiental. Reconocen el vínculo que posee con otras ramas de las ciencias jurídicas y con otras ciencias, tal es el caso de la ecología, la contabilidad, la sociología, la historia y la economía ambiental, entre otras. Esto permite a los empresarios tomar decisiones para mitigar la contaminación generada por la producción industrial versus sostenibilidad en el desarrollo de la industria ecológica, a partir de todo este íter histórico que la reconoce como herramienta de gestión ambiental promovida

²⁴⁶ L. De Medeiros García: *Derecho Ambiental Constitucional*. El derecho interno ambiental a partir de la protección constitucional. 2da ed. Editora JusPodivm, Brasil. 2010, pp.133-204.

²⁴⁷ En tal sentido, otras posiciones desde las ciencias jurídicas refieren el vínculo del Derecho Ambiental Internacional con el Derecho Internacional Público y en particular la Auditoría Ambiental, con la firma de Tratados y Convenios. J. Juste Ruiz: *La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente*. Universidad de Valencia. España, 2007, pp.467-474.

²⁴⁸ Posiciones asumidas por autores desde las ciencias jurídicas, reconocen los aportes de esta rama del Derecho a la protección medioambiental. J. Sales De Freitas: *Auditoría Externa Ambiental como instrumento en la defensa del medioambiente*. Revista de Jure No.20, Brasil, 2013, pp.293-309.

por la Administración Pública a través del fomento como el instrumento de prevención para mitigar la contaminación.

El Derecho Ambiental vinculado a los mecanismos de comando y control descritos en el Programa de las Naciones Unidas para la Protección del Medio Ambiente, señalan la importancia de poder contar en el escenario internacional con una institución similar a la Organización Mundial del Comercio, que sirva como foro de negociación de las políticas relacionadas con la protección medio ambiental y revertir la situación que impera, para tributar al equilibrio entre el progreso y la protección de los recursos naturales, aún no logrado por los líderes mundiales.²⁴⁹

Los conceptos y las características presentes en esta tipología de Auditoría, reconocida como la herramienta de gestión ambiental, vinculada con otras herramientas e instrumentos al realizarse por los auditores, reconocida en la norma legal como una actividad de control y a la vez como servicio público en la Doctrina Jurídica de Iberoamérica; tutelada por la Administración Pública con un fin concreto, preservar este bien jurídico ambiental para el desarrollo sostenible, a su vez es reconocida su interdisciplinariedad, transdisciplinariedad y multidisciplinariedad, al intervenir en su ejecución profesionales de las ciencias en relación con el escenario a auditarse, de aquí que sea multidimensional.²⁵⁰

Este tipo de control ambiental, posee ventajas en su aplicación, a partir de: la implementación del SGA, el uso de tecnologías limpias, la aplicación de la contabilidad ambiental, la obediencia a la legislación, permite obtener la cobertura financiera a través de la póliza ambiental, y con ello lograr una empresa ecológica sostenible; sus limitantes consideramos están identificadas con la obsolescencia tecnológica, los elevados costes de las tecnologías limpias, los costes del contrato de servicio, la heterogeneidad industrial y las formas de organización. Como consecuencias negativas están circunscritas a: ser empresas contaminadoras al medio ambiente, los costes del contrato

²⁴⁹ A. Antúnez Sánchez: *La jurisdicción de la Auditoría Ambiental*. Realizada por las Contralorías, Unidades de Auditoría y Sociedades Mercantiles. Revista EumeNed, España, 2005.

²⁵⁰ R. Martín Mateo: *Nuevo Derecho Energético*. Refuerza la protección del bien jurídico ambiental en la Unión Europea. Editora Leal, España, 1982, p.65.

de auditoría, les impedirán obtener la certificación ambiental v/s desarrollo sostenible a estos empresarios no concientizados con la problemática ambiental y como resolverla.

La justificación de realizar esta actividad de control, recaerá en: la importancia de practicarla por estos empresarios a sus empresas a partir de ejecutar el control interno sistemático, en atención a estos temas ambientales, a los acuerdos internacionales en materia ambiental firmados por los países, las normativas jurídicas internas, las pautas trazadas por los bloques comerciales (UNASUR, MERCOSUR, ALBA, GATT, UNION EUROPEA), la Agenda 21, el Protocolo de Montreal (Capa de Ozono), la Convención sobre Diversidad Biológica, el impacto en las decisiones y su repercusión económica al no implementarse la contabilidad ambiental. Para lograr esto, los empresarios tendrán que aplicar estrategias para reducir los niveles de contaminación, ahorrar energía, utilizar tecnologías limpias, ahorrar materias primas, aplicar las técnicas de reciclaje, aplicar la reingeniería empresarial, realizar alianzas estratégicas. Es aquí donde la auditoría ambiental juega un rol privilegiado para conformar la empresa ecológica y con ello lograr el desarrollo sostenible.

Emilio Valdivia Aguilar, experto en la práctica de auditorías realizadas por agencias internacionales, señalaba que dentro de la ejecución de la actividad de control ambiental deberán quedar definidos los conceptos de economía ambiental, la persecución social del ambiente, los principios universales del Derecho Ambiental. Además, desde el punto de vista de la generación de la contaminación, debe definirse la responsabilidad de la Naturaleza y cuál por las actividades del Hombre. Estos análisis permitirán actuar conforme a derecho para pagar por el daño en la evaluación realizada por los auditores.

Proseguía en esta entrevista, con las interrogantes a realizar dentro de la empresa a los empresarios: ¿Se deberá acatar la legislación de protección del ambiente por convicción o por obligación?, ¿Por qué lo hacen los empresarios? ¿Todos lo hacen? ¿Por qué tiene que intervenir el Derecho Ambiental? En materia de seguridad y salud laboral las empresas radicadas en el país cumplen de manera adecuada la legislación, contrario a lo que ocurre cuando estas son vendidas a empresarios extranjeros.²⁵¹

²⁵¹ E. Valdivia Aguilar: Perito en Gestión Ambiental Internacional, Procuraduría Federal del Medio Ambiente, México. Entrevista realizada el 18 de julio 2014, a las 22.00 horas y el 21 de julio 2014, a las 8.45 horas p.m. Email: ecomunic@yahoo.com.mx

Jaime Wolisky, experto en la ejecución de las auditorías ambientales, le asignaba gran importancia a que la temática contable dentro de esta acción de control porque le permite al empresario conocer los costes asignados a la protección ambiental en su empresa, para evaluarlos a través del control interno y cuando sea solicitada una evaluación interna a través de la actividad de control ambiental.²⁵²

2.- Elementos de la Auditoría Ambiental. Esta tipología de auditoría es practicada en dependencia de las condiciones que la enmarquen, de los objetivos específicos que la motivan y del nivel de desarrollo que la organización empresarial tenga, comparte un objetivo común entregar información documentada y validada sobre diferentes aspectos de la situación ambiental de la entidad auditada al identificar los riesgos e impactos asociados, el examen y la evaluación de las prácticas existentes para mejorar el desempeño ambiental, permitirá comprobar el respeto de la legislación y los estándares ambientales de relevancia.²⁵³

Con esta evaluación de la gestión ambiental realizada a la empresa, como uno de los principios básicos que la Comunidad Internacional ha reconocido para lograr una gestión ambiental eficaz y eficiente, es contar con mecanismos y herramientas que permitan a las sociedades proteger el derecho de las personas a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar, con mecanismos que permitan a cualquier persona tener acceso a la justicia ambiental. Se trata de proteger ante el fenómeno de la globalización internacional, pues las asociaciones internacionales buscan acaparar la producción de bienes, servicios y comercios, entre otros. Ante esta ofensiva, las reformas energéticas y de recursos naturales que se realizan en Latinoamérica y el Caribe en materia de economía, salud, ciudadanía y ambiente, busca realizar reformas sostenibles adecuadas.

Permitirá, además, conocer al equipo auditor el grado de economía, eficiencia, y eficacia, calidad e impacto en la planificación, control y uso de los recursos naturales, la conservación y la protección del medio ambiente, como características fundamentales

²⁵² El argentino J. Wolisky es Auditor Ambiental y Contador Contable Internacional. Email: wolinsky@wolinsky.com.ar. <http://www.wolinsky.com.ar>

²⁵³ M. Padin: *La Auditoría Ambiental y las Normas ISO 14000*. Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social, No.5, Argentina, 2011, p.37.

en este proceso de planeación y práctica de la actividad de control ambiental.²⁵⁴ De aquí que estemos en presencia de los elementos subjetivos que se reconocen en esta relación administrativa: Auditor (auditores certificados que pertenecen a las Contralorías o a las Sociedades Mercantiles de Auditoría, habilitados en el Registro de Auditores), y Auditados (Empresas Estatales, Empresas no Estatales y otras formas de gestión). Sí estas tienen establecido un SGA, esta Auditoría permitirá evaluar por este equipo auditor si el mismo satisface los criterios del control y comunicar los resultados de este proceso a los directivos de la organización empresarial en la condición de auditados en esta relación jurídica. Los análisis de los temas de obediencia legal y de residuos en las auditorías son los de mayor relevancia para las organizaciones auditadas, en muchas ocasiones carecen de información con respecto a la conducta ambiental en sus actividades, monitoreo a través de las herramientas reconocidas en las Leyes Ambientales. Este diagnóstico o estudio previo, permitirá la identificación y análisis de los riesgos que enfrentará la organización para alcanzar sus objetivos y metas, las principales fuentes de pérdidas y visualizar sus posibles alternativas de solución. Son identificados como elementos formales en su práctica a través de la aplicación de las Directrices de la Auditoría Ambiental de las EFS, las Normas ISO 14 000 y 19 011, las EMAS, el uso de las Tecnologías Limpias para obtener producciones no contaminadoras, el uso del SGA para conocer los índices de contaminación, las Normas de Auditoría y las Normas y Principios Contables.

En aquellas organizaciones con trayectoria por los resultados obtenidos en las auditorías practicadas con anterioridad y su evaluación obtenida haya resultado positiva, esta actividad de control será orientada a la identificación de opciones para la minimización de los residuos y la reducción de riesgos de mejoras continuas. Es de entenderse entonces, que este término Auditoría Ambiental desde sus principios teóricos, es también utilizado dentro del contenido de las auditorías externas independientes, conocidas como Auditorías Legislativas o del sector público por las EFS. Es en este sector público, donde se practican tres tipologías de auditorías reconocidas como: la financiera, la de conformidad y la de rendimiento, no se diferencian de los otros tipos de

²⁵⁴ F. La Cruz Moreno: *La empresa ambientalmente responsable. Una visión de futuro*. Las buenas prácticas ambientales, se obtienen resultados positivos en la protección. Revista de Economía No.7, Venezuela, 2005, pp.39-58.

auditorías realizadas por las EFS, al abordarse cuestiones relacionadas con el medio ambiente, los recursos naturales y el desarrollo sostenible.²⁵⁵

Son considerados por este autor, como elementos objetivos que no deberán de omitirse en los resultados del informe, la formalización de la auditoría a través de un contrato de servicio público, de manera voluntaria u obligatoria, en algunos casos puede ser considerada como aleatoria, en su práctica se integrarán dentro del equipo auditor diversas profesiones de las ciencias, saberes y principios –Transversalidad- en relación con el escenario a auditarse, se practicará para conocer si la empresa cumple con los índices de contaminación requeridos en la normas ambientales ISO al implementar los SGA, el uso de tecnologías limpias y la contabilidad ambiental dentro de su sistema contable, como los de mayor relevancia; este equipo auditor para su ejecución utilizará el programa para este tipo de Auditoría, concluye con la entrega de los resultados en el informe final de la auditoría realizada, el que otorgará si son cumplidas todas las etapas de la Auditoría de manera favorable, el certificado ambiental –Ecoetiqueta-.

Sus principios se determinan por el ejercicio práctico como los de: economía, en igualdad de condiciones de calidad de bienes y servicios se obtengan al menor costo; eficiencia, la asignación de los recursos sea más útil para maximizar los resultados; eficacia, sus resultados sean logrados de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas y transparencia, referido a la difusión de los resultados de la auditoría con el fin de sensibilizar y concientizar a los directivos y trabajadores en general sobre la necesidad de conservar el ambiente y contribuir al desarrollo sostenible: sostenibilidad ambiental, gestión, programas, proyectos y actividades de la entidad deben conducir al aumento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de los recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades.²⁵⁶

²⁵⁵ J. Lombardero Rodil: *Guía de auditorías ambientales para las Entidades Fiscalizadoras Superiores*. PNUMA-ONU. <http://www.efs.org>. *Manual para la formación en medio ambiente*. Capítulo: Auditorías Ambientales en el sector empresarial. Editora Lex Nova, España, 2008, pp.15-143.

²⁵⁶ R. Martin Mateo: *Tratado de Derecho Ambiental*. Editora Trivium, España, 1991, p.80. PNUMA-ONU: *Estrategia mundial de la conservación*. Brasil. <http://www.onu.org>.

Por tanto, el eje fundamental característico dentro de la organización empresarial es implementar el SGA, como el componente clave que permitirá a estos empresarios mitigar la contaminación en sus empresas. De aquí, que estime que la multidimensionalidad de la auditoría ambiental se integrará por ser un proceso sistémico, un procedimiento, una herramienta de gestión y una actividad administrativa.

2.1. La protección del bien público ambiental vista desde la arista del constitucionalismo. Los elementos que consagran la institución jurídica, se aprecian al reflejarse en los ordenamientos jurídicos que fueron analizados, a partir de las Constituciones estudiadas y su desarrollo jurídico en el derecho sustantivo en materia de protección del medio ambiente al introducirse nuevas tecnologías en este siglo y las que están por venir. Esta evolución y desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación ha tenido en cuenta como proceso histórico para su formación el período comprendido entre la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en estos cónclaves fueron abordadas cuestiones en materia de conservación del medio ambiente, pendientes a solucionarse por los Estadistas en los próximos congresos internacionales a convocarse (PNUMA-ONU.1992).²⁵⁷

En todo este análisis realizado, se constata los avances del Derecho Ambiental en la región de Latinoamérica y el Caribe, reflejan el marco jurídico donde se sustenta, permite cumplir las responsabilidades y funciones a los ciudadanos y a la Administración Pública. Se han incorporado en estos ordenamientos jurídicos instituciones, categorías, consideraciones técnicas, principios, herramientas y mecanismos necesarios para prevenir o corregir los efectos adversos al ambiente y a los recursos naturales generados en procesos productivos y de consumo, para fortalecer la gestión ambiental.²⁵⁸

La historia política de Latinoamérica confirma que los países que la integran, con la renovación de sus instituciones, reflejan los cambios constitucionales entre los años

²⁵⁷ PNUMA-ONU: *Cumbre Mundial del Medio Ambiente*. La problemática ambiental mundial y las principales acciones a realizar por los países contaminadores. Brasil, 1992. <http://www.onu.org>

²⁵⁸ PNUMA-ONU: *Declaración del Día Mundial del Medio Ambiente*. Llamado a la preservación del medio ambiente para concientizar a los pueblos y a los estadistas. Brasil, 1992. <http://www.onu.org>

1972 y el 1999 del pasado siglo, 16 países modificaron sus constituciones políticas al incorporar las preocupaciones de la sociedad. Este resultado obtenido en la investigación por Brañes, ha permitido que figuren un número importante de disposiciones que refrendan la protección ambiental y la promoción de un modelo para lograr la meta del desarrollo sostenible.²⁵⁹ Lo evidencian las constituciones de Panamá (1972), Cuba (1976), Perú (1979, sustituida en 1993), Ecuador (1979, sustituida en 1998), Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Haití (1987), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Argentina (1994), República Dominicana (1994) y Venezuela (1999). Doce de estas constituciones fueron promulgadas entre los años 1972 y 1992, en el período de veinte años que medió entre la Conferencia de Estocolmo y la Conferencia de Río.²⁶⁰

El Programa de Naciones Unidas (PNUMA), en el siglo XXI ejecutó otros nuevos análisis denominado: “economía verde”, para conocer como se ha mantenido, comportado y evolucionado el marco regulatorio en los 33 países que integran la América Latina y el Caribe en materia de protección al medio ambiente, dentro de las metas del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza establecidas por el PNUMA-ONU, permitieron conocer de sus conclusiones, a partir de cómo se aprecia la regulación de la protección ambiental, arrojó: “casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: en la cabeza, cláusulas constitucionales ambientales, luego una Ley General, Ley de Bases, Marco u Orgánica del Ambiente, y leyes sectoriales ambientales”.²⁶¹

Rey Santos, experto en política ambiental considera que: “*las normas constitucionales que se ocupan del medio ambiente constituyen una parte muy relevante del derecho ambiental, porque dichas normas trazan pautas esenciales de obligada consideración*

²⁵⁹ El constitucionalismo en América Latina -con la práctica democrática y la participación ciudadana-, originado en la *Constitución colombiana* de 1991 y la *Constitución de Ecuador* de 1998, muestra avances al reconocer los derechos ciudadanos y cambia con la Constitución del 2008 del Estado Ecuatoriano con carácter constitucional de Derecho. En Venezuela en 1999, se da un proceso originario, la Constitución nace a partir de la voluntad popular. Bolivia, con la Constitución del 2009, encamina la creación de un Estado democrático, soberano y de participación popular. D. Quirola Suárez: *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo sustentable*. Editora Abya-Yala. Ecuador, 2013, pp.7-79.

²⁶⁰ R. Brañes Ballesteros: *Informe del Derecho Ambiental Latinoamérica*. Análisis histórico-doctrinal y jurídico del Derecho Ambiental. Retos para su mejora. Chile, 1997.

²⁶¹ N. CAFFERATTA: *Constitucionalismo e Institucionalidad Ambiental en Latinoamérica*. La democracia participativa en las decisiones ambientales. Editora Ine-Semarnat, México, 2013, p.23

*por el legislador y por tanto, guían el actuar del órgano legislativo. (...) Por otra parte, su carácter de norma estable supone que la modificación o derogación de la Constitución está sometida a condiciones especiales y su condición “rígida” determina que el proceder para tales cambios esté generalmente recogido en la propia Constitución. Esta estabilidad se trasmite a los presupuestos ambientales que contiene. Todos estos elementos convierten a la normativa constitucional en un ámbito exclusivo y notable para el análisis de la evolución y marcha del derecho ambiental”.*²⁶²

Similares a estas evidencias obtenidas en los inicios de este siglo XXI, están los resultados de los estudios realizados para analizar los progresos de la institucionalidad ambiental en la región a diez años después de la Cumbre Mundial de Río de Janeiro en el año 1992, realizados también por Brañes Ballesteros, quien resaltaba: *“la compleja historia política reciente de gran mayoría de los 20 países que componen América Latina llevó a la renovación de sus instituciones, reflejados en cambios constitucionales citados”.*²⁶³

Se aprecia que la preocupación por la protección del bien jurídico ambiental y del desarrollo sostenible en la región Latinoamericana, ha conllevado a insertar la temática ambiental a partir de las Leyes fundamentales. En el siglo XXI, se ratifican las evidencias que confirman lo señalado en los estudios realizados en el término de los años de 1976 hasta el 1992, después del 1992 y en el 2013 en los países de la región de Latinoamérica y el Caribe; demuestran que el desarrollo de una legislación en materia ambiental varía acorde a la tradición jurídica de cada país. En general han mantenido en común establecer las líneas generales de la política ambiental nacional, los principios de la misma y de los instrumentos y herramientas para implementarla por la Administración Pública.²⁶⁴ Afirmación que coincide con la aportada por los juristas involucrados en este análisis sobre la situación actual del Derecho Ambiental acerca de

²⁶² O. Santos Rey: La participación ciudadana en los textos constitucionales, a raíz de la Democracia Participativa. *Derecho Ambiental Cubano*. Editora Félix Varela, Cuba, 2013.

²⁶³ R. Brañes Ballesteros: *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. PNUMA-ONU. México, 2000, p.33.

²⁶⁴ E. Gudynas: *El mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución*. Editora Abya-Yala, Ecuador, 2009, pp.7-78.

que “*las Constituciones, las Leyes marco o generales, conforman el núcleo duro y estable de la institucionalidad ambiental de los países de la región objeto muestral, para reconocer si estas resultan ser productivas con la aparición de la economía y contabilidad ambiental en pos del desarrollo sustentable vinculadas a la práctica de la auditoría ambiental.*”²⁶⁵

2.2.- La construcción de la empresa ecológica, vínculo con el control ambiental a través de la auditoría pública.

El PNUMA, ha considerado sobre la protección ambiental la necesidad de implementarse la economía ambiental para lograr la sostenibilidad, con una ordenada implementación dentro de estas empresas, meta no lograda en todos los países muestreados. Todo este material científico considera a la economía ambiental dentro del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza, como uno de los instrumentos más importantes para lograrlo, al ofrecerles a estos empresarios nuevas alternativas. Contribuye al aumento económico con patrones de sostenibilidad al permitir mayor inclusión social, mejor bienestar humano y más oportunidades de empleo y trabajo decente para todos, mantener saludable los ecosistemas al utilizar los SGA; es a la vez un instrumento y una herramienta para la Administración Pública en la toma de decisiones, tiene carácter interdisciplinario en su concreción dirigidas al ciudadano en la protección del medio ambiente y sus recursos naturales en la construcción de la empresa ecológica.²⁶⁶

En Cuba, los estudios en materia legislativa realizados en el 2013 por el PNUMA demuestran que no ha existido una construcción jurídica adecuada de los conceptos economía y contabilidad ambiental dentro del sistema contable del país, que permitirían transitar a la aplicación de las herramientas de gestión en el sector estatal con la Auditoría Ambiental para conformar la empresa ecológica, sin menospreciar la producción de múltiples de normativas que abordan la temática ambiental por el

²⁶⁵ Ídem.

²⁶⁶ A. Embid Araujo: *El ciudadano y la Administración*. Revista del Instituto de Administración Pública No. 10, España, 2006, p.24. Coinciden también: Agustín Gordillo: *Tratado de Derecho Administrativo*. T II. El Derecho a un Medio Ambiente sano. Editora Iustel, Argentina, 2006. p.15; Miguel Sánchez Morón: *Derecho Administrativo*. El concepto de ciudadano ambiental: equilibrio natural para la tranquilidad. 6ta ed. Editora Tecnos, España, 2010, p.440. A este último autor le preocupa lo inesperado, la incertidumbre manifestada por la irregularidad del clima, por la inestabilidad de los fenómenos naturales y por un calentamiento que no se modifica.

CITMA vinculadas a la práctica de este tipo de control, aplicado a través de la inspección, y aún no reconocida dentro de los articulados de la normativa ambiental marco establecida en el país.²⁶⁷

En este mismo sentido, es adecuado subrayar lo señalado por el PNUMA acerca de que: “(...) *las políticas de economía ambiental en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deberán ser compatibles con el derecho internacional; respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales, al tener en cuenta sus circunstancias, objetivos, responsabilidades, prioridades y margen de acción con respecto a las tres dimensiones del desarrollo sostenible (...)*”. Introducir estos instrumentos económicos ambientales en la contabilidad de las empresas, buscan la mejoría del bienestar humano y la equidad social, el respeto a la naturaleza y los recursos que proporciona, de los ecosistemas y reconocer la diversidad cultural donde la práctica de la Auditoría tiene influencia en modificar patrones de conductas contrarios al desarrollo sostenible.²⁶⁸

Todos estos resultados, con la práctica de esta actividad de control, permitirán desarrollar políticas para promover el uso de los recursos naturales de forma eficaz con bajas emisiones de carbono, eficiencia energética, sustituir los combustibles fósiles por energías renovables menos contaminadoras al modificar la matriz energética, proteger la biodiversidad, los recursos genéticos y los servicios ambientales de los ecosistemas, la promoción de inversiones e innovaciones de corte ambiental, las inversiones en desarrollo de capacidades y fortalecer la gobernanza e institucionalidad ambiental. Su implementación, ejecución, control y observación respecto a la normativa jurídica en materia administrativa-ambiental serán competencias de la Administración Pública hacia el ciudadano.²⁶⁹

²⁶⁷ PNUMA-ONU.: *Las Constituciones y de las Leyes Marco o Generales del Ambiente*. Argentina, 2013. <http://www.planetaverde.org.ar> Desde posiciones contables y jurídicas, se constata la interdisciplinariedad de ambas ciencias con la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental (Auditoría), de otras formas de gestión. Al respecto puede consultarse la obra de R. Garrido Vázquez: *Estudio de caso: Cuba. Aplicación de instrumentos económicos en la política y la gestión ambiental*. Cuba. pp.33-40.

²⁶⁸ E. García Salazar: *Economía ecológica frente a economía industrial*. La necesidad de implementar la contabilidad ambiental en las empresas. Revista Argumentos, No.56, México, 2008, pp.68-79.

²⁶⁹ La verdadera riqueza de una nación está en su gente. El índice de desarrollo humano (IDH) es un indicador que mide el progreso medio de un país en tres dimensiones del desarrollo humano: disfrutar de una vida larga y

Los conceptos de economía y contabilidad ambiental, por la transversalidad de la cuestión ambientalista y la influencia dentro de los ordenamientos jurídicos analizados de Latinoamérica, el Caribe, Norteamérica y la Unión Europea, confirman lo señalado. También demuestran los resultados de los estudios realizados en base a valoraciones de las fuentes de valor histórico-jurídico, idioma común, rasgos culturales, sociales, regulaciones jurídicas y administrativas en materia ambiental a partir del texto constitucional y del derecho sustantivo desarrollado por cada país vinculados al control ambiental.²⁷⁰

A partir del estudio realizado a los ordenamientos jurídicos de estos países, se evidencia que dentro del nuevo constitucionalismo figura un número importante de disposiciones referidas a la preocupación por la protección medio ambiental y a la promoción del desarrollo, al insertárseles cuestiones ambientales que parten de las Leyes fundamentales desde el pasado siglo hasta la actualidad con una dimensión interdisciplinaria. Permiten confirmar que existe una democracia participativa por parte del ciudadano en la protección del medio ambiente. Esto es refrendado por los resultados del estudio desarrollado en la región desde las ciencias jurídicas por investigadores del derecho en este siglo como Caferrata y Rinaldi.²⁷¹ Se insiste en la necesidad de introducir las políticas ambientales a partir del texto constitucional, la responsabilidad ambiental, la implementación de los SGA, la auditoría ambiental, la introducción de la economía y contabilidad ambiental, la póliza ambiental, la reducción de los costes en las empresas, la reducción de la contaminación, el uso de tecnologías limpias y de otras herramientas de gestión, para conformar la empresa ecológica y de esta manera acercarse a la meta del desarrollo sostenible.²⁷²

saludable, acceso a educación y nivel de vida digno. Media geométrica de índices normalizados que miden los logros en cada dimensión. PNUMA-ONU.: Informe Desarrollo Humano. **S.A.**, pp.2-79. <http://www.idh.org>

²⁷⁰ J. Tua Pereda: *Evolución y situación actual del pensamiento contable*. La partida doble, visión económica y científica de la contabilidad con la protección ambiental, vínculo con el Derecho. España, 2010, pp.27-119.

²⁷¹ N.A. Caferrata: *Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental*. Orígenes del Derecho al Medio Ambiente. PNUMA-ONU. Argentina, 2013, p.3. <http://www.planetaverde.org>. G. Rinaldi: *La Evaluación Estratégica del Impacto Ambiental*. Nexos de la evaluación ambiental con la auditoría ambiental. PNUMA, Argentina, 2013, pp.7-37. <http://www.planetaverde.org>.

²⁷² A. Viguri Perea: *La responsabilidad en materia medioambiental: el seguro ambiental*. La póliza ambiental vinculada a la auditoría ambiental. Revista Española de Seguros No. 5, España, 2010, p.74.

La protección ambiental, los métodos de control aplicados, la relación del Derecho Ambiental con otras ramas del derecho y el vínculo con otros saberes, permiten señalar, la necesidad de actualizar la legislación cubana a partir de la norma constitucional, la ley marco ambiental y el derecho sustantivo vinculado a la política ambiental en relación con las instituciones estudiadas.²⁷³

Los ordenamientos jurídicos de la región Latinoamericana y Caribeña, así como el de la Unión Europea, nos permiten comprobar que se distinguen por la aprobación de una nueva Ley de Responsabilidad originada por los graves episodios de contaminación que ocurren en esos continentes que exigen nuevos sistemas de responsabilidad a la Administración Pública. Esta normativa fue elaborada a través de un proceso de participación pública para conformar un sistema de Responsabilidad Objetiva, centrada en la recuperación de lo degradado, basada en los principios de prevención y en el de quien contamina paga. Se ratifica, además, la pertinencia de la protección ambiental a partir del texto constitucional y su implementación en el desarrollo del derecho sustantivo ambiental. Se distinguen dentro de esta normativa ambiental la región de Latinoamérica y el Caribe.

De acuerdo con el criterio de los orígenes de la institución estudiada, en América del Norte se toma a los Estados Unidos de América como país para conocer la regulación jurídica en materia ambiental. La NEPA ha dado una respuesta legislativa de un efecto ambientalista ecológico, conformado en la sociedad norteamericana, que el Gobierno y el Poder legislativo no la han obviado. La Ley elaborada no es substantiva en el entendido de que no impone a las instancias gubernamentales la consecución de determinados resultados de una materia incompleta, es procedimental y procedimentalista. Se detalla solo en el proceso de la toma de decisiones y las formas de actuación del Gobierno y las Agencias Federales deberán tenerse en cuenta en sus resoluciones cuando las mismas puedan tener ciertas repercusiones sobre el medio ambiente. Los aspectos de interés se encuentran en la sección 2 de la Ley con una carga

²⁷³ La fiscalidad ambiental establece los tributos sobre tres bienes naturales: las aguas litorales, los residuos y la atmósfera. G. Alarcón García: *¿Son los tributos ambientales una opción para la financiación de las HHPP? Reflexiones sobre la fiscalidad ambiental autonómica*. Revista Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible, No. 9, España, 2012, pp.205-277.

valorativa. La Constitución Federal no recoge una mención explícita al derecho de los ciudadanos a gozar de un medio ambiente adecuado o sustentable. Existen intentos doctrinales y jurisprudenciales para reconocer este derecho en el seno de la propia Constitución Federal, tomando como punto de partida una interpretación del resto de las disposiciones del texto constitucional, fundamentada en la IX Enmienda. Ello es dado por las regulaciones ambientales al impactar el comercio entre los Estados de la Unión y los Estados foráneos.²⁷⁴

Otros trabajos científicos valorados desde la ciencia del Derecho, abordan cómo ha estado tratada, dentro de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y el Caribe, esta tipología de auditoría. Así, es reconocida como un instrumento o la herramienta de gestión ambiental y coinciden en señalarla entre los modos de actuación de la Administración Pública. De modo que es considerada como prestación de servicio público, actividad de control y de fomento. En tal sentido se aprecia su vínculo con la inspección ambiental, y la potestad sancionadora que asume la Administración Pública de sus funcionarios ante sus faltas por cometer daños a los recursos naturales, es solicitada por estos empresarios para obtener una certificación ambiental de industria limpia y poder acceder a mercados.

Los especialistas concuerdan que su regulación legal parte desde el texto Constitucional, Leyes generales del medio ambiente, de gestión ambiental, de la Contraloría y especiales para la Auditoría Ambiental para lograr un desarrollo adecuado. Se confirma como institución jurídica a partir de ser reconocida en la doctrina y normativa ius administrativa y la ambientalista. Permite apreciar, además, su vínculo en su práctica con Leyes de Salud y de Urbanismo. y se reconoce el trabajo de las ONG ambientalistas, la protección de los recursos minerales como: el agua, los agro tóxicos, la gestión forestal pública, el patrimonio genético, los tipos de responsabilidad ambiental, la tributación ambiental, la solución de los conflictos en las Fiscalías Ambientales y su conclusión en sede judicial ambiental. Demuestran la coyuntura de la democracia participativa a partir del nuevo constitucionalismo. En Latinoamérica se

²⁷⁴ PNUMA-ONU.: *Auditoría ambiental: evolución histórica y su entorno político institucional*. Comité internacional de prácticas de Auditoría, 2005, pp.5-28. <http://www.iac.org>.

destacan las Constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia como las que han tratado la cuestión ambientalista con mayor rigor dentro de sus articulados.

En la Unión Europea se evidencian los resultados analizados de la producción científica de los juristas en relación a los resultados académicos y prácticos sobre la Auditoría.²⁷⁵ Los especialistas coinciden al señalar que la protección del bien jurídico ambiental se materializa a partir del texto Constitucional y las Leyes generales del Ambiente, en Códigos Ambientales. En su conjunto conforma un núcleo estable a nivel normativo, que brindan solidez y sustento para el posterior desarrollo de políticas ambientales públicas al incorporarse los principios de economía y contabilidad ambiental.²⁷⁶ Prosiguen en sus criterios al confirmar el uso de la auditoría ambiental, con el empleo complementario de las normas ISO, las normas EMAS y las Directrices de las EFS. Estas permiten detectar deficiencias, irregularidades en acatar la legislación ambiental de acuerdo a un proceso productivo o productos para propiciar opciones de mejora y uso racional de los recursos naturales, disminuir la huella ambiental generada vinculada a la contaminación, la exigencia de la responsabilidad ambiental objetiva ante la comisión de daños, la aplicación de incentivos fiscales,²⁷⁷ el tributo ambiental vinculado al vertido, los servicios ambientales, la cobertura económica a través del seguro ambiental y la responsabilidad social empresarial al obtenerse la certificación ambiental.²⁷⁸ Señalan su vínculo con el desarrollo socio-económico al conformarse los tres pilares fundamentales del desarrollo sostenible.²⁷⁹

²⁷⁵ El criterio desde posiciones jurídicas en la Unión Europea en torno al control ambiental, con la aplicación de las herramientas de gestión (Auditoría). En este orden Fernández De Gatta coincide con MARTIN MATEO. D. Fernández De Gatta Sánchez: *Derecho Ambiental, aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente*. Universidad de Salamanca, España, 2006, p.4. Ramón, MARTIN MATEO: *Manual de Derecho Ambiental*. España, 2009, pp.11-119.

²⁷⁶ M. A. Barratero: *La metodología ABC en la acumulación y distribución de los costos medioambientales*. Revista de la Universidad de Los Andes, No. 4, Colombia, 2008, pp.37-67.

²⁷⁷ J. Terán Contreras: *Instrumentos fiscales de la gestión ambiental*. Políticas de control de contaminación, la reducción de índices contaminadores, los estándares ambientales y la aplicación de sanciones. Revista de Economía Aplicada, No.29, España, 2011, pp.1-12.

²⁷⁸ I. Lasagabaster Herrarte: *Medio Ambiente y obligación de difusión por la Administración Pública*. Editora Lette, España, 2009, pp.59-88.

²⁷⁹ M. Ruiz Garijo: *Más de diez años de Responsabilidad Social Empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?* Revista Economía, N°7, España, 2011.

En síntesis, esta tipología de auditoría, luego de los análisis realizados desde los saberes académicos y prácticos, por su impacto socio-económico a partir de los resultados de su aplicación como herramienta de gestión, preservará y mitigará los problemas ambientales. Al conocerse los índices de contaminación, permitirá trazar estrategias por parte de los empresarios como las técnicas de construcción “verdes” in situ que hoy se socializan en el mundo; realizada por las Contralorías al permitir evaluar los resultados obtenidos por las empresas estatales en la adecuada, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público de los recursos naturales y del medio ambiente, en su llamado por la Ley de vigilar y realizar el control fiscal ambiental.

Dentro de esta economía globalizada -asociada a modelos de desarrollo basados en las leyes del capital y valores éticos que justifican el deterioro de los ecosistemas y la pérdida de la biodiversidad-, al existir una injusta distribución de las riquezas, se propicia el aumento de la pobreza. A ello se vinculan los procesos de homogeneización cultural orientados a exportar patrones insostenibles de consumo que caracterizan a estas sociedades económicas desarrolladas. Tales fenómenos constituyen elementos sustantivos de la problemática ambiental que inciden de manera desequilibrada y desfavorable entre el Norte y el Sur. Por tanto, esta herramienta estudiada, entrará a jugar un rol para lograr el equilibrio entre los avances tecnológicos y la naturaleza para la construcción de la ecoempresa.

3. Conclusiones:

- La multidimensionalidad de esta tipología de auditoría, analizada a partir de sus características identitarias, es reconocida por la doctrina como el proceso que examina de manera exhaustiva los equipos y tecnologías en una empresa, evalúa los índices de contaminación, los riesgos generados, informa a los empleados sobre la problemática ambiental para que apliquen buenas prácticas ambientales, evalúa la política y la normativa ambiental para determinar medidas correctivas y preventivas que se precisen al practicarse esta actividad de control ambiental, se ejecuta de forma voluntaria u obligatoria por las Contralorías o Sociedades Civiles de Auditoría acreditadas en correspondencia del país; en materia legal su regulación se declara en los ordenamientos jurídicos desde el texto constitucional, como desarrollador de la normativa sustantiva ambiental y en leyes especiales, De manera supletoria son utilizadas las normas ISO

14000, 19011 y las EMAS, como otras normas jurídicas vinculadas a la salud y a la protección del medio ambiente laboral, su naturaleza jurídica es proteger el bien jurídico ambiental como bien público, se vincula como actividad de control con otras herramientas de gestión como son la Evaluación de Impacto Ambiental, la Licencia Ambiental y con la aplicación de instrumentos contables e incentivos fiscales para su desarrollo.

- Los elementos objetivos, aparecen definidos a partir de su práctica, en un programa como proceso sistémico, a través de un procedimiento a realizarse por los equipos de auditores, integrado por profesionales de diversos saberes, de ahí que se reconozca su interdisciplinariedad, transdisciplinariedad y multidisciplinariedad, se ve materializada a través de un contrato de servicios; los empresarios la solicitan para conocer los índices de contaminación generados por su empresa y en que niveles permisibles están, su resultado final se concretará con la entrega de la certificación ambiental, se aplicará dentro del respeto a los indicadores de la responsabilidad social empresarial. Sus resultados serán comunicados en el informe final de la auditoría por el equipo auditor, están implicados los auditados en relación con las deficiencias detectadas en el control ambiental como sujeto pasivo, siendo exigible la responsabilidad ambiental en sus aristas.

- Los elementos subjetivos para su práctica, se reconocen a partir de su ejecución en la empresa estatal, no estatal u otras formas de gestión; al aplicarse las normativas ambientales y de auditoría, las normas y principios contables, las normas ISO y las EMAS, en su conjunto permiten armonizar progreso y naturaleza a través de la aplicación del fomento ambiental como una de estas políticas públicas para lograr la sostenibilidad, meta del PNUMA dirigida a estos gobiernos. Todos estos postulados inciden en el cambio propuesto para modificar los patrones de la cultura organizacional y en la conducta del empresariado en la organización auditada, en relación con los modos de actuación en materia de protección ambiental para formar una conciencia ambiental adecuada. Permitirán a las empresas sean reconocidas como industrias limpias, con los beneficios incorporados a través de una imagen positiva en relación a las ventas y obtención de ganancias en el mercado de su producción o servicios que comercialicen ante las barreras comerciales establecidas y tener acceso a coberturas a

través de pólizas ambientales ante sucesos eventuales o fortuitos vinculados al medio ambiente.

- Esta tipología de auditoría, aparece regulada dentro de los ordenamientos jurídicos como una actividad de control o de servicio público dirigida a las formas de gestión estatal o no estatal; es ejecutada a través de normativas jurídicas ambientales y procedimientos administrativos establecidos por las Entidades Fiscalizadoras Superiores para su concreción como elementos formales, al permitir corroborar las evidencias del control practicado.

- En el orden teórico, los criterios académicos sobre esta tipología de auditoría, se reconoce concebida dentro de las herramientas de gestión ambiental, a partir de la sistematización de su concepto como institución jurídica para proteger al bien jurídico ambiental, desde la doctrina ius administrativa hasta la ius ambientalista, como contribución a los presupuestos teóricos concebidos a partir de su íter histórico, orígenes, principios, evolución, tratamiento doctrinal y legislativo dentro de los ordenamientos jurídicos, la complejidad de los fenómenos asociados a diversas circunstancias para su ejecución, matices socioculturales y económicos, con el fin de su mejora y aplicabilidad en el sector estatal. De su desempeño adecuado dependerá que se logre producir sin afectar el medio ambiente, con la buena marcha de los procesos de planificación, organización, ejecución, control y evaluación de la gestión ambiental, dependerá que se cuente con un ambiente sano (calidad de vida) y ecológico equilibrado, asociado a programas de gestión de residuos, evaluación de las cargas ambientales; tal y como se reconoce a partir del texto constitucional para el desarrollo sostenible a través de las empresas ecológicas.

- El vínculo con otras normativas jurídicas, para conocer los niveles de eficiencia y eficacia, adecuadas con la realidad a la que pretenden dirigirse, en la construcción apropiada de las normativas y de los órganos, organismos e instancias encargados de promoverlas y vigilar su respeto, a través de los mecanismos regulados en las materias de Derecho Civil, Administrativo y Penal en relación a la exigencia de la responsabilidad se reflejan en la práctica de esta actividad de control ambiental.

- La evolución de esta actividad de control ambiental, su *íter* desde sus orígenes hasta el siglo actual, el tránsito desde las ciencias contables hacia las jurídicas, con la adición de nuevos elementos incorporados en las etapas analizadas, la hacen más completa y moderna en relación con los problemas ambientales actuales. Reconocida como institución jurídica desde el Derecho Administrativo como eje transversal del Derecho Ambiental, dentro de las herramientas de gestión ambiental con la inserción de otras herramientas e instrumentos que conformarán en su práctica la industria ecológica y transitar hacia la meta del desarrollo sostenible.

Bibliografía:

AGUILAR TORRES, J.: *La responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México*. Editora Redipal, México, 2010.

AGUILERA KLINT, F.: *De la economía ambiental a la economía ecológica*. Editora Icaria, España, 2010.

AGUILERA MESA, I.: *Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*. **S. E., S.P.** 1997.

ALARCÓN GARCÍA, G.: *¿Son los tributos ambientales una opción para la financiación de las HHPP? Reflexiones sobre la fiscalidad ambiental autonómica*. Revista Cuaderno Interdisciplinar de Desarrollo Sostenible, No. 9, España, 2012.

AIFONSO DA SILVA, J.: *Derecho Ambiental Constitucional*. Editora Método, Brasil, 2009.

ÁLVAREZ, A.: *Responsabilidad civil por daño ambiental*. Instituto de Derecho comparado de la Academia de Derecho de Córdoba, Argentina, 2010.

ALVES SILVA, L.F.: *Derecho Ambiental*. Editora Lumen, Brasil, 2014.

ANTUNES BARREIRA, P.: *Derecho Ambiental*. Universidad de Goias. Brasil, 2010.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.: *La jurisdicción de la Auditoría Ambiental*. Realizada por las Contralorías, Unidades de Auditoría y Sociedades Mercantiles. Revista EumeNed, España, 2005.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.: *La Auditoría Ecológica, un instrumento en la gestión ambiental*. Revista de Derecho y Medio Ambiente, No.21, España. 2010.

ARISTAZABAL OSSA, H.: *Auditorías ambientales*. Contraloría General de Colombia, Colombia, 2010.

ARIAS MENDOZA, J. J.: *Bienes y servicios ambientales*. Revista de estudios de economía aplicada, España, 2010.

ARIÑO ORTIZ J. M.: *Significado actual de la noción de servicio público*. El nuevo servicio público. Editora Marcial Pons, España, 1997.

ARMISÉN CAUSARANO, J. P.: *Concepto, alcances y resultados actuales de la auditoría ambiental*. Universidad Nacional de México, México, 2008.

ARNER GUERRE, A.: *Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental*. Universidad de Zaragoza, España, 2013.

BARRATERO, M. A.: *La metodología ABC en la acumulación y distribución de los costos medioambientales*. Revista de la Universidad de Los Andes, No. 4, Colombia, 2008.

BASURTO GONZÁLEZ, D.: *Responsabilidad Social y Ambiental en las Empresas*. Revista Política y Gestión Empresarial, México, 2012.

BELMONTE MARTIN, I.: *La Ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente*. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche, España, 2009.

BELLMONT, Y.: *El concepto de justicia ambiental*. En elementos para una teoría de la justicia ambiental y el estado ambiental de derecho. Universidad Nacional de Colombia, 2012.

BERNAL PEDRAZA, A.Y.: *Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible*. Universidad Externado de Colombia, 2009.

BERNAL PISFIL, F.: *Auditoría Ambiental o Ecoauditoría*. Revista Actualidad Empresarial, N° 201, Colombia, 2010.

BESARES ESCOBAR, M. A.: *Derecho Penal Ambiental*. Editora Porrúa, México D. F. 2011.

BIONDI, M.: *En busca de aportes teóricos para lograr la identidad de la contabilidad ambiental*. Revista Contabilidad y Auditoría. N° 32. Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2010.

BOJÓRQUEZ-TAPIA, L.: *Aspectos metodológicos de la auditoría ambiental*. PEMEX: ambiente y energía. Los retos del futuro. UNAM, México, 1998.

BOKOBO MOICHE, S.: *Gravámenes e incentivos fiscales ambientales*. Revista Trivium, España, 2000.

BONILLA PRIEGO, M.: *Algunos problemas en la determinación del coste medio ambiental en la empresa*. Revista de Técnica Contable, No. 615. España 2000.

BORREEGAARD, N.: *Sistemas de incentivos financieros para la introducción de tecnología ambiental. Instrumentos económicos de la política ambiental*. Política Tributaria e Impuestos Ecológicos. Editora Ambiente y Desarrollo, Argentina, 1997.

BOTASSI, C. A.: *Derecho Administrativo Ambiental*. Editora Platense S.R.L. Argentina, 1997.

BOTERO VILLEGAS, R.: *Marco Legal del Control Fiscal Ambiental*. Contraloría General, Colombia, 2010.

BOWEN, H.: *La responsabilidad social de los empresarios. La auditoría, vínculos con otras ciencias y saberes*. S.E. Estados Unidos de América, 1953.

BRACAMONTES ALDANA, J.: *Marco legal de las auditorías ambientales en el mundo. La protección ambiental con la combinación de legislación, regulación y políticas voluntarias a la industria*. UNAM. México, 1994.

BRANDON, J.: *Reingeniería. Como aplicarla con éxito en los negocios*. Editora Mc Grac Hill, España, 1995.

BRAÑES BALLESTEROS, R.: *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. PNUMA-ONU. México, 2000.

BRAÑES BALLESTEROS, R.: *La Fundación del Derecho Ambiental en América Latina*. S.E. Chile, 2003.

BURDYSHAW, C.: *Experiencia de otros Tribunales Ambientales en el Mundo*. Revista Justicia Ambiental, No.4, Chile, 2011.

CAFFERATA, N. A.: *Teoría de los principios del Derecho Ambiental*. Editora INE-Semarnat, México, 2004.

CAFFERATA, N. A.: *Naturaleza jurídica del Derecho Ambiental*. Editora INE-Semarnat, México, 2008.

CAFERRATA, N. A.: *Principios del Derecho Ambiental*. Editora Abeledo Perrot, Argentina, 2010.

CAFERRATA, N. A.: *Pequeño Diccionario Jurídico Ambiental*. Auditoría Ambiental. Editora Abeledo Perrot, Argentina, 2012.

CAFFERATTA, N. A.: *Constitucionalismo e Institucionalidad Ambiental en Latinoamérica*. La democracia participativa en las decisiones ambientales. Editora Ine-Semarnat, México, 2013

CALDERÓN BERTHENEUF, J.: *La Auditoría Ambiental en México*. Editora PROFEPA, México, 2011.

CANOSA USERA, R.: *Protección constitucional de los derechos subjetivos ambientales*. Editora Montecorvo, España, 2011.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D.: *Estudios sobre Derecho del Ambiente*. Editora Hnos. Vadell, Venezuela, 2011.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D.: *Necesidades y potencialidades del Derecho Ambiental cubano*. CITMA, Cuba, 2012.

CÁNOVAS GONZÁLEZ, D.: *Nuevas normas sobre responsabilidad civil por daños derivados del manejo de productos y desechos químicos*. CITMA, Cuba, 2013.

CARDONA GALLO, M.: *Minimización de Residuos: una política de gestión ambiental empresarial*. Revista P+L. Colombia, 2007.

CARMONA LARA, M.: *Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México*. UNAM. México, 2005.

CASTAÑEDA LOZANO, Y.: *El Ciudadano Ambiental*. Revista Universidad de La Salle, Colombia, 2010.

CONESA FERNÁNDEZ, V.: *Auditorías Medioambientales: guía metodológica*. España. Editora Mundi-Prensa, España, 1997.

CONESA FERNÁNDEZ, V.: *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*. 1era ed. Editora Mundi – Prensa, España, 2003.

DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, M.: *La problemática de la Auditoría Ambiental*. Universidad de Coímbra, Portugal, 2012.

DE BESA ANTUNES, P.: *Derecho Ambiental*. Ed. 14. Editora Lumen Juris, Brasil, 2010.

DE MEDEIROS GARCÍA, L.: *Derecho Ambiental Constitucional*. El derecho interno ambiental a partir de la protección constitucional. 2da ed. Editora JusPodivm, Brasil, 2010.

DIEZ SANCHEZ, J.: *Función Inspectora*. Editora Iustel, España, 2009.

DOPAZO FRAGUÍO, P.: *El Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental. Etiqueta ecológica y tutela ambiental*. 1ª Ed. Editora Exlibris, España, 2001.

DROMI, J.R.: *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma ed. Editora Ciudad Argentina, Argentina, 1998.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho Público*. Editora Colin, París, 1925.

EGUSQUIZA PEREDA, C.: *Auditoría ambiental*. UNAM. México, 2006.

EMBED ARAUJO, A.: *El ciudadano y la Administración*”. Revista del Instituto de Administración Pública, No. 10, España, 2006.

ESCALERA IZQUIERDO, G.: *Implantación de la reingeniería por procesos. Actividades, técnicas y herramientas*. Revista del Empresario, España, 1999.

FERNÁNDEZ DE GATTA, D.: *Derecho Ambiental. Aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente*. Universidad de Salamanca, España, 2006.

FERNÁNDEZ DE GATTA, D.: *La responsabilidad social corporativa en materia ambiental*. Boletín económico ICE. España, 2004.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental*. Revista Derecho Ambiental, No 24, España, 2000.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La inspección ambiental estatal*. Editora Comares, España, 2009.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Inspección administrativa y la potestad sancionadora*. En Blanca Lozano Cutanda. Diccionario de las sanciones administrativas. Editora Iustel, España, 2010.

FRONTI DE GARCÍA, L.: *La auditoría ambiental, un nuevo enfoque profesional*. Revista contabilidad y auditoría, No 18, Argentina, 2003.

FRONTI DE GARCÍA, L.: *Contabilidad Ambiental, segmento contable para el Siglo XXI*. Ediciones Cooperativas, Argentina, 2007.

GARCÍA ENTERRÍA, E.: *Administrativo*. Editora Félix Varela, Cuba, 2005.

GARCÍA SALAZAR, E.: *Economía ecológica frente a economía industrial*. La necesidad de implementar la contabilidad ambiental en las empresas. Revista Argumentos, No.56, México, 2008.

GOMES CANOTILHO, J.: *Política pública ambiental de la Unión Europea, el empresario y la Auditoría para reducir la contaminación*. Editora Universidad Aberta, Portugal, 1998

GÓMEZ GARCÍA, L.E.: *La Auditoría Ambiental ¿voluntaria u obligatoria?* Revista Derecho Ambiental y Ecología, México, 2011.

GÓMEZ LOPEZ, R.: *Generalidades de la Auditoría*. Revista Universidad de Málaga, España, 2009.

GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA, Á.: *La Auditoría Medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional*. **S. E.** España, 1997.

GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*. 8va ed., Editora Macchi, Argentina, 2006.

GRAY, R.: *Contabilidad y Auditoría Ambiental*. Editora ECOE, España, 1999.

GRANERO CASTRO, J.: *Como implantar un sistema de gestión ambiental según la norma ISO*. Editora Pirámide, España, 2007.

Gudynas, E.: *El mandato Ecológico. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución*. Editora Abya-Yala, Ecuador, 2009.

JAUENOD DE ZOGON, S.: *Derecho Ambiental*. Editora Dykinson, España, 2004.

JORDANO FRAGA, J.: *Viejos y Nuevos retos de la Evaluación de Impacto Ambiental*. Revista Derecho y Medio Ambiente, España, 2010.

JUSTE RUIZ, J.: *La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente*. Universidad de Valencia, España, 2007.

JUSTE RUIZ, J.: *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Universidad de Valencia, España, 2010.

JUSTE RUIZ, J.: *Hacia un convenio mundial sobre las evaluaciones ambientales*. Revista Aranzadi, no. 23, España, 2012.

LA CRUZ MORENO F.: *La empresa ambientalmente responsable. Una visión de futuro*. Las buenas prácticas ambientales, se obtienen resultados positivos en la protección. Revista de Economía No.7, Venezuela, 2005.

LEE, H.: *Manual de Auditoría Medioambiental. Higiene y Seguridad*. Política Nacional Ambiental desde 1969, cuerpo legislativo sobre la Evaluación de Impacto Ambiental en Leyes Federales y Estaduales. 2da ed. Editora McGraw-Hill, Estados Unidos de América, 1998.

LINARES LLAMAS, P.: *Economía y Medio Ambiente: herramientas de valoración industrial*. Editora Mc Graw-Hill, España, 2010.

LOMBARDERO RODIL, J.: *Guía de auditorías ambientales para las Entidades Fiscalizadoras Superiores*. PNUMA-ONU. *Manual para la formación en medio ambiente*, Capítulo Auditorías Ambientales en el sector empresarial. Editora Lex Nova, España, 2008. <http://www.efs.org>.

LÓPEZ SELA, P.: *Derecho Ambiental*. Editora Iure, México, 2006.

LORENA BARILÁ, G.: *Auditoría Ambiental: El camino hacia el logro de una ventaja competitiva*. Universidad de Ciencias Económicas, Argentina, 2002.

LORENZO, T.: *Auditoría Ambiental voluntaria*. Marco jurídico ambiental de la empresa. Revista Novedades y perspectivas, México, 2009.

LORENZETTI, R. L.: *Teoría del Derecho Ambiental*. 1era ed. Editora Porrúa, México, 2008.

- LOZANO CUTANDA, B.: *Derecho Ambiental Administrativo*. 5ta ed. Editora Dykinson, España, 2004.
- LOZANO CUTANDA B.: *Actualidad del Derecho Ambiental Comunitario*. Revista de Derecho Administrativo Económico. No. 20, Brasil, 2009.
- MARTIN MATEO, R.: *Nuevo Derecho Energético*. Refuerza la protección del bien jurídico ambiental en la Unión Europea. Editora Leal, España, 1982.
- MARTÍN MATEO, R.: *Tratado de Derecho Ambiental*. Vol. I. 1ra ed. Editora Trivium S.A. España, 1991.
- MARTÍN MATEO, R.: *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*. Editora Trivium, España, 1994.
- MARTÍN MATEO, R.: *Derecho Administrativo Ambiental*. 6ta ed. Editora Trivium, España, 1997.
- MARTIN MATEO, R.: *Manual de Derecho Ambiental*. Editora Trivium, España, 2009.
- MEJIA HENRY, A.: *La responsabilidad por daños al ambiente*, El Salvador, 2010.
- MORA RUIZ, M.: *Tendencias del Derecho Administrativo*. El Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo general. Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012.
- MURAD ROBLES, P.: *La Auditoría Ambiental voluntaria*. Editora Semarnat, México, 2009.
- MIRANDA HERNÁNDEZ, G.I.: *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*. Revista Cuadernos de Inspección del Territorio, España, 2012.
- NOGUEIRA LÓPEZ, E.: *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*. Revista Indret, España, 2000.
- OJEDA MESTRE, R.: *El nuevo Derecho Ambiental*. Revista de la Universidad de Cuauhtémoc, No.8, México, 2012.
- PNUMA-ONU.: *Cumbre Mundial del medio ambiente*. Acerca de la problemática ambiental mundial. Brasil, 1992.
- PNUMA-ONU.: *Declaración del Día Mundial del Medio Ambiente*. Llamado a la preservación del medio ambiente para concientizar a los pueblos y a los estadistas. Brasil, 1992. <http://www.onu.org>
- PNUMA-ONU.: *Auditoría ambiental: evolución histórica y su entorno político institucional*. Comité internacional de prácticas de Auditoría, 2005. <http://www.iac.org>.
- PADIN, M.: *La Auditoría Ambiental y las Normas ISO 14000*. Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social, no.5, Argentina, 2011.

PÁEZ SANDUBETE, J.: *La Auditoría Medio Ambiental en la Unión Europea, una perspectiva contable*. Editora Trivium, España, 2008.

PNUMA-ONU. : *Plataforma para una industria ecológica a nivel mundial. Políticas y prácticas*. S.P. 2012.

PNUMA-ONU.: Informe Desarrollo Humano. S.E. S.A. <http://www.idh.org>

PÉREZ MORENO, A.: *Instrumentos de tutela ambiental*. Editora Trivium S.A. España, 1993.

QUIROLA SUÁREZ D.: *El Buen Vivir: una vía para el desarrollo sustentable*. Editora Abya-Yala, Ecuador, 2013.

REBOLLO PUIG, M.: *La actividad Inspector*. Editora Comares, España, 2009.

REY SANTOS, O.: *Fundamentos del Derecho Ambiental*. Editora Ciabo, Cuba. 2013.

RÍOS GUAL J.: *La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI*. Revista de Empresas, España, 2007.

RIVERA, L.M.: *Marketing de los productos ecológicos*. Revista de la Empresa, España, 2010.

RUIZ GARIJO, M.: *Más de diez años de Responsabilidad Social Empresarial. ¿Para cuándo su regulación jurídica y el establecimiento de incentivos fiscales?* Revista Economía, N°7, España, 2011.

SÁNCHEZ MORON, M.: *Derecho Administrativo*. 6ta ed. Editora Tecnos, España, 2010.

SANTOS REY, O.: *La participación ciudadana en los textos constitucionales, a raíz de la Democracia Participativa. Derecho Ambiental Cubano*. Editora Félix Varela, Cuba, 2013.

SANZ RUBIALES, I.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Editora Lex Nova, España, 2010.

SALES DE FREITAS, J. C.: *Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente*. Revista De Jure. No. 20, Brasil, 2013.

SALES, R.: *Auditoría Ambiental, aspectos jurídicos*. Editora Malheiros, Brasil, 1999.

SERRANO GÓMEZ, C.: *El Etiquetado Ecológico*. Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, España, 1995.

SOTO HUANCA, R.: *La Auditoría Ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral*. Revista Ciencia y Desarrollo, España, 2010.

TERÁN CONTRERAS, J.: *Instrumentos fiscales de la gestión ambiental*. Políticas de control de contaminación, la reducción de índices contaminadores, los estándares

ambientales y la aplicación de sanciones. Revista de Economía Aplicada, No.29, España, 2011.

TUA PEREDA, J.: *Evolución y situación actual del pensamiento contable*. La inserción de la contabilidad ambiental en la empresa. En Revista Legis de Contabilidad & Auditoría, Colombia, No. 24, 2008.

VIGURI PEREA, A.: *La responsabilidad en materia medioambiental: el seguro ambiental*. La póliza ambiental vinculada a la auditoría ambiental. Revista Española de Seguros No. 5, España, 2010.

VITA ROSO, J.: *La auditoría jurídica perfecciona la gobernabilidad de las empresas*. Editora Método, Brasil, 2011.

| **S. Aut.:** La responsabilidad ambiental empresarial. Contabilidad Ambiental y Social, No.5, Argentina, 2011.

El derecho de habitación en Cuba: ¿su admisión en el ordenamiento jurídico vigente?

The right of residence in Cuba: *Its admission in the current legal regulation?*

Marien Piorno Garcell

Liesner Rodríguez Correa

Yoandris Tamayo Méndez

Resumen

En el presente artículo, motivado por la regulación tácita del derecho de habitación en el sistema inmobiliario cubano, se pretende fundamentar, desde una postura doctrinal, histórica, comparada y legal, la necesidad de admisión expresa de este derecho real de aprovechamiento en el Código Civil cubano a tenor del sistema *numerus clausus* adoptado por el propio cuerpo legal, a fin de otorgar seguridad jurídica a sus titulares mediante la regulación del conjunto de derechos y obligaciones que le son pertinentes en el uso y disfrute de una casa ajena o parte de ella, contribuyendo de esta forma al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico estatal en Cuba.

Palabras clave

Derecho real de Aprovechamiento, Derecho de Habitación, habitacionista, ocupante, conviviente.

Abstract

This article, motivated by the tacit regulation of the right of residence in the Cuban real estate system, is sought to base from a doctrinal, historical, compared and legal point of view, the necessity of expressed admission of this real right of use in the Cuban Civil Code; to tenor of the system numerous clausus adopted by the own legal body, in order to grant legal safety to the holders by means of the regulation of the group of rights and obligations that are pertinent in the use and enjoyment of another people's house or part of it, contributing this way to the improvement of the state legal regulations in Cuba.

Key words

Real Right of Use, Right of Residence, inhabitant, occupant, cohabitant.

Introducción

Desde tiempos remotos el hombre ha buscado la convivencia con las demás personas, compartiendo incluso el mismo espacio, aunque varíe en ellos el derecho real que ostentan sobre el inmueble donde establecen su residencia. Tema en el que cobra relevancia el derecho de habitación, en tanto derecho real de aprovechamiento que otorga a su titular la facultad de usar una vivienda ajena o parte de ella para satisfacer una necesidad personal de él y su familia, constituyendo su análisis y regulación en el ordenamiento jurídico cubano la base para un tratamiento exitoso en materia inmobiliaria al déficit habitacional que afronta el país desde la etapa neocolonial, donde los gobiernos de turno no se proyectaron en busca de una solución a tal problemática, dada las condiciones precarias existentes con relación a las condiciones de la vivienda habitadas por el pueblo cubano.

Con el Triunfo de la Revolución y la promulgación de la Ley de Reforma Urbana -una de las normativas de mayor trascendencia social del sistema inmobiliario nacional- se les otorga a los ciudadanos seguridad y protección, abriendo el camino por el que hoy transitamos para el disfrute de una casa confortable en la que cada individuo habita con independencia del concepto por el que la ocupe. No obstante, en la actualidad sigue siendo el acceso a la vivienda una de las necesidades primordiales del ser humano, en especial, de los ciudadanos cubanos y extranjeros residentes con carácter permanente en el país, asunto de perenne discusión e inclusión en las agendas de problemas de nuestros principales líderes, así como en la implementación de los Lineamientos del 292 al 299 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución.

El presente artículo se inicia con una caracterización histórica, doctrinal, comparada y legal del derecho de habitación en la arista internacional, seguido de una breve reseña histórica en el marco nacional donde se valora su regulación en el ordenamiento jurídico cubano hasta la actualidad, finalizando con una fundamentación de la necesaria e inminente modificación del Código Civil vigente en aras de admitir de forma expresa el derecho de habitación que se infiere de la redacción de ciertos artículos de la Ley General de la Vivienda y de sus normativas complementarias.

Desarrollo

I. Derecho real de habitación. Visión histórica, doctrinal y jurídica foránea

El derecho real ha sido concebido tradicionalmente como aquel derecho patrimonial integrado por dos elementos: el sujeto o titular del derecho y la cosa u objeto de él. Entre el sujeto y la cosa se establece una relación directa o inmediata, un poder que permite al titular obtener de ella una utilidad mayor o menor sin necesidad y con exclusión de la intervención de otra persona.²⁸⁰ De ahí que se diferencie de los derechos de créditos precisamente porque el titular no necesita la mediación o cooperación de persona alguna para obtener de la cosa que es objeto del derecho los rendimientos o utilidades que produzca, y en tal sentido, las personas que entren en contacto con el titular del derecho real, ya sea en calidad de adquirentes, acreedores, vecinos, entre otras modalidades, han de respetar la posición y actuación del titular. Se genera un estado de sujeción, esto es, un deber general de respeto.

La definición clásica de derecho real atribuye su existencia cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra, la que significa en principio, una relación entre una persona y una cosa, sin que exista intermediario entre el titular y el objeto de este derecho".²⁸¹ Para CANTÓN BLANCO derecho real es aquel en el que el dueño de una cosa tiene la facultad de ejercitar directamente sobre ella y sin intermediario alguno, dado el contenido de su derecho de propiedad, obteniendo las utilidades que la cosa pueda proporcionar, de tal manera que se colocan frente a frente la persona y el objeto del derecho.²⁸²

MACKELDEY señala que " derecho real es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón del mismo a nuestro poder legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos conceptos o bajo algunos solamente". Según DEMOLOMBE "el derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, a saber; la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto".²⁸³

²⁸⁰ Cfr. Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini: *El Derecho Real. Elementos para una Teoría General*, p. 34.

²⁸¹ Vid. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros: *Instituciones de Derecho Civil*, p.37; Ambrosio Colín y Henry Capitant: *Curso elemental de Derecho Civil*, p.102.

²⁸² Vid. Luis E. Cantón Blanco: *Conferencia de Propiedad y Derechos Reales*, p. 242.

²⁸³ MACKELDEY y DEMOLOMBE citados por Gatti-Alterini: *El Derecho Real...cit.*, pp. 33-34.

Los autores C. AUBRY y C. RAU expresaron que los "derechos reales son los que creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, son por lo mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino contra todo el mundo".²⁸⁴ Posición asumida en principio por MOLINARIO, quien posteriormente elabora una definición más acabada en la que pretende agotar todos los caracteres esenciales y naturales del derecho real. En tal sentido refiere que todo derecho real "es el derecho patrimonial que otorga a su titular una potestad exclusiva y directa, total o parcial, sobre un bien actual y determinado, para cuyo ejercicio no es necesario el concurso de ningún otro sujeto; cuya existencia, plenitud y libertad puede ser opuesta a cualquiera que pretenda desconocerla o menoscabarla con el fin de obtener su restitución o la desaparición de los obstáculos que la afectan; en virtud de la cual puede utilizarse económicamente el bien en provecho propio, dentro del ámbito señalado por la ley, y que, en caso de concurrencia con otros derechos reales de igual o distinta naturaleza que tengan como asiento el mismo objeto, el primero en el tiempo prevalece sobre el posterior".²⁸⁵

Adviértase en esta definición que las notas de exclusividad, plenitud y libertad, parecen aludir especialmente al dominio, sectorizando de este modo la definición que por ser tal debe cubrir todos los supuestos de derechos reales.

La posición tradicional respecto al concepto y distinción de los derechos reales frente a los derechos personales ha sido criticada por considerarse que la relación jurídica no puede establecerse entre una persona y una cosa, sino entre personas. Unido a ello, es preciso aclarar que no todos los derechos reales conceden a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa, V. gr. los derechos reales de adquisición preferente y los de garantía.²⁸⁶

Frente a la teoría clásica, que por haber contrapuesto conceptualmente los derechos reales y los personales, recibió el nombre de dualista, se levantaron otras doctrinas²⁸⁷

²⁸⁴ Vid. C. Aubry- C. Rau: *Cours de droit civil Francais*, p.50.

²⁸⁵ Vid. Alberto D. Molinario: *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, p.43.

²⁸⁶ Vid. Colectivo de Autores: *Elementos del Derecho Civil, III Derechos Reales, Posesión y Propiedad*, volumen primero, pp. 3-5.

²⁸⁷ MARIANI DE VIDAL relaciona tres grupos de teorías no clásicas: 1) **Tesis personalista o de la obligación pasivamente universal** que define el derecho real como aquel que establece una relación jurídica entre una persona como sujeto activo y todas las otras como sujetos pasivos, relación que tiene la misma naturaleza que la de las obligaciones propiamente dichas; la obligación impuesta a todos menos al titular del derecho real es puramente

como la teoría obligacionista o del deber general de abstención, que no persigue establecer la diferencia entre estos derechos en la cualidad o naturaleza del poder conferido por ellos al titular, sino más bien en cuanto a la extensión del deber, siendo este universal en el caso de los derechos reales.²⁸⁸ Otras teorías pretendieron eliminar la distinción entre los derechos aludidos, agrupándolos en una sola categoría o formulando nuevas categorías divisorias sin tener en cuenta el dualismo derechos reales y derechos personales. De ellas cobran relevancia las teorías unitarias o monistas, que o bien afirman que todos los derechos son personales (unitaria personalista), o que todos son reales (unitaria realista).²⁸⁹

A tenor de las posturas enunciadas GUILLERMO L. ALLENDE señala que "el derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto en su contra (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persequendi* y al *ius praeferendi*".²⁹⁰ Nótese, en esta definición, la influencia de la teoría personalista con la noción del sujeto pasivo

negativa: consiste en abstenerse de todo lo que pueda perturbar el ejercicio pacífico del derecho por su titular. (...) De lo expuesto se deduce que las tesis personalistas niegan la distinción entre derechos reales y personales: ambos tienen la misma naturaleza, son obligaciones. Las diferencias que pudieran apuntarse entre ambos son diferencias de efectos, que derivan, no de la distinta naturaleza del vínculo sino del hecho de que son disímiles el objeto y el número de los sujetos pasivos, y nada más. Generalmente se sindicó a Planiol—jurista de este siglo— como el creador de esta concepción, denominada por uno de sus discípulos (Michas), teoría de la "obligación pasivamente universal". 2) **Tesis institucionalista:** Institución —según esta postura— es un grupo social organizado. En ella suelen aparecer situaciones a favor del grupo, especialmente la relación del hombre con las cosas, y a que éste, para satisfacer sus necesidades, siempre se pone en contacto con ellas. Reiteradas en el tiempo, estas situaciones se objetivizan y se convierten en derechos, que permiten hacer respetar la situación por los terceros y por los propios miembros del grupo: habría nacido un derecho subjetivo. El derecho subjetivo individual es, pues, un reconocimiento de la institución a favor del individuo y no al revés, como lo quieren ciertas teorías, donde la institución tiene los derechos que el individuo, su originario titular, consiente en traspasarle. Para hacer respetar esos derechos subjetivos existen dos clases de normas: las constitutivas del derecho disciplinario, que sujetan a los integrantes del grupo imponiéndoles aun sin su consentimiento; aquí ubicaríamos a los derechos reales; y las constitutivas del derecho estatutario, que por contemplar intereses particulares tienen en cuenta la voluntad individual. Aquí se ubicaría el derecho de las obligaciones y de los contratos. 3) **Tesis realistas:** Así como los sostenedores de la tesis de la "obligación pasivamente universal" quieren reducir todos los derechos a "obligaciones", éstas, al revés, quieren reducirlos todos a derechos reales. Estas posiciones son susceptibles de ciertos importantes reparos: a) no recalcan la diferencia existente en la relación de persona y cosa según se trate de derecho real (donde es directa, inmediata) o de derecho personal (donde siempre se necesita la actividad de un sujeto—el deudor—para acceder a la cosa). Se despersonaliza así la obligación, al mirar solamente al objeto sobre el que va a ejercerse la conducta del deudor; b) enfocan a la obligación en el momento del incumplimiento, que es cuando recae sobre los bienes del deudor; es decir, que la contemplan en su anormalidad, pues es lo común que las obligaciones se cumplan. Tomado de Marina Mariani de Vidal: *Derechos Reales*, pp.33-38.

²⁸⁸ Postura criticada entre otras cosas por considerarse que tal deber universal solo se produce respecto al derecho de propiedad pero no sobre los restantes derechos reales limitados.

²⁸⁹ Vid. Gatti-Alterini: *El Derecho Real...cit.*, pp. 35 y ss.

²⁹⁰ Vid. Guillermo L. Allende: *Panorama de derechos reales*, p.19.

universal y su obligación, lo que nosotros llamaremos "deber". Este autor destaca que las normas son sustancialmente de orden público y no exclusivamente de ese orden, como parece sostenerlo MOLINARIO.²⁹¹

Sin pretender dar una definición absoluta y tomando como referencia las reflexiones surgidas de la lectura de las distintas posiciones, coincidimos con NÉSTOR JORGE MUSTO que el derecho real es el derecho subjetivo de contenido patrimonial que permite a su titular obtener de una cosa un aprovechamiento directo, sin necesidad de intervención de otra persona, y que es oponible a todos los miembros de la sociedad que tienen el deber correlativo de respetarlo.²⁹² No obstante, es preciso aclarar que el derecho real no debe limitarse a un aprovechamiento directo e inmediato del bien sobre el que recae el mismo, pues existen derechos de tal naturaleza que implican la adquisición preferente de la cosa como sucede con el tanteo, el retrato y la opción; otros en cambio pretenden garantizar el cumplimiento de una obligación principal pudiendo citarse a la hipoteca, la prenda y la retención.

En tal sentido, consideramos que todo derecho real es aquel derecho subjetivo que implica una relación jurídica entre sujetos respecto a determinado bien.²⁹³ El elemento subjetivo se integra del sujeto activo (titular del derecho real, que puede ser una persona natural o jurídica) y del sujeto pasivo²⁹⁴ (resto de la sociedad con el deber de respetarlo)²⁹⁵; el elemento objetivo está dado por el bien generalmente corporal, específico y determinado de que se trate; y por último, su contenido incluye todas las facultades, acciones, prerrogativas y obligaciones derivadas de tal derecho a tenor de lo regulado en la legislación correspondiente, determinado por los límites y limitaciones dispuestos en norma. Los derechos reales se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión, la usucapión, entre otros. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión.

²⁹¹ La definición de ALLENDE es adoptada por Mariani de Vidal: *Derechos...cit.*, p.24.

²⁹² Vid. Néstor Jorge Musto: *Derechos reales*, pp.135 y ss.

²⁹³ El estudio de todo derecho real exige un análisis de los titulares del derecho, el objeto, contenido, causas o vías de adquisición y transmisión, entre otras particularidades. En la medida de lo posible serán estos los parámetros que desarrollaremos a lo largo del artículo sobre el derecho de habitación.

²⁹⁴ El sujeto pasivo del derecho real está constituido por toda la sociedad, sobre la que pesa un deber de abstención, negativo, que no constituye propiamente una obligación de no hacer, puesto que a través de ella no se priva a ninguna persona de un derecho que le competía, sino que consiste solamente en respetar la acción del titular del derecho sobre su cosa y es, en consecuencia, una "obligación de inercia". Tomado de Mariani de Vidal: *Derechos...cit.* p. 29.

²⁹⁵ Cuando la relación jurídica real versa sobre un derecho limitado el sujeto pasivo está determinado, por lo general, es el propietario que ha realizado una enajenación parcial de sus facultades, conservándose el nudo propietario.

Del concepto de derecho real se derivan las siguientes características: immediatez, corporeidad, perpetuidad, efectos absolutos u oponibilidad frente a terceros, reipersecutoriedad, preferencia sobre los derechos de créditos y publicidad registral.²⁹⁶ Más allá de tales características generales, la constitución de los derechos reales obedece al sistema aplicado por cada ordenamiento jurídico estatal, ya sea *numerus apertus* o bien *numerus clausus*. El primero faculta a las personas para la creación de derechos reales atendiendo al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cambio, el segundo sistema responsabiliza al legislador, en tanto es la norma la que establece taxativamente las figuras típicas.²⁹⁷

Los derechos reales han sido clasificados atendiendo a varios criterios, siendo preciso mencionar al autor OTTO VON GIERKE, quien formuló una distinción de ellos tomando como base el sistema del Código Civil de Alemania (en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch*) BGB, acogido por la doctrina española²⁹⁸ y la jurisprudencia hispanoamericana. A decir de este autor, los derechos reales se dividen en dos grandes grupos, los derechos de dominación total donde la influencia del sujeto sobre la cosa abarca tendencialmente todas las utilidades de esta, v. gr. derecho de propiedad y de copropiedad, y por otro lado, los derechos de dominación limitada o en cosa ajena (*iura in re aliena*) que se subdividen en derechos de goce o aprovechamiento, de garantía y de adquisición preferente.²⁹⁹

MARINA MARIANI DE VIDAL adopta 6 criterios para clasificar los derechos reales a tenor de lo establecido en el Código Civil argentino: 1) sobre cosa propia, ajena y mixta; 2) principal y accesorio; 3) sobre la sustancia y el valor; 4) según el objeto sobre bienes

²⁹⁶ Para más detalles sobre las características de los derechos reales Vid. Orlando Rivero Valdés, *et al*: *Tema de Derechos Reales*, pp. 19-24.

²⁹⁷ “La codificación emprendida como proceso definitivo a partir del CN1804 determinó que la literatura se planteara si admitir la posibilidad de que las personas crearan libremente derechos reales (*numerus apertus*) o si, por el contrario, debían acogerse sólo a las figuras típicas previstas en el ordenamiento legal (*numerus clausus*). La respuesta en general parece haber dependido de las percepciones acerca de la eficacia de los mecanismos jurídicos para garantizar la seguridad del tráfico y de los derechos adquiridos, así como de la consideración sobre el llamado carácter estático de los derechos reales y su peso dentro de las relaciones jurídicas. Sin embargo, la adopción del sistema de *numerus clausus* no puede ser considerada necesariamente como una restricción a la autonomía de la voluntad. Hay códigos como el argentino, donde claramente se regula que los derechos creados por las personas en el ejercicio de la voluntad negocial deben ser considerados generadores de derechos personales cuando no se acojan a alguna de las figuras típicas de derechos reales (CC. Arg. a.2502); con lo cual se salvaguarda a un tiempo la rigidez del régimen real y libertad de obligarse.” Vid. *Ídem*, p.22.

²⁹⁸ Vid. Colectivo de Autores: *Elementos de Derecho Civil...cit.*, pp. 6-19.

²⁹⁹ Los derechos de aprovechamiento representan el disfrute parcial o total de la cosa, V. gr. censo enfiteútico, usufructo, uso, habitación, superficie, posesión. Los derechos de adquisición preferente permiten reclamar en beneficio propio la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa a quienquiera que la tenga, V. gr. tanteo, retracto, opción. Por último, los derechos de garantías son aquellos en cuya virtud el valor en venta del bien asegura contra el eventual incumplimiento de una obligación pecuniaria. V. gr. prenda, hipoteca, retención, anticresis.

muebles e inmuebles; 5) perfectos e imperfectos; 6) según la persona del titular en derechos subjetivamente personales y subjetivamente reales.³⁰⁰

Los derechos reales de aprovechamiento otorgan a su titular facultades inherentes al dueño para extraer de la cosa ajena algún beneficio, ya sea el uso o disfrute o ambas a partir de un desplazamiento posesorio. Dentro de esta categoría se ubica el derecho de habitación, sobre el que realizaremos un estudio histórico, doctrinal y comparado.

El surgimiento de los derechos reales tiene una trascendencia empírica, no sistemática, que obedece a las necesidades socioeconómicas de las civilizaciones antiguas. En principio se concebía para el dominio o propiedad una *actio in rem – vindicatio* – con una progresiva extensión *erga omnes*. Las servidumbres rústicas y posteriormente las urbanas constituyeron los primeros derechos reales de aprovechamiento. A tales derechos le siguieron el usufructo, el uso, los derechos de *habitatio* y *operae servorum*, entre otros. La Habitación surge como una servidumbre personal que otorgaba el derecho de habitar una casa. No se extinguía por el no uso, ni por la *capitis deminutio* de su titular. Tampoco era concebida como un derecho personalísimo. Se originaba en los legados y por su similitud con el derecho de uso le eran aplicables las reglas de este último. A decir de MODESTINO, consistía más un hecho que un derecho.³⁰¹ Con el liderazgo de Justiniano este derecho incluyó la facultad de dar la casa en arrendamiento, como si fuera un usufructuario.

En la actualidad, puede definirse como “*la ocupación gratuita de una casa ajena o de las piezas necesarias de esta para satisfacer una necesidad habitacional del titular y su familia*”.³⁰² Atendiendo a las clasificaciones enunciadas sobre los derechos reales, su naturaleza jurídica está determinada por ser un derecho real de dominación concreta y de goce, limitado, de uso restringido, intransmisible, principal, que recae sobre bienes inmuebles ajenos, sobre la sustancia, imperfecto y subjetivamente personal.

³⁰⁰ Cfr. Mariani de Vidal: *Derechos...cit.* pp. 80 y ss.

³⁰¹ Cfr. Ernesto Dihigo y Trigo López: *Derecho Romano*, p. 171.

³⁰² Con las expresiones “utilidad de morar una casa ajena” o “facultad de ocupar gratuitamente en una casa ajena, las piezas necesarias”, un estudio de Derecho Comparado en los códigos civiles vigentes de Argentina, Ecuador, México, Venezuela, Colombia y Perú, ilustra una concepción legal del derecho de habitación como el derecho de morar una casa ajena por sí o con sus familiares, con el fin de satisfacer sus necesidades básicas habitacionales. El carácter gratuito no es asumido por todos los cuerpos legales analizados. V. gr. México lo regula de modo expreso, sin embargo, en Argentina puede ser oneroso o gratuito, lo que se infiere de las causas de constitución del derecho de usufructo que se aplican supletoriamente al derecho de habitación.

En la relación jurídica real el elemento subjetivo se integra por el habitador o habitacionista como sujeto activo³⁰³ y el propietario del inmueble, en tanto sujeto pasivo; el elemento objetivo está determinado por bienes inmuebles que sirvan de morada o piezas del mismo,³⁰⁴ y el contenido se limita a la mera satisfacción de las necesidades personales del titular y de su familia,³⁰⁵ sin que ello implique la transmisión de ese derecho a los herederos, ceder, arrendar, enajenar o prestar ningún objeto sobre el que se extiendan sus derechos. El habitador queda obligado a usar las cosas que comprenden su derecho con el cuidado necesario y colaborar con los gastos ordinarios tendientes a la conservación de estas.³⁰⁶

El derecho de habitación presenta cierta similitud con otros derechos reales de aprovechamiento como el usufructo y el uso, pues los tres confieren a su titular el disfrute y goce temporal sobre cosas ajenas. Esto justifica que doctrinas modernas como la española y la argentina tiendan a unificar, en lo posible, las figuras del usufructo, uso y habitación, planteando que el derecho de habitación es una forma particular de uso, y

³⁰³ Es preciso resaltar que a pesar de ser el habitador el titular del derecho de habitación y por ende el sujeto activo en la relación jurídica sobre bienes, los beneficios de ese derecho se extienden a su familia. Países como Argentina, Ecuador y Colombia especifican en su cuerpo legal la extensión del término “familia del habitador”, comprendiendo la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución como los que sobrevienen después, el número de sirvientes necesarios para la familia, las personas que a la misma fecha vivan con el habitador a costa de este y las personas a quienes éstos deben alimentos.

³⁰⁴ “(...) No se trata de cualquier clase de inmueble, sino de aquellos que por sus características puedan ser utilizados como morada por personas. Vale aquí la aclaración para el hecho de que este derecho, en nuestra particular opinión, solo podría ser constituido a favor de personas naturales y no de personas jurídicas. En la medida en que las personas jurídicas no requieren de morada, entendida como casa-habitación, y/o vivienda propiamente dicha, no estarían comprendidas en los alcances del instituto. Además, toda vez que la facultad de disfrute se encuentra excluida en el derecho de habitación, mal podría considerarse la constitución de un inmueble para oficina como un derecho de habitación para personas jurídicas, puesto que, entre otros, se trata de una actividad eminentemente económica, sea que se identifique con personas jurídicas sin fines de lucro o con aquellas en las que el *animus lucrandi* se encuentre presente. Asimismo, la extensión del ámbito “familiar” de una persona jurídica ha de tenerse en cuenta como causal que imposibilita la constitución del derecho a su favor. Entendemos que la doctrina no es pacífica sobre el particular y que esta última particularidad, la de instituir un derecho de habitación a favor de personas jurídicas, tiene serios defensores, aun cuando esta situación sea poco frecuente en la práctica.” Tomado de Max Salazar Gallegos en comentario al artículo 1027 del Código Civil peruano. D. Leg. 295 de 24-07-84.

³⁰⁵ Vid. Antonio Vodanovic H.: *Manual de Derecho Civil*, p.33.

³⁰⁶ El contenido del derecho de habitación, en tanto derecho real de aprovechamiento, está limitado a la satisfacción de las necesidades personales del titular y de su familia, variando su alcance en correspondencia con las particularidades de cada Estado. V. gr. del estudio comparado realizado se confirmó que solo el Código Civil argentino admite que el derecho de habitación incluya el establecimiento de la industria o comercio del habitacionista de no ser impropio del destino del inmueble, con la carga de no alterar su substancia y de no ceder su ejercicio a terceros. En Ecuador y Argentina las acciones posesorias le son aplicables al derecho de habitación. Perú al igual que Ecuador y Colombia, regula en el derecho de habitación una protección adicional al cónyuge supérstite, a quien su legítima y gananciales no le fueren suficientes para lograr la adjudicación de la casa-habitación en que existió el hogar conyugal y opta por el derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la porción que no se le adjudica, esto es, el cónyuge copropietario con los demás herederos puede, en virtud del derecho de habitación otorgado a su favor respecto de la porción que corresponde a los demás, evitar el pago de concepto alguno por el uso exclusivo que puede hacer del bien común.

a su vez no es más que un usufructo restringido.³⁰⁷ El derecho de uso constituye un usufructo más limitado, un goce de la cosa ajena simplificado a las necesidades del usuario y de su familia. A su vez el derecho de habitación no es más que una forma particular del uso caracterizado por la especial naturaleza de la cosa en que se concreta el goce del usuario: es el derecho de uso de una casa-habitación. Pueden, el uso y la habitación considerarse modificaciones del usufructo, subordinados a éste, del cual contienen las notas características fundamentales, si bien la disciplina sea diversa.

En legislaciones foráneas como España, Argentina y Ecuador, el derecho real de habitación se constituye de igual manera que el derecho de usufructo, v. gr. por mandato legal (muy poco común), acuerdo de voluntades, acto jurídico unilateral, testamento, prescripción. Como causales comunes de extinción de ambos derechos reales de aprovechamiento pueden citarse las siguientes: muerte del usuario o habitador según el caso, resolución del derecho del constituyente de uso o de habitación, consolidación del derecho de uso o habitación con la propiedad, renuncia al derecho ya sea de uso o habitación, por abuso grave de la habitación en uso, prescripción y por la adquisición del derecho de usufructo calificada por un juez.

No obstante, el derecho de habitación y el usufructo se diferencian atendiendo a los siguientes criterios de comparación: 1) Por su constitución: el usufructo puede ser legal o voluntario, la habitación no suele ser legal, depende de la voluntad de las partes. 2) Por su objeto: el usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes, la habitación solo sobre edificios o casas ajenas. 3) Por su contenido: la habitación comprende solo el *uti*, o sea, se limita a satisfacer las necesidades personales del habitador y de su familia, esto es, al uso de una vivienda ajena o piezas de ella para alojamiento; mientras que el usufructo abarca también el *frui*, pues el titular goza de los frutos que proporciona el uso de la cosa, puede incluso arrendar o ceder el bien usufructuado, acciones que están vedadas al habitador de una morada.³⁰⁸ Tanto en el derecho de uso como en el de habitación la muerte de alguno de los cotitulares o de sus familiares no determina, como en el usufructo, un acrecimiento, sino un decrecimiento, por disminuir las necesidades de la familia.³⁰⁹

³⁰⁷ Vid. Musto: *Derechos...cit.*, pp.145 y ss.; Colectivo de Autores, *Elementos de Derecho Civil, III Derechos Reales, Derechos Reales Limitados, Situaciones de Cotitularidad*, volumen segundo, p. 75.

³⁰⁸ *Ídem*, pp. 7-84.

³⁰⁹ Jesús Gómez Taboada: "El Notario y el Derecho Inmobiliario", Colectivo de Autores: *Derecho Notarial, T III*, p. 312.

Si bien es cierto que tanto el derecho de habitación como el de uso no son transmisibles a terceros por ningún título, pues constituyen un desmembramiento del derecho de propiedad, cuya finalidad radica en la protección del usuario y del habitador con la satisfacción de sus necesidades personales y la de su familia, de ahí que no puedan sus titulares alterar la forma ni la substancia del objeto del derecho, tampoco podemos descartar la distinción entre ambos derechos a tenor del objeto sobre el cual recaen. A diferencia del uso, que puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, la habitación solamente puede constituirse con respecto a una casa, que puede ocuparse en su totalidad o solamente algunas piezas. “El contenido del uso implica todo goce, con tal que se ajuste al destino del bien; el de habitación no comporta sino la posibilidad de servirse de la casa para proveer a la sola necesidad de alojamiento. Por tanto, el usuario podría ejercitar en la casa una actividad empresarial, con tal que no cambie su destino; mientras el titular de la habitación no podría sino habitarla, esto es, alojarse en ella con la propia familia, y no hacer de ella la sede de una empresa.”³¹⁰ Otra diferencia se enmarca en el carácter gratuito de la habitación, en cambio el uso, igual que el usufructo puede ser gratuito u oneroso. Esta última distinción facilita la diferencia entre el derecho de habitación y otros derechos de naturaleza crediticia, específicamente el arrendamiento, contrato oneroso que no se limita a la mera tenencia del bien. Demostrado cuánto se puede inferir al analizar el derecho de habitación en relación a los derechos reales de uso y usufructo, es necesario realizar un estudio sobre su regulación en Cuba, para atemperar la tendencia existente en el sistema inmobiliario a las normativas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional.

II. Derecho de habitación en Cuba: antecedentes históricos y perspectiva jurídica

Con el proceso de conquista y colonización de Cuba se hizo extensivo a la Isla el sistema de leyes que regía en España.³¹¹ Siglos más tarde, se aplicó el Código Civil del

³¹⁰ BARBERO citado por Colectivo de Autores: *Elementos de Derecho Civil...cit.*, volumen segundo, p. 83.

³¹¹ A decir de ORLANDO RIVERO con el proceso de conquista y colonización de Cuba, bajo el mandato de Diego Velázquez en 1511, llegaron las primeras normas jurídicas sobre el derecho de propiedad y sobre disímiles variantes de los derechos reales en cosa ajena, muchos de los cuales han desaparecido hoy de nuestro ordenamiento jurídico o han sido modificados. El dominio de los reyes de Castilla sobre los territorios descubiertos, el proceso de repartimiento de solares para urbanizar; las facultades atribuidas a los cabildos para determinar el uso y explotación de las tierras comunales, la edificación de inmuebles para vivienda y fines industriales, comerciales, públicos o privados, demuestran el peso de la materia jurídica de derechos reales en la historia cubana inicial. El esquema o entramado jurídico de fuentes Castellanas, extendió a Cuba las concepciones de raíz latino-germana presentes en Europa, no solo a nivel de la norma escrita, sino también a través de las interpretaciones y comentarios de los jurisconsultos del momento sobre las fuentes del Derecho Romano, del Derecho Canónico y del propio Derecho

11 de mayo de 1888 por Real Decreto de 31 de Julio de 1889, declarándolo vigente a partir del 5 de noviembre del propio año y la Ley No.14 de julio de 1893 “Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar”, normativas que regularon el derecho de habitación.³¹² Al amparo del artículo 524 del Código Civil “*la habitación da, a quien tiene este derecho, la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*”. Esta definición representó el carácter restringido del derecho de habitación, limitado a la posibilidad de vivir en determinada casa o en parte de ella, en la cantidad de habitaciones o en la parte de la vivienda que resultara necesaria para el habitador y su familia.

Dentro del elemento subjetivo figuraba el habitador como titular del derecho y el propietario que cede el uso total o parcial del inmueble sobre el que ostenta el dominio pleno. Si bien el elemento subjetivo de la relación jurídica está delimitado por el habitacionista como sujeto activo y el propietario como sujeto pasivo, es menester precisar que los beneficios que reportaba ese derecho también se extienden a la familia del titular. En tal sentido, el Código fue deficiente por no detallar o enunciar las personas que han de catalogarse “familiares del habitador”.

El objeto no era más que la casa en su totalidad o parte de ella y el contenido de este derecho real de aprovechamiento incluía a tenor de los artículos 525 y 527, la prohibición de arrendar y traspasar a otro por ninguna clase de título la vivienda, de ocupar todo la casa el habitador estaba obligado a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones del mismo modo que el usufructuario; si sólo habitara parte de la casa, no debía contribuir con nada, siempre que quedara al propietario aprovechamientos suficientes para cubrir los gastos y las cargas, en su defecto, supliría aquél lo que faltara. Las restantes facultades y obligaciones del titular

Castellano común para los reinos de España. Estos conceptos y tendencias imperarían hasta mediados del siglo XIX en camino de conformación, consolidación y decantación en cuanto al dominio. A través del Derecho Canónico, presentes en las bases del Derecho Civil común europeo, se afirmó algunas ideas en cuanto a las relaciones de las personas con las cosas. El mismo destacó el papel de la posesión en las relaciones jurídicas, las relaciones entre la voluntad negocial y la constitución de derechos reales, así como la importancia de la buena fe como elemento concurrente en muchos supuestos de adquisición del dominio de cosa ajena. *Cfr.* Rivero Valdés, *et al: Tema...cit.*, pp. 9 y ss.

³¹² El Código Civil español destinó el Título VI “Del usufructo, **del uso y de la habitación**”, Capítulo II “del uso y de la habitación”, artículos del 523 al 529, a la regulación del derecho de habitación y la Ley Hipotecaria prohibió en su artículo 108 apartado 8 la hipoteca del uso y la habitación.

de este derecho quedaban reguladas por el título constitutivo del mismo según lo establecido en el precepto 523 del propio cuerpo legal.³¹³

De la interpretación del mencionado artículo 523 se infiere que las partes podían ampliar o limitar los derechos que el Código asignaba. En los supuestos donde no se pronunciaron o lo hicieron de manera insuficiente, habría que acudir a los preceptos del Código con carácter supletorio para suplir el silencio de las partes con respecto a los derechos de uno y otro, nunca para contradecirlos, salvo cuando se tratase de un precepto de orden público, esto es, que afectara la naturaleza de la institución.

Por la estrecha relación doctrinal y legal existente entre los derechos de uso, usufructo y habitación, el artículo 528 determinó que las disposiciones establecidas para el usufructo serían aplicables, en lo pertinente, a los derechos de uso y habitación. En igual sentido se redactó el precepto 529 al amparo del cual los derechos de uso y habitación se extinguían por las mismas causas que el usufructo³¹⁴ y además por abuso grave de la cosa y de la habitación. A grandes rasgos, el contenido de este cuerpo normativo tiende a unificar en lo posible las figuras del usufructo, uso y habitación, de ahí que se interprete el derecho de habitación como una forma particular de uso o un usufructo restringido, no precisando el Código su carácter gratuito.³¹⁵

El Código Civil español mantuvo su vigencia en la etapa neocolonial, pues fue ratificado por la proclama de 1ro de enero de 1899 del Gobierno Militar de la primera intervención norteamericana. El derecho de habitación, aunque de forma limitada, alcanza reconocimiento constitucional a raíz del artículo 79 párrafo segundo de la Carta Magna de 1940, donde se consagró:

La Ley determinará las empresas que, por emplear obreros fuera de los centros de población, estarán obligadas a proporcionar a los trabajadores habitaciones adecuadas, escuelas, enfermerías y demás servicios y atenciones propicias al bienestar físico y moral del trabajador y su familia.

En esta etapa, debido al déficit habitacional permanente, prevaleció el contrato de arrendamiento como inversión con ánimo de lucro y no como un mecanismo para

³¹³ Cfr. artículos 523, 525 y 527 Código Civil español de 1888.

³¹⁴ El artículo 513 del Código Civil español estableció como causales de extinción del usufructo: 1) por muerte del usufructuario; 2) por expirar el plazo por el que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo; 3) por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona; 4) por la renuncia del usufructuario; 5) por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo; 6) por la resolución del derecho del constituyente; 7) por prescripción.

³¹⁵ *Ídem*, artículos 528 y 529.

satisfacer las necesidades populares, contra lo que arremetió en su alegato de autodefensa FIDEL CASTRO en “La historia me absolverá”, abordando el tema de la vivienda como uno de los problemas fundamentales de ese momento y que el gobierno cubano se proponía resolver con el Triunfo de la Revolución por considerar el derecho a la vivienda imprescriptible e inalienable del ser humano.

A seis años de la histórica autodefensa, el 1ro de enero de 1959, nació el gobierno revolucionario y con ello se proclamó la Ley Fundamental de 7 de febrero del propio año que transcribió el artículo 79 de la Constitución de 1940.³¹⁶ Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Reforma Urbana el 14 de octubre de 1960 se realizó la transformación más trascendental en el sistema inmobiliario urbano para el pueblo cubano. Aparece por vez primera consagrado legislativamente en su artículo 1 el siguiente principio: “toda familia tiene derecho a una vivienda decorosa”. Al amparo de esta normativa se eliminó la explotación de los rentistas, se transfirió la propiedad de los inmuebles que no eran ocupados por sus propietarios al Estado abonando el precio legal y luego éste la trasmitía en propiedad a las personas que la estuvieran habitando, con lo cual sentó las bases para entender la ocupación como medio básico en la legislación inmobiliaria urbana. En los traspasos de la propiedad de los inmuebles se debía distinguir entre el derecho de propiedad, el derecho de adquirir y el derecho de ocupación de las viviendas, ya fuere por razón de fallecimiento, donación o permuta. Consignó el principio que proclamaba que ninguna persona podía tener más de una vivienda en propiedad, con excepción de las destinadas al descanso o veraneo, entre otros logros significativos.³¹⁷

Con los cambios introducidos en la estructura económico-social del país, diversos preceptos del título VI del Código Civil español, que regulaban el usufructo, el uso y la habitación como derechos reales limitativos del dominio, dejaron de aplicarse.³¹⁸ En tal sentido se otorgó usufructo legal gratuito a:

³¹⁶ El artículo 79 de la Ley Fundamental de 1959 estableció que: “*El Estado fomentará la creación de viviendas baratas para obreros. La Ley determinará las empresas que, por emplear obreros fuera de los centros de población, estarán obligadas a proporcionar a los trabajadores habitaciones adecuadas, escuelas, enfermerías y demás servicios y atenciones propicias al bienestar físico y moral del trabajador y su familia. Asimismo la Ley reglamentará las condiciones que deben reunir los talleres, fábricas y locales de trabajo de todas clases*”.

³¹⁷ Cfr. María Julia Rodríguez Saif y Zulia Figueredo Sánchez: *Conferencia Científica Nacional “La vigencia del pensamiento político jurídico del alegato de autodefensa La Historia me Absolverá”*, pp.5-8.

³¹⁸ Cfr. Notas al artículo 467 del Código Civil de 11 de mayo de 1888, concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975, publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1975.

- Ocupantes de habitaciones en casas de vecindad, ciudadelas, cuarterías o solares (RU-1 de 20 de junio de 1967).
- Ocupantes de habitaciones situadas en azoteas, garajes, sótanos y solares yermos (RU-4 de 2 de noviembre de 1967).
- Ocupantes de viviendas construidas sin contrato de compraventa ni arrendamiento (RU-14 de 5 de mayo de 1971 del MINJUS).
- Personas que construyeron sus viviendas por sus propios medios y ayuda del Estado en terrenos privados o de propiedad estatal (RU-14 de 5 de mayo de mayo de 1971 del MINJUS).
- A partir de 1970 a los campesinos que ocupaban las viviendas en razón de trabajadores vinculados a granjas y planes de desarrollo agropecuario.

La vigente Ley de Reforma Urbana de conjunto con las resoluciones dictadas por el Ministerio de Justicia (MINJUS), a decir de CANTÓN BLANCO, permitieron la distinción de los tipos de ocupantes de los inmuebles urbanos, según su relación con la Reforma Urbana o con el resto de los habitantes de la vivienda, como se explica a continuación:³¹⁹

1. En relación con la Reforma Urbana:

- Propietarios: Son aquellos que tienen el título de propiedad de la vivienda que habitan.
- Adquirientes: Son aquellos que mensualmente pagan la cantidad establecida y no han completado el proceso legal fijado por la ley. Al completar de pagar el precio legal, se convertirán en propietarios.
- Usufructuario oneroso: Son aquellos que habitan legalmente una vivienda y vienen obligados a pagar mensualmente un precio establecido y no tienen derecho a adquirir la propiedad de dicha vivienda.
- Usufructuario gratuito: Son aquellos que habitan legalmente una vivienda, sin estar obligados al pago mensualmente, ni tienen el derecho a obtener la propiedad de dicha vivienda. Define por demás ocho clases de usufructuarios gratuitos permanentes:
 - a) Los que al promulgarse la Ley de Reforma Urbana habitaban una vivienda, sin ser propietarios de la misma, pero con el consentimiento del propietario y sin abonarle a éste cantidad alguna por el alquiler.

³¹⁹ Cfr. Cantón Blanco: *Conferencia...cit.*, pp.470 y ss.

- b) Los ocupantes de cuartos o habitaciones en las casas de vecindad, ciudadelas, cuarterías o solares.
- c) Los ocupantes de cuartos o habitaciones situadas en azoteas, garajes o sótanos de edificios de apartamentos.
- d) Los ocupantes de viviendas en los pueblos nuevos fabricados entre 1969 y 1971 que no han pasado a usufructuarios onerosos.
- e) Los ocupantes de viviendas en los nuevos pueblos construidos en los planes de desarrollo agrícola, y que dicha viviendas tengan la condición ser medios básicos de los planes.
- f) Los ocupantes de viviendas construidas con anterioridad al 5 de mayo de 1971 sobre terrenos urbanos propiedad de particulares o del Estado, que hayan ocupado dichos terrenos sin contrato de compraventa ni de arrendamiento.
- g) Los edificios que ocupan embajadas, de acuerdo con los convenios bilaterales celebrados por el Gobierno Revolucionario de Cuba con otros Estados.
- h) Los núcleos que ocupan una misma vivienda y terminaron de pagar la parte proporcional que les correspondía en el valor de la misma.

- **Habitacionista:** Aquellos que habitaban legalmente casas que son medios básicos de los organismos y empresas estatales, y no están incluidos en el régimen de Reforma Urbana. El derecho de habitar estas casas está dado por el contrato que celebra el Habitacionista con el organismo o empresa estatal de la cual dicha vivienda es medio básico y que tienen las siguientes características:

- a) Puede ser gratuito u oneroso,
- b) Es temporal,
- c) No da derecho de ocupación o permanencia al Habitacionista,
- d) No da derecho al Habitacionista a traspasar ni permutar la vivienda.

- **Ilegales:** Son aquellos que sin justo título habitan una vivienda no estando incluido en ninguno de los tipos anteriormente visto. Estos ocupantes legales deben desocupar la vivienda en el plazo de 30 días a partir del requerimiento.

2. En relación con el resto de los habitantes de la vivienda.

- **Ocupante principal:** Son ocupantes principales los propietarios, adquiriente, usufructuarios onerosos o gratuitos permanentes y los habitacionistas.

- **Ocupantes cuasi-principal:** Son los ascendientes y descendientes del ocupante principal o algunas de las personas que, según la ley, deben vivir en su compañía o bajo

su guardia y cuidado. Este tipo de ocupante puede convertirse en ocupantes principales por causa de herencia o donación.

- Ocupante no principal: Son aquellos que sin estar comprometidos en las dos categorías anteriores habitan, indefinida o temporalmente una vivienda con la autorización expresa o tácita de su ocupante principal. La autorización a que nos referimos no genera a favor del beneficiario derecho alguno, estando obligado a abandonar la vivienda tan pronto le sea requerido por el ocupante principal.

Con la Ley de Reforma Urbana se ratifica el artículo 79 de la Ley Fundamental de 1959 y en tal sentido el derecho de habitación se mantuvo limitado al mero contrato entre trabajadores e instituciones laborales sobre inmuebles declarados medios básicos. Partiendo de la definición de este autor el derecho de habitación surgiría mediante contrato gratuito u oneroso, constituyendo el trabajador como titular del derecho el sujeto activo de la relación jurídica real y como sujeto pasivo el organismo o empresa estatal propietario de la vivienda; el objeto sería la casa declarada medio básico y el contenido se conformaría de la facultad temporal de ocupar la casa con la prohibición de traspasarla y permutarla. La posibilidad de constitución onerosa del derecho de habitación regulada en el sistema inmobiliario cubano de la época, laceró la naturaleza gratuita de este privilegio, pues la permanencia del habitacionista no debería depender de la regularidad con que cumpla la contraprestación, esto es, del pago de la renta.

Sobre la base del principio consagrado en el artículo 1 de la Ley de Reforma Urbana se proclama la Constitución Socialista cubana, el 24 de febrero de 1976, donde se reconoce en el artículo 8 inciso c) el propósito del Estado de “trabajar por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable”, compromiso que sostuvo con las reformas de 1992 y 2002 al amparo del precepto 9 inciso c). En tal sentido, como parte de la estrategia del país en materia de vivienda, en 1984 se promulga la Ley No.48 de 27 de diciembre, primera Ley General de la Vivienda, que derogó la Ley de Reforma Urbana pero ratificó la esencia y los principios establecidos por la misma.

Con la Ley No. 48/84 la figura del habitacionista definida por CANTÓN BLANCO es reemplazada por la de arrendatario con incremento de sus facultades sobre la vivienda medio básico y pese a las diferencias legales entre el régimen de arrendamiento de las viviendas de propiedad estatal que establece la Ley y el de usufructo de la legislación de Reforma Urbana, la denominación de usufructo oneroso es sustituida por la de

arrendamiento.³²⁰ Esta Ley concedió derechos a las personas naturales en virtud de la función social que cumple la vivienda, siendo vital por el tema que nos ocupa, hacer alusión a la facultad estipulada al propietario en el artículo 64 para determinar libremente las personas que convivirían con él en el inmueble, así como dar por terminada la convivencia de resultar indeseable la misma sin necesidad de declaración administrativa ni judicial, derecho limitado exclusivamente cuando se pretendiera emplear contra los ascendientes o descendientes del propietario, así como respecto a los convivientes actuales hasta el día 1ro de enero de 1986 que intentaran permanecer en la vivienda, estableciendo para estos casos la Disposición Transitoria Decimotercera, a solicitud del propietario, un procedimiento de descuento salarial durante seis meses y después de ese término o sin transcurrir este si el conviviente no tuviera ingresos y no hubiera abandonado la vivienda, la Dirección Municipal procedía a la extracción del inmueble del mismo, pudiéndose solicitar el auxilio de la Policía Nacional Revolucionaria de ser necesario.³²¹

Partiendo de la segunda clasificación de ocupante planteada por CANTÓN BLANCO, el propietario de una vivienda perteneciente al régimen de propiedad personal ejercía esta facultad a favor o en contra de ocupantes no principales que estaban sometidos a la buena voluntad del primero como ocupante principal, pero quedaba limitado respecto a los cuasi-ocupantes. Para este autor, los ocupantes no principales eran meros convivientes sin derechos, sin embargo, aunque el articulado del Código Civil español respecto al derecho de habitación podía catalogarse en aquel entonces como letra muerta, nos preguntamos ¿hasta qué punto esta facultad del propietario generaba en los

³²⁰ Para más detalles Vid. Rodolfo Dávalos Fernández: *La nueva Ley General de la Vivienda*, pp.115 y ss.

³²¹ Para lograr el cumplimiento efectivo de tales preceptos por los funcionarios de las Direcciones Provinciales y Municipales de la Vivienda, el Jefe del área de Asuntos Jurídicos y Legislación del Instituto Nacional de la Vivienda emitió la Circular No.2/85 aclarando el sentido y alcance del artículo 64 y la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley, donde se concluye que:

- Los propietarios están facultados para dar por terminada la convivencia de cualquier persona.
- Si el conviviente pretende permanecer en la vivienda contra la voluntad del propietario, éste puede interesar de la Dirección Municipal de la Vivienda que conmine al conviviente a abandonar la vivienda lo que hará la Dirección Municipal mediante Resolución.
- Este derecho de los propietarios no puede ejercerse contra sus ascendientes y descendientes.
- Este derecho de los propietarios no puede ejercerse contra los convivientes que residían en la vivienda al momento de promulgarse la Ley, hasta el día 1ro. de enero de 1986.
- En el caso de los convivientes posteriores a la promulgación de la Ley si puede ejercerse ese derecho, estando obligados las Direcciones Municipales de la Vivienda a actuar conforme establece el artículo 64 de la Ley.
- En el caso de los ocupantes ilegales señalados en el artículo 28 de la Ley y que hubieren venido residiendo con el propietario se actuara, a solicitud de éste, conforme establecen los Artículos 29, 30 y 31 de la Ley.

En fecha 29 de marzo de 1986 se dictó la Instrucción No.4 a fin de regular el procedimiento a seguir para la tramitación de las solicitudes de los propietarios a la Dirección Municipal de la Vivienda amparadas en el artículo 64 de la LGV, lo que se realizaría de acuerdo con las reglas establecidas en la Sección Tercera del Capítulo X de la propia Ley.

ocupantes no principales y cuasi-ocupantes un derecho real de aprovechamiento, expresamente, de habitación?

Cuando el autor expresa que los ocupantes no principales no tienen derecho alguno se presume que con ello se refería a la facultad de disposición, pero desde que usan la vivienda como morada están gozando del derecho de habitación por voluntad del propietario que sí ejerce su facultad de disposición sobre el inmueble. Tal vez la manifestación de este autor obedezca al antecedente de esta facultad regulada en la Resolución No. RU-15 del Ministro de Justicia, dictada en fecha 25 de junio de 1973, normativa que brinda protección de modo exclusivo a las personas que legalmente debían vivir en compañía o bajo la guarda y cuidado del ocupante principal. Sin definir las personas que gozarían de este privilegio y con el propósito de garantizar seguridad jurídica respecto al uso y disfrute de las viviendas, estableció que:

*“...la autorización, expresa o tácita, indefinida o temporal para permanecer en una vivienda otorgada por el ocupante legal de la misma no genera derecho alguno a favor del beneficiario de tal liberalidad, el que, por consiguiente, está obligado a abandonar el local tan pronto sea requerido por aquél con este fin. Se presumirá en esta situación, a toda persona residente en una vivienda que no sea su ocupante legal principal ni alguna de las personas que, según la ley, deben vivir en su compañía o bajo su guarda y cuidado...”*³²²

La Ley No. 48/84 no precisó los derechos que le asistían a los llamados convivientes en el uso y disfrute de la propiedad ajena, tampoco se aplicó con carácter supletorio la regulación del derecho de habitación en el entonces vigente Código Civil español. A decir de MELQUIADES M. ESPINOSA JIMÉNEZ y REBECA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ “se debe partir en el análisis de este precepto que los convivientes, por regla general, comienzan a residir en el inmueble con la aprobación del propietario y mientras mantengan esta aprobación podrán mantener su convivencia en el mismo, comenzando el conflicto cuando por voluntad del propietario se dé por concluida la misma, situación que por regla general no resulta pacífica por encontrar casi siempre la negativa de abandono del inmueble del conviviente, dada la situación de déficit de vivienda existente, al no

³²²Vid. Resolución No. RU-15, de fecha 25 de junio de 1973, dictada por el Ministro de Justicia. En *Leyes y disposiciones legales vigentes sobre Reforma Urbana*, MINJUS, 1975, p. 294.

resultar suficiente el fondo actual de viviendas para resolver todas las necesidades de la población”.³²³

Este precepto se convirtió en una herramienta legal generadora de conflictos que alejaron el sentido de la norma de su verdadera finalidad. Al surgir la decisión administrativa de cese de convivencia a solicitud del propietario, para mediante resolución conminar al conviviente al abandono de la vivienda en un plazo no mayor de 90 días naturales, el conviviente no podía combatir este instrumento jurídico mediante recurso en ninguna instancia, situación que lo ubicaba en un estado de indefensión ante una posible decisión arbitraria de la Administración y la posibilidad legal de ser extraído del inmueble por la fuerza pública de la Policía Nacional Revolucionaria.³²⁴

En fecha 16 de julio de 1987 entra en vigor la Ley No. 59 “Código Civil” que deroga al Código Civil español de 1888. Con esta nueva Ley desaparece la regulación del derecho de habitación en sentido expreso del ordenamiento jurídico cubano. Al año siguiente, “a solo cuatro años de publicada la Ley No.48/84, cuando el país estaba inmerso en un proceso de rectificación, se hizo necesario reconsiderar algunas de las formulaciones técnico-jurídicas de esta normativa, el alcance de sus preceptos y someter ala Asamblea Nacional el 23 de diciembre de 1988, el proyecto de la Ley No. 65 de igual nombre que su predecesora, Ley General de la Vivienda (LGV), que fuera aprobada en esa fecha”.³²⁵

La Ley No. 65/88 mantiene en el propio artículo 64 la facultad del propietario de determinar libremente sus convivientes y el período de convivencia, con el objetivo de fortalecer la propiedad y establecer con claridad la protección del uso y disfrute de las viviendas por parte de sus titulares, no siendo necesario que este ocupe físicamente el inmueble para ejercer con éxito la acción administrativa de cese de convivencia, la que a su vez puede combatirse ante el Tribunal Provincial Popular en procedimiento administrativo iniciado por la parte afectada con la resolución emitida por la Dirección Municipal de la Vivienda (DMV). Este precepto, tanto en la primera como en la nueva LGV, reafirma la potestad del titular del inmueble, por ende, tiene su antecedente en la mencionada Resolución No. RU-15 del Ministro de Justicia de 1973.

³²³ Vid. Melquiades M. Espinosa Jiménez y Rebeca Hernández Martínez: *Ley General de la Vivienda, Ley 65/88, Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de Justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, p.74.

³²⁴ Cfr. *Ídem*.

³²⁵ Cfr. Rodríguez Saif y Figueredo Sánchez: *Conferencia...cit.*, p.14.

RODOLFO DÁVALOS FERNÁNDEZ coincide con CANTÓN BLANCO cuando refiere que “ambas disposiciones legales se caracterizan por idénticos fundamentos y objetivos. (...) el origen de esta disposición, igual que el del artículo 64, está en la necesidad de reforzar la autoridad del titular de la vivienda: *Una insuficiente delimitación de los diversos conceptos del disfrute de una vivienda, ha permitido, en ocasiones, que simples autorizaciones para permanecer temporalmente en locales de esta clase, otorgadas por sus ocupantes legales sin ánimo de transmitir ninguna de sus facultades, fueran reconocidas como título idóneo de residencia, a expensas del derecho de éstos*”.³²⁶

Este autor sostiene que “de acuerdo con la letra del primer párrafo del artículo 64, es la declaración de voluntad del propietario la que pone fin a la convivencia, por lo que las personas que con él conviven están obligadas a abandonar la vivienda a partir de esa decisión del propietario.” Resalta sobre el concepto de conviviente ofrecido en el segundo párrafo del propio precepto legal³²⁷ una importante precisión legal, pues la ocupación ilegal se distingue de la convivencia indeseada por el propietario. Así se pronuncia cuando señala que “los ocupantes ilegales están fuera de la Ley o al margen de ella, en el sentido de que su ocupación es contraria a derecho y sancionada en la vía administrativa con las medidas que la ley dispone. El interés en pugna es contra el Estado. Por su parte, los convivientes llegan a la vivienda con la anuencia del titular y mientras mantengan esta pueden estar en el inmueble. Se trata de dos intereses particulares en pugna, a los cuales el Estado ofrece una jurisdicción donde dirimir esa discordia, que culmina, por lo general, con la ratificación del órgano administrativo de la obligación en que está el conviviente de abandonar la vivienda, aplicando, además, el embargo salarial como medida conminatoria para el cumplimiento de la decisión adoptada. (...) Para los convivientes existe un tratamiento diferente al de los ilegales, y para los que fueron declarados alguna vez ocupantes ilegales y ahora no lo son, de acuerdo con la Ley General de la Vivienda, les corresponde, en todo caso, el tratamiento legal de los convivientes”.³²⁸

La facultad de determinar los convivientes y dar por terminada la convivencia quedó limitada, “...como consecuencia del déficit de vivienda y en evitación de situaciones político-sociales que pudieran generarse, con la formulación actual del artículo 65, que

³²⁶ Dávalos Fernández: *La nueva...cit.*, p.166.

³²⁷ A tenor del segundo párrafo del artículo 64 de la LGV vigente se considera convivientes “a las personas que, sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la Ley, residen con el propietario y forman parte del núcleo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario.”

³²⁸ Dávalos Fernández: *La nueva...cit.*, pp. 164 y 165.

amplió las excepciones de este derecho, buscando de esta forma una conciliación entre los derechos del propietario para determinar libremente sus convivientes y la protección de un sector social que pudiera ser afectado y llevar años de ocupación del inmueble, en salvaguarda de los intereses sociales de la Ley y dejando únicamente la participación de la Dirección Municipal de la Vivienda y la Policía Nacional”.³²⁹

A tenor del artículo 65 el propietario no podrá declarar cese de convivencia del inmueble a sus ascendientes y descendientes; madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos y no tuvieren otro lugar de residencia; madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia; ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda y no tuvieren otro lugar de residencia, así como cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano. La limitación al derecho de propiedad va más allá de los cuasi-ocupantes, regula otros supuestos de lesa humanidad ante la inexistencia de un lugar de residencia, que favorece a los convivientes y a sus familiares cuando tengan sobre estos últimos la guarda y cuidado, en tanto personas que ocupan físicamente el inmueble, con ausencia o no del propietario.

Esta facultad del propietario amparada en el artículo 64 de la LGV, está limitada a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera del propio cuerpo legal, a otros supuestos adicionales a los enunciados en el artículo 65, siempre que tales circunstancias existieran al momento de promulgación de dicha normativa administrativa y fueran las siguientes:

- Convivientes en el inmueble antes del 14 de octubre de 1960.
- Convivientes que lo fueron del propietario anterior y que por fallecimiento o salida del país la titularidad le fue transmitida a otra persona.
- Personas que han construido ampliaciones en la vivienda con autorización de su propietario.
- Los que han contribuido en forma efectiva a la adquisición de la vivienda; como los casos de permutas o entrega de dos casas por una, personas que pagaron el precio de la vivienda por ser el adquirente menor o insolvente y otros análogos que decida el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.
- Los que han contribuido en forma efectiva a la reconstrucción de la vivienda,

³²⁹ Vid. Espinosa Jiménez y Hernández Martínez: *Ley...cit.*, p.74.

como los casos de viviendas en mal estado, de propiedad personal que son reconstruidas por los convivientes del titular, o a cargo de la comunidad matrimonial de bienes y otros casos análogos que decida el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.

RODOLFO DÁVALOS FERNÁNDEZ comparte el mismo sentir de CANTÓN BLANCO al expresar que los supuestos que escapan de la potestad otorgada al propietario en el artículo 64, por la existencia de posibles derechos de ocupación o problemas político-sociales, generan una especial protección legal, sin que ello signifique que tales personas tienen iguales derechos que el titular de la vivienda, ni puedan oponerse a los actos de dominio. Criterio que sostenemos, pues la existencia de un derecho de habitación no despoja al propietario del inmueble de su facultad de disposición sobre el bien. Sin embargo, de los planteamientos del propio autor se infiere el reconocimiento incipiente de un derecho de habitación cuando manifiesta que “la protección legal se limita a un derecho de ocupación mientras subsistan las razones que para cada supuesto se establecen.(...) El origen de la protección jurídica para estos supuestos, podemos encontrarlo en algunos casos por derechos ya establecidos o reconocidos anteriormente, como son: la obligación de dar habitación (al igual que alimentos) a los ascendientes y descendientes que establece el Código de Familia... En otros supuestos, el fundamento de la regulación tiene una marcada naturaleza de protección social, a fin de impedir casos de desamparo habitacional”.³³⁰

El contenido de los artículos 64 y 65 no se aplica exclusivamente al propietario de una vivienda del régimen de propiedad personal, sino que se extiende según lo establecido en el artículo 52 inciso a) de la LGV y en la Disposición Especial Cuarta de la Resolución No.38/98 “Reglamento de los cuartos o habitaciones o accesorias”, a otros ocupantes principales: los arrendatarios de las viviendas descritas en el artículo 49 de la Ley No.65/88 y los usufructuarios gratuitos declarados al amparo del artículo 8 de la Resolución No.38/98, facultad que podrán ejercer sin que medie declaración administrativa ni judicial, pese a constituirse sobre inmuebles pertenecientes al régimen de propiedad estatal.³³¹

Identificadas las personas naturales destinatarias del contenido de los artículos 64, 65 y

³³⁰ Cfr. Dávalos Fernández: *La nueva...cit.*, pp.169 al 171.

³³¹ Respecto a los arrendatarios de viviendas pertenecientes al régimen de propiedad estatal, la facultad concedida al amparo del artículo 52 inciso a) de la LGV se confirma para los supuestos de viviendas vinculadas y medios básicos al amparo del artículo 34 inciso a) de la Resolución No.V-002/14 “Reglamento de viviendas vinculadas y medios básicos” que entró en vigor en enero de 2015.

de la Disposición Transitoria Tercera de la LGV, es preciso resaltar que la Ley No. 65/88 al igual que su antecesora, no define los derechos que le asisten a los llamados convivientes en el uso y disfrute de la propiedad ajena. Particular que nos motiva, pues tampoco existen normas generales supletorias que regulen el derecho de habitación en el ordenamiento jurídico actual, lo que nos conduce a preguntarnos ¿acaso el conviviente no es aquella persona a quien el propietario le ha otorgado su consentimiento a los efectos de que viva junto a él?, ¿del ejercicio de la facultad concedida en el artículo 64 no se infiere la existencia de un derecho real de habitación?

La constitución tácita del derecho real de habitación no se interpreta exclusivamente del contenido de los mencionados artículos 64, 65 y de la Disposición Transitoria Tercera de la LGV. La nueva redacción de los artículos 77 apartado 4 y 81 apartado 5 de la propia Ley, consecuencia de la entrada en vigor del Decreto Ley No.288/11“Modificativo de la Ley No.65/88”, concede por mandato legal un derecho de habitación a favor de los ocupantes de la vivienda que se hayan mantenido en ella al menos por 5 años, con el consentimiento del propietario antes de su fallecimiento o salida definitiva del país, con lo que se amplía el sentido y alcance jurídico del término “ocupación”, empleado desde la entrada en vigor de la Ley de Reforma Urbana hasta la LGV vigente para la adquisición de la propiedad de viviendas del régimen de propiedad personal.

A grandes rasgos, podemos concluir que el derecho real de habitación se constituye en Cuba de forma voluntaria y legal. Será voluntaria cuando ocupantes principales - propietarios, arrendatarios y usufructuarios- opten por ejercer la facultad descrita en el artículo 64 de la Ley No.65/88 y será legal cuando se aplican los artículos 65, 77 apartado 4, 81 apartado 5 y la Disposición Transitoria Tercera todos de la propia normativa. Como causas de extinción pudieran citarse: 1) por voluntad del habitacionista, 2) cese de convivencia declarado por la Dirección Municipal de la Vivienda a solicitud del ocupante principal mediante resolución, siempre que este habitador no se encuentre dentro de las excepciones del artículo 65 o de los supuestos de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley No.65/88, y ratificado por decisión judicial en proceso administrativo, 3) pérdida de la condición de arrendatario o de usufructuario en determinados supuestos, *V.gr.* Disposición Especial Segunda de la Resolución No.38/98 y el artículo 33 inciso d) de la Resolución No.V-002/14 “Reglamento de viviendas vinculadas y medios básicos”.

El elemento subjetivo se manifiesta de la siguiente manera:

- Sujeto activo: el habitador o habitacionista, que serían los convivientes de ocupantes principales a tenor de los artículos 64 y 65, así como los ocupantes descritos en los artículos 77 apartado 4 y 81 apartado 5, además de las personas que se encuentren en los supuestos regulados por la Disposición Transitoria Tercera, todos de la LGV.
- Sujeto pasivo: serían los ocupantes principales, esto es, el propietario de una vivienda del régimen de propiedad personal, así como el arrendatario y el usufructuario de inmuebles del régimen de propiedad estatal.³³²

El elemento objetivo se conforma de los cuartos, habitaciones o accesorias y las viviendas o parte de las mismas que pertenezcan al régimen de propiedad personal y estatal. El contenido de este derecho real no está definido en la normativa vigente, pero del concepto se infiere que los titulares gozarán del uso de la vivienda ajena o de la parte de ella asignada por los sujetos pasivos de la relación jurídica sobre bienes. No obstante, es preciso la construcción jurídica de las facultades y obligaciones que deben ostentar los habitacionistas como sujetos de relaciones jurídicas sobre bienes, previo reconocimiento legal del derecho de habitación, máxime si partimos de considerar que el ordenamiento jurídico cubano asume el sistema *numerus clausus*.³³³

Por tanto, sería prudente la inclusión en el Código Civil vigente de un Capítulo, seguido del destinado al derecho de usufructo, para determinar el contenido de este derecho real de aprovechamiento y con ello, la posterior modificación de las restantes legislaciones especiales que lo regulan según corresponda.³³⁴ Este capítulo comprendería el concepto del derecho de habitación, sus límites y limitaciones, cuáles personas integran la familia del habitador, los derechos y obligaciones del titular, modo de constitución, causas de

³³² Es preciso resaltar que los arrendatarios y usufructuarios de viviendas de propiedad estatal no han de catalogarse titulares del derecho de habitación porque la legislación especial le concede otras facultades además de la establecida en el artículo 64 de la LGV. *V.gr.* Los arrendatarios podrán ocupar la vivienda durante todo el término del arrendamiento; solicitar la transferencia de la propiedad de la vivienda cuando tuviere derecho a ello; permutar la vivienda o ceder los derechos al arrendamiento de la misma previa aprobación de la Dirección Municipal de la Vivienda. Los usufructuarios gratuitos de cuarto o habitación o accesorio podrán permutar, solicitar la propiedad cuando por motivo de asignación por colindancia de uno o más cuartos convierta el inmueble en una vivienda mediante la construcción por esfuerzo propio, entre otras. *Cfr.* Artículo 52 de la Ley No. 65 “Ley General de la Vivienda” de 23 de diciembre de 1988, el artículo 34 de la Resolución No.V-002/14 “Reglamento de viviendas vinculadas y medios básicos” y la Resolución No. 38 de 1998 “Reglamento de los cuartos, habitaciones o accesorias”.

³³³ De regularse el derecho de habitación en el Código Civil vigente, resultaría aplicable al mismo, el artículo 178 del propio cuerpo legal, que establece: *la propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión.*

³³⁴ Una vez regulado el derecho de habitación en el Código Civil vigente, sería prudente valorar la sustitución de los términos “conviviente” y “ocupante” empleados en los artículos 64; 65; 77 apartado 4 y 81 apartado 5 y en la Disposición Transitoria Tercera, todos de la LGV, por el de “habitador” o “habitacionista”.

extinción, entre otros particulares básicos, de esta forma se le otorga seguridad jurídica al titular del derecho de habitación y se contribuye al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano.³³⁵

IV. Conclusiones

Primera: El derecho real de habitación le permite al titular y a su familia satisfacer una necesidad particular mediante la ocupación total o parcial y de modo gratuito de una casa ajena o alguno de sus locales o habitaciones. Su existencia se remonta a épocas antiguas, siendo confundido por su similitud con el usufructo y el uso, bajo la denominación de "servidumbres personales", prevaleciendo en la actualidad con características propias.

³³⁵ Ofrecemos la siguiente propuesta de regulación del derecho real de habitación en el Código Civil cubano:

Capítulo III “Habitación”

Artículo 1.1. El derecho de habitación permite el uso gratuito de una casa ajena o de las piezas necesarias de esta para satisfacer una necesidad habitacional del titular y su familia, con la obligación de conservar su forma y sustancia.

2. Los derechos y obligaciones del habitacionista son los que determina el título constitutivo del derecho de habitación.

Artículo 2.1. La habitación se limita a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social.

2. La familia comprende al cónyuge, a los descendientes sobre los que tenga el habitacionista la guarda y cuidado, los ascendientes que dependan económicamente de este y aquellas personas que así lo determinen el título de su constitución o la ley.

Artículo 3.1. El derecho de habitación es intransmisible y no puede ser objeto de gravamen, a menos que del título resulte otra cosa.

2. El habitador no puede arrendar o enajenar objeto alguno de aquellos sobre los que se extiende el ejercicio de su derecho.

Artículo 4. El que tiene el derecho de habitación de una casa debe contribuir con los gastos necesarios para la conservación del inmueble, en correspondencia a la parte de la casa que ocupe.

Artículo 5. El derecho de habitación se concede solo a personas naturales, según el término establecido en el título de su constitución o en la ley.

Artículo 6. Además de las causas generales de extinción de las relaciones jurídicas, el derecho de habitación se extingue por:

- a) Muerte del Habitador;
- b) Renuncia del Habitador;
- c) Por cumplimiento del término establecido en el título de su constitución o en la ley;
- d) Por abuso grave de la habitación, el cual es calificado por un juez;
- e) Por resolución del derecho de habitación del constituyente.

Artículo 7. Las disposiciones que regulan el derecho de usufructo son aplicables en lo pertinente al derecho de habitación.

Segunda: Países latinoamericanos que adoptan el sistema jurídico romano-francés, admiten en su normativa interna el derecho de habitación como un desmembramiento del derecho de propiedad, de carácter temporal, intransmisible, vitalicio y personalísimo, constituido sobre una casa-habitación, que puede ocuparse en su totalidad o solamente algunas piezas, sin alterar su forma y substancia, distinto de otros derechos reales de aprovechamiento limitado como el usufructo y el uso, así como del arrendamiento por su naturaleza crediticia y onerosa.

Tercera: El derecho de habitación en Cuba fue regulado por el Código Civil español de 1888, cuerpo normativo que unificó en lo posible las figuras del usufructo, uso y habitación, de ahí que el derecho de habitación como forma particular de uso o un usufructo restringido no fuera concebido exclusivamente de modo gratuito. A partir de la aprobación de la Ley No.59/87 “Código Civil” desaparece de modo expreso y se retoma tácitamente su contenido en el sistema inmobiliario cubano con mayor connotación en la Ley No.65/88 “Ley General de la Vivienda”, modificada por el Decreto Ley No.288/11.

Cuarta: De la interpretación de los artículos 64, 65, 77 apartado 4, 81 apartado 5 y la Disposición Transitoria Tercera de la “Ley General de la Vivienda” se infiere la existencia de un derecho de habitación, lo que requiere su reconocimiento expreso en el Código Civil actual y posteriormente en la normativa administrativa vigente, a fin de otorgar seguridad jurídica a los titulares de este derecho, mediante la regulación del conjunto de facultades y obligaciones que le son pertinentes en el uso y disfrute de una casa ajena o habitaciones de esta, contribuyendo de esta forma al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano, en consonancia con el sistema *numerus clausus* adoptado por el propio Código Civil vigente.

Referencias bibliográficas

C. AUBRY y C. RAU: *Cours de droit civil Francais*, T.II, 4ta Edición, 2000.

CANTÓN BLANCO, LUIS E.: *Conferencias de Propiedad y Derechos Reales*, ENPES, La Habana, Cuba, 1980.

COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho Notarial*, T III, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2008.

COLECTIVO DE AUTORES: *Elementos de Derecho Civil, III Derechos Reales, Posesión y Propiedad*, Volumen primero, Madrid, 2008.

COLECTIVO DE AUTORES: *Elementos de Derecho Civil, III Derechos Reales, Derechos Reales Limitados, Situaciones de Cotitularidad*, Volumen segundo, Madrid, 2008.

COLÍN, AMBROSIO y CAPITANT, HENRY: *Curso elemental de Derecho Civil*, T I, Editorial REUS, S. A., Madrid, 1925.

D. MOLINARIO, ALBERTO: *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, Editora La Ley S.A, Buenos Aires, Argentina, 1965.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, RODOLFO: *La nueva Ley General de la Vivienda*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003.

DIEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Instituciones de Derecho Civil*, v-II, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

DIHIGO, ERNESTO y TRIGO LÓPEZ: *Derecho Romano*, Tomo II, Parte 1, Editorial Félix Valera, La Habana, Cuba, 2006.

ESPINOSA JIMÉNEZ, MELQUIADES M. y REBECA HERNÁNDEZ MARTÍNEZ: *Ley General de la Vivienda, Ley 65/88, Concordada y anotada con las disposiciones complementarias del Instituto Nacional de la Vivienda, las provenientes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y las sentencias de la Sala de la Especialidad del propio máximo órgano de Justicia, así como comentada con criterios de la doctrina científica*, Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, 2009.

GATTI, EDMUNDO Y H. ALTERINI, JORGE: *El Derecho Real. Elementos para una Teoría General*, Buenos Aires, Argentina, 1998.

VODANOVIC H., ANTONIO: *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Parte Preliminar y General, España, 1990.

L. ALLENDE, GUILLERMO: *Panorama de derechos reales*, Argentina, 1999.

MARIANI DE VIDAL, MARINA: *Derechos Reales*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 2004.

MUSTO, NÉSTOR JORGE: *Derechos reales*, Tomo II, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, Argentina, 2000.

RAPA ÁLVAREZ, VICENTE: *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, Última edición, Editorial Félix Valera, La Habana, Cuba, 1999.

RIVERO VALDÉS, ORLANDO, (coordinador), et al.: *Temas de Derecho Reales*, Editorial Félix Valera, La Habana, Cuba, 2001.

RODRÍGUEZ SAIF, MARÍA JULIA Y ZULIA FIGUEREDO SÁNCHEZ: *La vigencia del pensamiento político jurídico del alegato de autodefensa La Historia me Absolverá*, Conferencia Científica Nacional, Cuba, 2002.

Legislaciones:

- Internacionales:

Código Civil: doctrina, jurisprudencia, bibliografía, 1era edición, Santa Fe, Dr. Julio César Rivera, Editores Rubinzal-Curzoni, Argentina, 2004.

Código Civil de España de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre del mismo año, disponible en: www.cug.co.cu, consultado en fecha 4 de abril de 2014.

Ley No. 14 de julio de 1893 “Ley Hipotecaria para las provincias de Ultramar”, Edición oficial Madrid, disponible en: www.cug.co.cu, consultado en fecha 4 de abril de 2014.

Código Civil de España de 1888 con la reforma introducida por la Ley 54/07 de 28 de diciembre, concordado por Francisco Javier Fernández Urzainiqui, 19ª edición, Editorial Aranzadi S. A, Thompson Reuters, España, Septiembre de 2009.

Código Civil de Ecuador de 1970, codificación publicada en el Suplemento de R.O. No.46, 24 de junio de 2005, disponible en: www.ecuamundo1.com/lex-dura-lex/c%C3%B3digo-civil-ecuatoriano, consultado en fecha 18 de mayo de 2014.

Código Civil de Venezuela de 6 de julio de 1982, disponible en: www.fd.cug.co.cu, consultado el 24 de Abril de 2014.

Decreto Legislativo No. 295 “Código Civil” de 24 de julio de 1984, comentado por los 100 mejores especialistas, Perú, 2004.

Código Civil Federal de México, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última modificación del 24 de diciembre de 2013.

Código Civil de Colombia de 10 de julio de 2004 disponible en: www.cug.co.cu, consultado el 24 de Abril de 2014.

- Nacionales:

Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812, disponible en: www.cervantesvirtual.com, consultado el 24 de Marzo de 2014.

Constitución de Guáimaro de la República de Cuba de 10 de abril de 1869, disponible en: www.cug.co.cu, consultado el 27 de Marzo de 2014.

Constitución de Baraguá de 23 de marzo de 1878, disponible en: www.cug.co.cu, consultado el 1 de Abril de 2014.

Constitución de Jimaguayú de 16 de septiembre de 1895, disponible en: www.cug.co.cu, consultado el 10 de Abril de 2014.

Constitución de la Yaya de 30 de octubre de 1897, disponible en: www.fd.cug.co.cu, consultado el 16 de Abril de 2014.

Constitución de la República de Cuba de 21 de febrero de 1901, en PICHARDO, HORTENSIA, *Documentos para la Historia de Cuba*, Tomo 2, Ed. Ciencias Sociales, Cuba, 1969.

Constitución de la República de Cuba de 1 de Julio de 1940, en PICHARDO, HORTENSIA, *Documentos para la Historia de Cuba*, Tomo 1, Ed. Ciencias Sociales, Cuba, 1969.

Ley Fundamental de 7 de Febrero de 1959, disponible en: www.cug.co.cu, consultado el 24 de Abril de 2014.

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero 1976, Ed. Política, 1999.

MINJUS: “Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976 reformada en 1992”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria no. 7, de 1 de agosto de 1992, La Habana, 2001.

MINJUS: “Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976”, reformada en 1992 y 2002, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria no. 3, de 31 de enero, La Habana, 2003.

Código Civil español de 11 de mayo de 1888, concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975, publicación oficial del Ministerio de Justicia, 1975.

Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, en CANTÓN BLANCO, LUIS E., *Conferencia de Propiedad y Derechos Reales*, ENPES, La Habana, 1980.

Ley No. 48 “Ley General de la Vivienda” de 27 de diciembre de 1984, disponible en: www.gacetaoficial.cu consultado el 3 de marzo de 2014.

Ley No. 59 Código Civil de 16 de julio de 1987, anotado y concordado por PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2011.

Ley No. 65 “Ley General de la Vivienda” de 23 de diciembre de 1988, actualizada, anotada y concordado por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia, Editorial del Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

MINJUS: Decreto- Ley No.288, modificativo de la ley 65, Ley General de la Vivienda, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria no.35, de 2 de noviembre, La Habana, 2011.

MINJUS: Decreto-Ley No.322, modificativo de la Ley No.65 de 23 de diciembre de 1988 “Ley General de la Vivienda”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinario no.40, de 5 de septiembre, La Habana, 2014.

Resolución No. RU-15, de fecha 25 de junio de 1973, dictada por el Ministro de Justicia en *Leyes y disposiciones legales vigentes sobre Reforma Urbana*, MINJUS, 1975.

Resolución No. 58 “Reglamento de las viviendas vinculadas y medios básicos” de 17 de abril de 1987, disponible en: www.gacetaoficial.cu consultado el 3 de marzo de 2014.

MINJUS: Resolución No. 38 de 1998 “Reglamento de los cuartos, habitaciones o accesorias”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria, de 16 marzo, La Habana, 1998.

MINJUS: Resolución No.V-001/14 “Reglamento de la Ley General de la Vivienda” que entró en vigor en enero de 2015, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinario no.40, de 5 de septiembre, La Habana, 2014.

MINJUS: Resolución No.V-002/14 “Reglamento de viviendas vinculadas y medios básicos” que entró en vigor en enero de 2015, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinario no.40, de 5 de septiembre, La Habana, 2014.

Instrucción No.4 de 29 de marzo de 1986, disponible en: www.gacetaoficial.cu consultado el 3 de marzo de 2014.

Circular No.2 de 18 de junio de 1985, disponible en: www.gacetaoficial.cu consultado el 3 de marzo de 2014.

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobado por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba el 18 de abril de 2011, en www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2011/05/folleto-lineamientos-vi-cong.pdf, consultado en fecha 6 de Enero de 2014.

Derecho de Autor e Informático

Notas sobre la Auditoría a las Tecnologías de la informática. Relación del Derecho y la Informática Jurídica.

Notes the auditing to the technologies of information technology. Its relation with the law and information technology

Alcides Francisco Antúnez Sánchez

Yolanda Soler Pellicer

Resumen

El trabajo recoge un eje temático álgido en su conceptualización y ejecución por los entes y agentes que realizan la auditoría a las tecnologías de la informática o de la información, como a los entes pasivos que son objeto de la misma (personas naturales y jurídicas). Hacemos un recorrido por los comienzos de la actividad de la auditoría en Cuba desde sus inicios, tomando como punto de referencia el siglo XX hasta el actual. Ello se hace en relación con la actividad que ejercitan los órganos de control y los organismos de la Administración Pública en Cuba, la base jurídica en que se sustenta la Auditoría a las Tecnologías de la información como auditoría tipo o como complemento de la Auditoría de Sistema dentro de la acción del control gubernamental, hasta la actividad de la Contraloría General de la República.

Nos permitió conocer a través de las indisciplinas que existen, que pueden llegar a ser objeto de aplicación de medidas en el orden administrativo-laboral, y del derecho administrativo sancionador y las que corresponden a la responsabilidad penal si existieren, luego de la revisión y estudio de documentos relacionados con la temática abordada. Aunque en este último aspecto exponemos que la legislación penal en Cuba hay que continuar atemperándola con los actuales tendencias a la comisión de los delitos informáticos, al igual para las figuras contravencionales ya existentes.

Palabras clave

Auditoría, cibernética, informática jurídica, contraloría.

Abstrac

A thematic algid axle in his conceptualization and execution for the entities and agents gathers the work that they accomplish the auditing to the technologies of information technology or of the information, like the passive entities that are the same object (natural and juridical people). We make out a journey for the beginnings of the activity of the auditing in Cuba from its beginnings taking like reference point the century XX to the present-day; Relating to the activity that the agencies of control and the organisms of the Public Administration in Cuba, the juridical base in that the Auditing is held to the Information Technologies like auditing exercise type or like complement of Sistema's Auditing within the action of the governmental control to the activity of the General Comptrollership of the Republic.

You allowed knowing through the indisciplines that exist, that they can get to be object of application of measures in the administrative labor order, and of the administrative right sancionador and them that they reciprocate the criminal liability yes existieren, right after revision and study of documents related with the discussed subject matter. Although in this last aspect we expose that the penal legislation in Cuba is necessary to continue moderating with the present-day Its tendencies to the commission of the information-technology crimes, to the equal for the figures right now existent contravencionales.

Key words

Auditing, cybernetics, juridical information technology, comptrollership

Introducción

Para introducirmos en esta temática es importante partir del significado que entre el Derecho y la Informática (Iuscibernética), se podrían apreciar entre otras, dos importantes tipos de interrelaciones. Si se toma como enfoque el aspecto netamente instrumental, se está haciendo referencia a la informática jurídica. Pero al considerar a la informática como objeto del Derecho, se hace alusión al Derecho de la Informática o simplemente Derecho Informático. Por tanto la cibernética juega un papel bastante importante en estas relaciones establecidas como ya antes señalamos. Sabemos que la

cibernética es la ciencia de las ciencias, y surge como necesidad de obtener una ciencia general que estudie y trate la relación de las demás ciencias.

Entonces ¿qué es la cibernética?, etimológicamente la palabra cibernética proviene de la voz griega kibernetes piloto, y Kibernes, que aluden al acto de gobernar; y relaciona la función cerebral con respecto a las máquinas.

La Enciclopedia Interactiva Santillana nos señala que: la Cibernética es una "Ciencia que estudia comparativamente los sistemas de comunicación y de regulación automática o control en los seres vivos y en las máquinas.³³⁶ Fue fundada en 1948 por Norbert Wiener³³⁷. Los métodos cibernéticos, basados en el feed back o realimentación, se ocupan de los procesos de transformación de un estímulo exterior en información (entrada) y de la reacción del sistema mediante una respuesta (salida). Pueden aplicarse por igual a la biología y a máquinas complejas, como las computadoras electrónicas, así como a la lingüística, la economía, la teoría de la información, etc."

Por lo tanto, la informática puede verse como una ciencia dentro de la cibernética. Siendo importante resaltar que: "El sentido moderno del vocablo cibernética radica en el énfasis especial que pone sobre el estudio de las comunicaciones, mensajes y, la forma cómo se encuentran regulados internamente todos los sistemas de comunicación, ya sean biológicos, sociales o, sino sobre las máquinas que imitan procesos de regulación u ordenación, cálculo, comparación lógica, búsqueda de objetivos, etc., como en el caso de las computadoras, autómatas, proyectiles o cohetes teledirigidos, etc. Debido a este aspecto especial de estudiar las comunicaciones y sus regulaciones internas, es que en términos generales se puede decir que la cibernética se refiere a los mensajes usados entre hombres y máquinas, entre máquinas y hombres y entre máquinas y máquinas".

Podría entenderse al anterior punto de vista como la cibernética en su stricto sensu, para poder entonces hacer un segundo enfoque acerca de la misma pero en su otro aspecto, es decir, en su lato sensu, que la determina como la ciencia de ciencias, conformándose entonces en una ciencia general que estudia y relaciona a las demás ciencias. Siendo su punto de partida como tema en movimiento de estudio, el artículo publicado en 1938

³³⁶ Por el Doctor en Derecho. Héctor Ramón Peñaranda Quintero. (Abogado–Magíster en Gerencia Tributaria – Doctor en Derecho – Presidente de la Organización Mundial de Derecho e Informática –Autor del Libro IUSCIBERNÉTICA: Interrelación entre el Derecho y la Informática, Juez del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia)Maracaibo – Venezuela.

³³⁷ Ibidem. 1

por Louis Couffignal en la revista Europe.³³⁸ Este movimiento fue desarrollándose poco a poco, especialmente en Estados Unidos, y se enfocó en formas de investigaciones médicas, tuvo una gran influencia por la segunda guerra mundial, que llenó de iniciativa a este grupo de investigadores a desarrollar técnicas relacionadas con armas automáticas, que pudiesen ayudar a los hombres en la guerra.

La Cibernética como término tuvo su origen en Estados Unidos en 1948, cuando un notable matemático Norbert Wiener, escribió un libro llamado Cibernética³³⁹; donde dio a conocer el nombre y su contenido; explicando que este *término constituye una nueva ciencia que tiene como finalidad a la comunicación y lo relativo al control entre el hombre y la máquina*. Por lo que debemos significar que los principales factores que dieron origen a la cibernética, fueron:

- *Factor Social: Esta ciencia nace como un auxilio para la comunidad debido a los duros tiempos que ésta experimentó. Así pues, nace la cibernética, tratando como ciencia de buscar mecanismos que ayudasen a incrementar la producción y consecuentemente el capital.*
- *Factor técnico-científico: En este caso los movimientos o ciencias tecnológicas e igualmente los pensamientos científicos al interrelacionarse se dieron cuenta que su eficacia y desenvolvimiento eran más positivos, es entonces, cuando estas reuniones y encuentros dieron lugar a avances que tenían como sustento una nueva ciencia que se constituyó en la cibernética.*
- *Factor histórico: Es desde este punto de vista, que la cibernética surge por la necesidad de la existencia de una ciencia de ciencias, que controle, relacione a todas las demás.*

La cibernética está dividida en cinco sectores, que son:

- *La teoría de los Sistemas: Este sector se ocupa de dictaminar la estructura interna, relaciones tipologías, entre otros objetivos, de los sistemas, basándose en técnicas matemáticas.*
- *La Teoría de la Información: Se ocupa de las reglas y mecanismos para la elaboración y transmisión de la información.*

³³⁸ *Ibídem* .

³³⁹ *Ibídem* 1

- *La Teoría de la Regulación o de Control: Abarca la regulación automática de los sistemas activos o dinámicos.*
- *La Teoría de los Juegos: Se encarga de analizar los comportamientos óptimos de un sistema determinado, en un estado conflictual concreto.*
- *La Teoría de los Algoritmos: Los algoritmos constituyen un conjunto de reglas y procedimientos determinados que describen la solución de un problema en la medida de un número específico de operaciones. Entonces, esta teoría tiene como finalidad la formulación de reglas y procedimientos para resolver un problema concreto (en las computadoras).*

Por tanto, otro aspecto importante para los autores es destacar el nacimiento de la iuscibernética, la que surge a raíz de la aparición y desarrollo de la cibernética, disciplina que ha sido objeto de varios nombres, sin embargo el más acogido ha sido el de iuscibernética que fue propuesto en 1968 por Mario Lossano³⁴⁰. Parte entonces con la idea de ver al sistema jurídico dentro de la cibernética, como ciencia general. En el anterior enfoque se pueden distinguir ciertos aspectos de investigación que se constituyen en sí en otras disciplinas dentro de la iuscibernética. De esta manera encontramos a la jurimetría, a la informática jurídica, a la modelística jurídica y al derecho informático.

- ***La Jurimetría:*** *Disciplina que tiene como propósito o razón la posibilidad de la sustitución del Juez por la computadora, finalidad que por los momentos es inaceptada, simplemente porque a través de la jurisdicción se emana una sentencia, y para ello, qué mejor candidato que un ser humano que por supuesto tiene el sentido racional, con lo que pueda acudir al sistema de integración y poder a través de las interpretaciones y lógica jurídica dar una sentencia llena de la interrelación de la paz y la justicia, para lograr verdaderas sociedades, verdaderas democracias y libertades.*
- ***La informática Jurídica:*** *Disciplina que sostiene ya no la sustitución del juez por las computadoras sino la ayuda en la función jurisdiccional por las computadoras, pudiéndose obtener más eficaz y eficientemente la información jurídica.*
- ***La Modelística Jurídica:*** *Esta disciplina viene a ser como una híbrida resultante de las anteriores, simplemente porque en la Modelística Jurídica encontramos dos posiciones que dan origen a dos disciplinas, que son la Modelística en abstracto y en concreto. La primera, tiene un carácter teórico y relaciones existentes en*

³⁴⁰ Ibídem 1

un ordenamiento jurídico y entre ordenamientos jurídicos. Y la segunda, trata de producir una teoría que sustituya en todo o en parte la actuación del hombre (el jurista u Órgano Subjetivo Jurisdiccional) por las computadoras. La modelística jurídica como se mencionó con antelación sirve también de ayuda a la función pública del juez para dictar la sentencia. Por cuanto la modelística en abstracto estudia las relaciones existentes en el ordenamiento jurídico interno, y entre los ordenamientos jurídicos externos del derecho comparado. Porque en el ordenamiento jurídico interno a través de la modelística y de la informática jurídica, el juez aplica con mayor prontitud la hermenéutica jurídica en la interpretación de la ley por auto integración. Por ejemplo, el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, dice que el poder que se otorgue para actuar en juicio debe ser auténtico, pero no dice la ley cómo se debe otorgar el poder en una Oficina Pública para que sea auténtico. Sin embargo el artículo 927 del Código de Procedimiento Civil Venezolano establece los requisitos que se deben llenar para que el documento sea auténtico.

- **Derecho Informático:** Es una ciencia que se desprende del Derecho, para el estudio no solo de las normas jurídicas que dictaminan y regulan el ambiente informático, sino que también abarca en ese estudio a todo el material doctrinario y jurisprudencial que trate esta materia, para lograr un mejor control, aplicación y vigencia del ámbito informático.

Por lo que podemos afirmar que hay una relación del conocimiento y su aplicación del derecho-informático para juristas e informáticos (Iuscibernética) con dos importantes tipos de interrelaciones. Si se toma como enfoque el aspecto netamente instrumental, se está haciendo referencia a la informática jurídica. Pero al considerar a la informática como objeto del Derecho, se hace alusión al Derecho de la Informática o simplemente Derecho Informático. La cibernética juega un papel bastante importante en estas relaciones, si decimos que la cibernética es la ciencia de las ciencias, y surge como necesidad de obtener una ciencia general que estudie y trate la relación de las demás ciencias.

De esta manera, tenemos a la ciencia informática y, por otro lado, a la ciencia del derecho; ambas disciplinas interrelacionadas funcionan más eficiente y eficazmente, por cuanto el derecho en su aplicación, es ayudado por la informática; pero resulta que ésta debe de estar estructurada por ciertas reglas y criterios que aseguren el cumplimiento y respeto de las pautas informáticas; así pues, nace el derecho informático como una ciencia que surge a raíz de la cibernética, como una ciencia que trata la relación derecho

e informática desde el punto de vista del conjunto de normas, doctrina y jurisprudencia, que van a establecer, regular las acciones, procesos, aplicaciones, relaciones jurídicas, en su complejidad, de la informática. Pero del otro lado encontramos a la informática jurídica que ayudada por el derecho informático hace válida esa cooperación de la informática al derecho.

En efecto, la informática no puede juzgarse en su simple exterioridad, como utilización de aparatos o elementos físicos electrónicos, pura y llanamente; sino que, en el modo de proceder se crean unas relaciones inter subjetivas de las personas naturales o jurídicas y de entes morales del Estado, y surgen entonces un conjunto de reglas técnicas conectadas con el Derecho, que vienen a constituir medios para la realización de sus fines, ética y legalmente permitidos; creando principios y conceptos que institucionalizan la Ciencia informática, con autonomía propia. Esos principios conforman las directrices propias de la institución informática, y viene a constituir las pautas de la interrelación nacional-universal, con normas mundiales supra nacionales y cuyo objeto será necesario recoger mediante tratados públicos que hagan posible el proceso comunicacional en sus propios fines con validez y eficacia universal.

El derecho informático y la informática jurídica como verdaderas ciencias: Partimos desde un análisis de los conceptos: Ciencia, Informática jurídica y Derecho Informático. Según la Real Academia Española la Ciencia es: "*El conocimiento cierto de las cosas por sus principios y causas. //2. Cuerpo de doctrina metódicamente formado y ordenado que constituye un ramo particular del humano saber...//4. Habilidad, maestría, conjunto de conocimientos en cualquier cosa*". Sin duda alguna, que tanto la informática jurídica como el derecho informático constituyen conocimientos, principios, doctrinas, que catalogan a estas disciplinas como ciencias, que tienen como marco estricto a la iuscibernética y como marco amplio a la cibernética.

Entonces ¿qué es la informática jurídica? es una ciencia que estudia la utilización de aparatos o elementos físicos electrónicos, como la computadora, en el derecho; es decir, la ayuda que este uso presta al desarrollo y aplicación del derecho. En otras palabras, es ver el aspecto instrumental dado a raíz de la informática en el derecho.

¿Qué es el derecho informático o derecho de la informática? El derecho informático es la otra cara de la moneda. En esta moneda encontramos, por un lado, a la informática jurídica, y por otro entre otras disciplinas encontramos el derecho informático; que ya no se dedica al estudio del uso de los aparatos informáticos como ayuda al derecho, sino que constituye el conjunto de normas administrativas, aplicaciones, procesos, relaciones

jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática. Es decir, que la informática en general desde este punto de vista es objeto regulado por el derecho, en especial el autor considera al derecho administrativo y luego el derecho informático. Ahora bien, la informática jurídica constituye una ciencia que forma parte del ámbito informático, demostrando de esta manera que la informática ha penetrado en infinidad de sistemas, instituciones, etcétera; y prueba de ello es que ha penetrado en el campo jurídico para servirle de ayuda y servirle de fuente.

Por lo tanto, la informática jurídica puede ser considerada como fuente del derecho, criterio propio que tal vez encuentre muchos tropiezos debido a la falta de una adecuada cultura informática que aún no existe en el país. Al penetrar en el campo del derecho informático, se obtiene que también constituya una ciencia, que estudia la regulación normativa de la informática y su aplicación en todos los campos. Pero, cuando se dice derecho informático, entonces se analiza si esta ciencia forma parte del derecho como rama jurídica autónoma; así como el derecho es una ciencia general integrada por ciencias específicas que resultan de las ramas jurídicas autónomas, tal es el caso de la civil, penal y contencioso administrativo. La Informática Jurídica y el Derecho informático tienen sus propios principios.

Nos cuestionamos entonces ¿Es el derecho informático una rama del derecho? Al respecto, según encuentros sobre informática realizadas en Facultades de Derecho en España a partir de 1987, organizados por ICADE, siempre surgían problemas a la hora de catalogar al Derecho Informático como rama jurídica autónoma del derecho o simplemente si el derecho informático debe diluirse entre las distintas ramas del derecho, asumiendo cada una de estas la parte que le correspondiese. Por exigencias científicas, por cuanto un conjunto de conocimientos específicos conllevan a su organización u ordenación, o por razones prácticas que llevan a la separación del trabajo en vías de su organización, se encuentra una serie de materiales de normas legales, doctrina, jurisprudencia, que han sido catalogadas y ubicadas en diversos sectores o ramas. Dicha ordenación u organización del derecho en diversas ramas, tiene en su formación la influencia del carácter de las relaciones sociales o del contenido de las normas, entonces se van formando y delimitando en sectores o ramas, como la del derecho civil, penal, constitucional, contencioso administrativo, sin poderse establecer límites entre una rama jurídica y otra por cuanto, existe una zona común a todas ellas, que integran a esos campos limítrofes. De manera que esta agrupación u ordenación en sectores o ramas da origen a determinadas Ciencias Jurídicas, que se encargan de

estudiar a ese particular sector que les compete. Para un mejor análisis y comprensión de esta situación, consideramos necesario mencionar las bases que sustentan a una rama jurídica autónoma, y al respecto se encuentran:

- *Una legislación especificada (campo normativo).*
- *Estudio particularizado de la materia (campo docente).*
- *Investigaciones, doctrinas que traten la materia (campo científico).*
- *Instituciones propias que no se encuentren en otras áreas del derecho (campo institucional).*

Ahora bien, ¿qué sucede con el derecho informático? generalmente el nacimiento de una rama jurídica surge a consecuencia de cambios sociales reflejados en las soluciones normativas al transcurso de los años. Pero resulta que, en el caso de la informática no hubo ese transcurrir del tiempo en los cambios sociales, sino que el cambio fue brusco y en poco tiempo, se lograron de esta manera sociedades altamente informatizadas, que sin la ayuda actual de la informática colapsarían.

No obstante, a pesar de esta situación existen países desarrollados como España en la Unión Europea, en los que sí se puede hablar de una verdadera autonomía en el derecho informático, haciendo la salvedad de que esta ciencia como rama jurídica apenas nace y se está desarrollando, pero se está desarrollando como una rama jurídica autónoma.

En el caso de la República Bolivariana de Venezuela como país integrante del ALBA y el MERCOSUR, aún son muy pocos los sustentos que encontramos para el estudio de esta materia, tal vez su aplicación se limita fundamentalmente a la aparición de libros con normativas (doctrina), y comentarios sobre derecho informático. Pero tal vez, sea más fácil para los abogados buscar esta normativa en las otras ramas del derecho, por ejemplo; acudirían al Código Civil para ver lo relativo a las personas (protección de datos, derecho a la intimidad, responsabilidad civil, entre otras).³⁴¹

³⁴¹ El ALBA es el espacio de encuentro de los pueblos y gobiernos que entienden que la América Latina y el Caribe conforma una Gran Nación, que sus países deben unirse para enfrentar conjuntamente los desafíos del presente y del futuro. La propuesta del ALBA la formuló el Presidente [Hugo Rafael Chávez Frías](#), en la III Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Asociación de Estados del Caribe, celebrada en la [Isla de Margarita](#), el 11 y [12 de diciembre de 2001](#). El Mercado Común del Sur (Mercosur), es una unión subregional integrada por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay Y Venezuela. Tiene como países asociados a Bolivia, Chile, Colombia, Perú, y Ecuador, además de México. Fue creado el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción, estableciendo:

Resulta, sin embargo, que esta situación no se acopla con la realidad informática del mundo, ya que existen otras figuras como los contratos electrónicos y documentos electrónicos como parte del derecho mercantil, que llaman a instituciones que pertenezcan a una rama autónoma del derecho.

En este orden de ideas, es menester entonces concluir con esta primera idea, que en el derecho informático sí existe legislación específica, que protege al campo informático, tal vez no con tanta trayectoria y evolución como la legislación que comprenden otras ramas del derecho, legislación basada en leyes, tratados y convenios internacionales, además de los distintos proyectos que se llevan a cabo en los entes legislativos de nuestras naciones, con la finalidad del control y aplicación lícita de los instrumentos informáticos.

Con respecto a las instituciones propias que no se encuentren en otras áreas del derecho (campo institucional), se encuentra el contrato informático, el documento electrónico, en el comercio electrónico, entre otras, que llevan a la necesidad de un estudio particularizado de la materia (campo docente), dando como resultado las Investigaciones, doctrinas que traten la materia (campo científico). En efecto, se pueden conseguir actualmente grandes cantidades de investigaciones, artículos, libros, e inclusive jurisprudencia que esté enmarcada en la interrelación entre el derecho y la informática, como se ha constatado en los Congresos Iberoamericanos de Derecho e Informática. Para una mejor apreciación de la importancia que tiene el Derecho Informático nos auxiliamos de una lista donde se escriben algunas de las instituciones del mundo en las que se investiga y trata la interrelación entre el derecho como ciencia y la informática como herramienta y ciencia:

Por lo tanto, es una certitud que no hay ni siquiera en un país donde el grado de informatización sea bajo para que se obvие la posibilidad de hablar del derecho informático como rama jurídica autónoma del derecho, si bien se puede llegar a ella, no sólo por la integración de las normas jurídicas, sino también por la heteroaplicación, cuando en un sistema jurídico existan vacíos legales al respecto, porque es de tomar en cuenta que ante el aumento de las ciencias de dogmática-jurídicas, el Derecho es un todo unitario, puesto que las normas jurídicas están estrechamente vinculadas entre sí ya sea por relaciones de coordinación o de subordinación, con lo que se concluye que para la solución de una controversia con relevancia jurídica, se puede a través de la experiencia jurídica buscar su solución en la integración de normas constitucionales,

administrativas, financieras, entre otros o llegar a la normativa impuesta por convenios o tratados internacionales que nos subordinan a la presión supranacional, sin dejar de reconocer la gran brecha que existe en el siglo XXI entre los países más ricos y los más pobres que no tienen acceso a estas tecnologías.³⁴²

Por otra parte, para la Organización Mundial de Derecho e Informática (OMDI), no hay excusa, ni siquiera en un país donde el grado de informatización sea bajo para que se obvie la posibilidad de hablar del derecho informático como rama jurídica autónoma del derecho, si bien se puede llegar a ella, no sólo por la integración de las normas jurídicas, sino también por la heteroaplicación, cuando en un sistema jurídico existan vacíos legales al respecto, porque es de tomar en cuenta que ante el aumento de las ciencias de dogmática-jurídicas, el Derecho es un todo unitario, puesto que las normas jurídicas están estrechamente vinculadas entre sí ya sea por relaciones de coordinación o de subordinación, con lo que se concluye que para la solución de una controversia con relevancia jurídica, se puede a través de la experiencia jurídica buscar su solución en la integración de normas constitucionales, administrativas, financieras, entre otros o llegar a la normativa impuesta por convenios o tratados internacionales que nos subordinan a la presión supranacional.³⁴³

1.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ACTIVIDAD DE LA AUDITORÍA EN CUBA: ¿qué es la auditoría? esta palabra procede del latín auditorius, y de esta proviene auditor, persona que posee la virtud de oír, y el diccionario lo considera u Revisor de Cuentas Colegiado; pero se asume que esa virtud de oír y revisar cuentas esta encaminada a la evaluación de la economía, a la eficiencia y a la eficacia en el uso de los recursos, así como el control de los mismos.³⁴⁴ Nosotros en el artículo pretendemos hacer un breve estudio de la base legislativa en que se sustenta la actividad de auditoría y control gubernamental en el país, de la legislación contraventiva en la materia, de los materiales bibliográficos en temas sobre el derecho e informática, temáticas económicas, financieras mercantiles; así como otras afines al objeto del artículo en cuestión.

³⁴² Héctor Ramón, Peñaranda Quintero: Iuscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática. **S.E, S.A.**

³⁴³ Ibídem número 1

³⁴⁴ Consultar el Manual del Auditor de la República de Cuba- Publicado por el extinto Ministerio de Auditoría y Control, en la actualidad estas funciones las ejecuta la Contraloría General de la República de Cuba. Sitio web: www.contraloriageneral.cu

Visión de la Auditoría en Cuba antes y después del triunfo de la Revolución.

En los primeros años de constituida la República, la función de fiscalización recayó en el MINISTERIO DE HACIENDA, creado por la Ley orgánica del Poder Ejecutivo de 1909. En el año 1950, de acuerdo con la Constitución de 1940, se crea un órgano denominado TRIBUNAL DE CUENTAS, con las funciones de fiscalización al patrimonio, los ingresos y los gastos del Estado y de los organismos autónomos y la ejecución de los presupuestos del estado, en las provincias y los municipios de la nación; así como asegurar el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones relativas a los impuestos, derechos y contribuciones, sin perjuicio de las facultades y atribuciones que se confieren al Ministerio de Hacienda Pública.

En 1953 es celebrado en La Habana el 1er Congreso Internacional de Entidades de Fiscalización Superior (INTOSAI). Ya en enero de 1959, con el cambio de la estructura económica del país, no se considera necesario mantener el Tribunal de Cuentas, cesando en sus funciones en 1960. Al año siguiente, el Ministerio de Hacienda, al promulgarse la Ley No. 943 de comprobación de gastos del Estado se crea la DIRECCION DE COMPROBACION, encargada de cumplir la fiscalización como acción de control del Estado.

Amparada esta función en la Constitución Cubana, la que dispone en su artículo 10 que: *“todos los órganos del estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad”*.³⁴⁵

En 1976, a través de la Ley 1323, se creó el Comité Estatal de Finanzas, que incluyó la dirección de comprobación realizando la función rectora en materia de auditoría estatal. En 1994, es extinguido este Comité Estatal de Finanzas y se fusiona al actual Ministerio de Finanzas y Precios. Con la creación el 25 de abril del 2001, a tenor del Decreto Ley número 219, es constituido el Ministerio de Auditoría y Control, como un organismo de la Administración Central del Estado y del Gobierno en materia de auditoría gubernamental, fiscalización y el control gubernamental; así como para regular, organizar, dirigir y controlar metodológicamente el Sistema Nacional de Auditoría. El cual tuvo su antecedente en la Oficina Nacional de Auditoría, la que surgió por el

³⁴⁵ Consultar texto constitucional disponible en el sitio oficial del Ministerio de Justicia de la República de Cuba. Página web: www.gacetaoficial.cu

Acuerdo No. 2914 del 30 de mayo de 1995 y posteriormente el Acuerdo No. 3287 del 24 de abril de 1998, adscripta al Ministerio de Finanzas y Precios, experiencia que trascurió producto del desarrollo alcanzado por el estado cubano socialista en el control económico y administrativo en materia de AUDITORIA ESTATAL. Sí tenemos en cuenta que en el país se está desarrollando la batalla de ideas y una de estas es el desarrollo de la informática dentro de los órganos, organismos y demás instituciones del estado cubano, explicitadas en los Lineamientos del 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba, aprobados en el 2012.³⁴⁶

Ya en el año 200 se crea la Contraloría General de la República de Cuba, por decisión del estado, concibiéndose como un nuevo órgano supremo de control, refrendado de esta forma en la Ley número 107, sin hacer cambios en la Ley suprema del país, el que en la actualidad se ocupa de ejercitar estas funciones, que a criterio del autor se mueven en el ámbito administrativo.³⁴⁷

Definiciones legales en materia de auditoría en Cuba:

Auditoría: verificación de una empresa o de cualquier otra entidad pública o privada que realice un auditor contable oficialmente reconocido, al objeto de llegar a formarse una opinión profesional sobre si sus cuentas expresan razonablemente la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, y de los resultados obtenidos por la entidad en un ejercicio económico determinado. La opinión profesional puede ser positiva o limpia, si muestra total conformidad con el contenido de las cuentas; con salvedades, si globalmente esta de acuerdo con ellas, excepto en determinados extremos; o negativa cuando muestra su disconformidad. Pueden ser externas o internas, según la realicen profesionales independientes del ente auditado o sean personas de la propia empresa.

Auditor: persona física o jurídica que se dedica a la auditoría. Su nombre proviene del latín auditor, oyente, y llegó al área hispanohablante de los países anglosajones. No puede ser contratado por una misma empresa por un espacio inferior a tres años o superior a nueve.³⁴⁸

³⁴⁶ Ibídem número 3.

³⁴⁷ Ibídem número 4.

³⁴⁸ Consultar Alcides, Antúnez Sánchez. Consideraciones teórico doctrinales sobre las herramientas de gestión ambiental. la auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del Siglo XXI en Cuba. **Revista DE JURE**. Revista Brasileira de Derecho. Ministério Público do Estado de Minas Gerais, **CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA**. www.mp.mg.gov.br/dejure. Belo Horizonte. Brasil. número 19 de 2012.

Auditoría Gubernamental: es la auditoría que realiza el gobierno central a los órganos y organismos de la Administración Central del Estado, a las instituciones financieras bancarias y no bancarias y a las organizaciones económicas estatales, así como a las entidades del sector cooperativo, las organizaciones, asociaciones, asociaciones económicas internacionales y demás entidades económicas, cuando reciban, por disposiciones gubernamentales, subsidios, subvenciones, ventajas, exenciones, concesiones o presten un servicio público o establezcan contratos o compromisos con el gobierno o con entidades estatales y a cualquier persona natural o jurídica que realice un actividad lucrativa y que esté sujeta a un obligación tributaria generada en el territorio nacional. En el caso que nos ocupa, por el Ministerio de Auditoría y Control.

Sistema nacional de auditoría: es un sistema conformado, además de por la actividad de auditoría del Ministerio de Auditoría y Control, por las unidades que integran el sistema de administración tributaria, las unidades centrales de auditoría interna de los órganos del estado y organismos de la Administración del Estado, las unidades de auditoría interna de las organizaciones superiores de dirección empresarial, los auditores internos de las organizaciones económicas y de otras formas de organización, que practiquen la auditoría independiente. Respecto al desarrollo, control y utilización de los recursos del Estado de que se dispone, incluyendo el uso de los sistemas de administración e información implantados, a partir del grado de economía, eficiencia, eficacia y transparencia, estableciendo las causas de los errores e irregularidades y recomendando las medidas correctivas al nivel que corresponde.

Son sujetos de auditorías:

- Órganos y organismos de la administración central del Estado.
- Organizaciones económicas estatales, instituciones financieras bancarias y no bancarias,
- Entidades del sector cooperativo, las organizaciones, asociaciones económicas internacionales y demás entidades económicas, cuando: reciban por disposiciones gubernamentales subsidios, subvenciones, ventajas, exenciones y concesiones; presten un servicio público; ó establezcan contratos o compromisos con el gobierno o con entidades estatales.
- Cualquier persona natural o jurídica que realice una actividad lucrativa y que este sujeta a una obligación tributaria generada en el territorio nacional,
- Embajadas y empresas mixtas radicadas en otro país cubanas.

Estando clasificadas por la norma jurídica en:

- De Gestión u operacional
- Financiera o de estados financieros,
- Fiscal,
- Especial,
- Temática,
- De sistema,
- De seguimiento o recurrente.
- De cumplimiento,
- Ambiental,
- De tecnologías de la información.

La acción de fiscalización: acto de verificación, inspección, investigación y comprobación que se realiza a órganos y organismos de la administración central del estado, a organizaciones económicas estatales y a dirigentes y funcionarios designados o aprobados por autoridad u órgano de gobierno facultado, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones estatales y de gobierno vinculadas con la actividad económico-financiera, preservar la disciplina y la integridad administrativa, así como, prevenir y detectar actos de corrupción administrativa, lo que se ejecuta de conformidad con los planes que se elaboren anualmente sobre la base de intereses estatales, y por quejas y denuncias de la ciudadanía vinculadas con la ilegalidad en el control y uso de los recurso del estado y actos de corrupción administrativa.

El control gubernamental: verificación por comisiones de trabajo que se constituyen a tales efectos con la participación de organismos de la administración central del estado, de la aplicación de la políticas de gobierno y el cumplimiento del plan y el presupuesto, por los organismos de la administración del estado y por las entidades de su sistema, lo que se ejecuta acorde a un plan aprobado anualmente por el consejo de ministros, incluyendo en este el seguimiento a los realizados en años anteriores.

2.- EL AUDITOR Y LA AUDITORIA A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN:

La auditoría gubernamental a las tecnologías de la información está basada en el examen de las políticas, procedimientos y utilización de los recursos informáticos, confiabilidad y validez de la información, efectividad de los controles en las áreas, las aplicaciones, los sistemas de redes y otros vinculados a la actividad informática, que

acorde a los tipos de auditoría la Contraloría General podrá solicitar especialista para que ejecuten esta acción de control en conjunto con otros Ministerios de la Administración Pública afines a la actividad. Según se dispone en normas legales, he aquí su nacimiento, y su objeto esencial.³⁴⁹

Nuestro criterio sobre los antecedentes de la Auditoría tipo en Cuba, objeto del artículo, está en Decreto Ley No. 159, en la auditoria denominada de gestión u operacional, la cual va al examen y evaluación que se realiza a una entidad para establecer el grado de economía, eficiencia en la planificación, control y uso de los recursos y comprobar la observancia de las disposiciones pertinentes, con el objetivo de verificar la utilización más racional de los recursos y mejorar las actividades y materiales examinadas.³⁵⁰

La auditoría a las tecnologías de la información, elementos conceptuales a saber:

Tecnologías de la información: Medios técnicos de computación o comunicación y sus soportes de información, que pueden ser empleados para el procesamiento, intercambio, reproducción o conservación de la información oficial.

Seguridad informática: conjunto de medidas administrativas, organizativas, físicas, técnicas, legales y educativas dirigidas a prevenir, detectar y responder a las acciones que puedan poner en riesgo la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información que se procesa, intercambia, reproduce o conserva, por medio de las tecnologías de la información.

En Cuba le corresponde al Ministerio del Interior, según se dispone en el Decreto Ley No. 199, en su artículo 45, realizar, la AUDITORIA A LA SEGURIDAD INFORMATICA y es el facultado en autorizar a otros órganos, organismos o entidades u otras personas naturales o jurídicas a realizarlas. Lo ejecuta en estos momentos a través de la OSRI.³⁵¹

Auditoría con informática: es el proceso de control y verificación del aparato económico de las empresas o entidades que presentan la actividad económica automatizada, etc. constituye la base sobre la que se sustenta el principio de practicar auditorias en las que se vincule de forma muy estrecha la practica tradicional con el empleo de las técnicas más avanzadas de la informática.

³⁴⁹ Ibídem no. 4. Para consultar la norma legal relacionada con el ejercicio de la auditoría en Cuba.

³⁵⁰ Ibídem no. 4. Para consultar la normativa jurídica en relación con la Ley de la auditoría en Cuba.

³⁵¹ Ibídem no.4. Consultar la normativa relacionada con el control que ejecuta este organismo de la Administración Pública en Cuba.

Auditoría a la seguridad informática: es el proceso de verificación y control mediante la investigación, análisis, comprobación y dictamen del conjunto de medidas dirigidas a prevenir, detectar y responder a acciones que pongan en riesgo la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información que se procese, intercambie, reproduzca y conserve por medio de las tecnologías de información.

Auditoría a los servicios informáticos: es la evaluación y prueba de confidencialidad de los sistemas, el análisis real de la existencia de los Principios de Control Interno aplicables a los Servicios informáticos o de su ausencia, si estos se aplican adecuadamente, y detectar deficiencias o violación de estos.³⁵²

Auditoría a la Gestión Informática: Es donde el auditor informático dictaminará sobre la economía, eficiencia y eficacia de la gestión económica, la que incluye temas como:

- *Análisis costo/beneficio.*
- *Calidad del software, hardware, servicios, información obtenida y organización.*
- *Necesidades cubiertas, etc.*

Plan de seguridad informática: documento básico que establece los principios organizativos y funcionales de la actividad informática en un órgano, organismo o entidad, a partir de las políticas y conjunto de medidas aprobadas sobre la base de los resultados obtenidos en el análisis de riesgo previamente realizado.

Plan de contingencia: documento básico contenido dentro del plan de seguridad informática, mediante el que se establecen las medidas para establecer y dar continuidad a los procesos informáticos ante una eventualidad o desastre.

Expresadas todas estas definiciones que constituyen parte de las disposiciones en el orden legal en materia de control en nuestro país, el órgano que como autoridad es competente para regular, dirigir y controlar la aplicación de la política del Estado y el Gobierno, es el Ministerio del Interior.

La función de la Contraloría General de la República, función por Ley dispuesta en la Ley No. 107, donde aparece la Auditoría de tecnologías de la información a las personas naturales y jurídicas en el país. Por lo que la auditoría a las Tecnologías de la Información puede ser una auditoría técnicamente pura o puede ser un complemento de la auditoría de sistemas que se realiza dentro de un control. Debemos dejar bien sentado que este órgano no entra a revisar las cuestiones que por Ley le son asignadas al

³⁵² *Ibíd*em no. 4. Para consultar la norma legal relacionada con el ejercicio de la auditoría en Cuba.

Ministerio del Interior como tal, que no quita se entre a la revisión de estas particularidades.

Base jurídica del ejercicio de la auditoría informática en Cuba: las normativas legales en materia de Auditoría Informática en Cuba en orden de prelación están recogidas en:

- ✓ *Constitución de la República de Cuba.*
- ✓ *Ley No. 62, del Código Penal.*
- ✓ *Decreto Ley No. 199, sobre la seguridad y protección de la información oficial.*
- ✓ *Ley No. 107, Ley de la Contraloría General de la República.*
- ✓ *Resolución No. 1 del Ministerio del Interior. Reglamento sobre la seguridad y protección de la información oficial.*
- ✓ *Resolución Del Ministerio del interior. Reglamento para la Criptografía y el Servicio Cifrado en el territorio Nacional.*
- ✓ *Resolución No. 6/96. Reglamento sobre seguridad informática. Ministerio del Interior.*
- ✓ *Normas de auditoría. Ministerio de Auditoria y Control.*

Resulta a criterio del autor que las principales deficiencias como resultado de las auditorías y otras acciones de control realizadas son:

- *No se tiene confeccionado ni adecuadamente concebido el Plan de Seguridad informática.*
- *No se tiene confeccionado ni adecuadamente concebido el Plan de contingencia en materia de seguridad informática.*
- *En muchos casos la red no cuenta con aterramiento físico de los medios informáticos en uso.*
- *No se cuenta, además, con estabilizadores de voltaje que permita dar una protección a los ordenadores ante fluctuaciones de la energía.*
- *Desconocimiento de los usuarios de las tecnologías de la información de las medidas para su uso y explotación recogidas en el plan de seguridad informática y en el de contingencia.*
- *En el área contable los especialistas de AFTA no tienen registrado o actualizados los componentes de los ordenadores como se establece en el SNC.*
- *No se formalizan contratos de servicios de antivirus, ni de mantenimiento a los equipos de informática.*

- *No se registra en muchos casos el software, lo que coadyuva a que continúe proliferando posibles acciones de piratería en el país, como se establece por la norma sobre la Propiedad Intelectual.*
- *Los operadores de las tecnologías de la información no ejecutan salvallas de la información en soportes magnéticos extraíbles a las aplicaciones críticas.*
- *En las normas relacionadas con el derecho administrativo sancionador no existen figuras que permitan actuar contra indisciplinas en materia de tecnologías de la información, tanto para la persona natural o jurídica, como en los tipos de monedas que se están operando en nuestro país.*

3.- IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO DE LAS HERRAMIENTAS DE LA INFORMÁTICA EN EL MUNDO DE LA PROFESIÓN DEL ABOGADO:

El mundo del derecho ha ido evolucionando, conforme a las tecnologías y las costumbres de la sociedad, que también avanzan. Con el invento de la computadora el hombre se ha dado a la tarea de simplificar tareas que antes se llevaban días, ahora se llevan horas o minutos, la tecnología esta hecha par hacerle la vida mas fácil al hombre. La difusión y el desarrollo que esta materia ha tenido en los últimos años en los llamados países industrializados, tales como: Estados Unidos, Inglaterra, España, Francia, Alemania, Italia y Japón; así como algunos países latinoamericanos como Argentina y Uruguay, ha sido impresionante. La mayoría de las facultades de derecho de estos países, la han incluido en su plan de estudios tradicional de licenciatura en derecho, e inclusive algunos la han desarrollado más allá, con la investigación y desarrollo de sistemas expertos y de inteligencia artificial aplicados al derecho; sin dejar de mencionar por otra parte, las especializaciones, maestrías e inclusive doctorados (en este caso Francia), que actualmente se pueden cursar en algunas de sus facultades de derecho. En el caso cubano es una de las estrategias curriculares en la formación de profesionales en el pregrado, aprobado en los programas de estudios del MES.³⁵³ Es sumamente importante que la informática jurídica y el derecho informático, se incluyan en el ámbito universitario, específicamente en las Facultades de Derecho, tanto a nivel nacional como internacional. Dentro de la evolución que ha tenido en los últimos años la materia, podemos establecer claramente tendencias a nivel internacional presentes en

³⁵³ Normativas administrativas internas del Ministerio de Educación Superior en Cuba, que disponen entre las estrategias de aprendizaje en la modalidad de pregrado las tecnologías de la informática. De entre las que forman parte la de la Preparación para Defensa, la de Medio Ambiente, la de formación Económica, la de Lengua Española, Lengua Inglesa y la de Historia de Cuba. Las que permiten a los estudiantes apropiarse de conocimientos en estas materias al momento de realizarse el proceso docente educativo en las aulas universitarias.

los distintos países del mundo, respecto del desarrollo de la informática y el derecho; de esta manera podemos enumerar las siguientes tendencias, cada una de las cuales cuenta con sus características particulares. Así tenemos: inicial o básica, progresiva o creciente, avanzada o próspera y culminante o innovadora.

3.- CONCLUSIONES:

Resulta notable seguir considerando que las normativas jurídicas administrativas dispuestas en materia de tecnologías informáticas, no poseen un cumplimiento adecuado por parte de sus usuarios (personas naturales y jurídicas) dentro del territorio nacional, que trascienden este ámbito cuando se realizan acciones relacionadas con el control.

Es necesario realizar un estudio de las normas en materia de auditoría para su actualización, que trascienden, incluso, al derecho administrativo sancionador por partes de los entes y agentes que la aplican dentro del escenario empresarial en el país. A la sociedad civil en Cuba y al sector empresarial les quedará seguir apropiándose de conocimientos en materia de derecho informático, así como de las herramientas de las Tics, cambiantes en fracciones del tiempo muy cortas, permitiéndoles con esto una mayor y mejor competencia en el ámbito profesional.

El profesional del derecho que no se apropie de los conocimientos y herramientas que les proporcionan las Tics, tendrá una gran barrera en sus conocimientos y del cómo aplicarlos, sumemos a esto la barrera idiomática, cuestiones aún sin una preparación adecuada, que parte de lo personal como ser social.

Bibliografía

BAUZÁ REILLY, Marcelo: “Nombres de Dominio y Derecho. Problemática y Líneas Evolutivas”. **Revista de Derecho e Informática.** Disponible en [http: www/funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html](http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html).

BENVENUTO VERA. Ángel: “El Delito Informático, Ley 19.223”. Disponible en [http: www.hes-cr.com/secciones/dere-info.htm](http://www.hes-cr.com/secciones/dere-info.htm).

COLECTIVO DE AUTORES. El Perfeccionamiento empresarial en Cuba. Editorial Félix Varela. La Habana. 1999.

COLECTIVO DE AUTORES. La nueva Universidad Cubana y su contribución a la universalización del conocimiento. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba. 2006.

CRUZ, Marta y Emilia Horta Herrera: Selección de lecturas de Propiedad Industrial (2 tomos), Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003.

CEPEDA C., Verónica: “Hacia la Seguridad- Imperio de la Ley”. Diario La Hora, Quito, Ecuador.

GIRALDO, Jaime. Informática Jurídica Documental. Temis. Colombia. 1990.

MAGLIO, Marco. La Tutela dei Dati Personali. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone. 1999.

MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

SAGUES, Néstor. Habeas Data: su desarrollo constitucional, en AAVV, Lecturas Andinas Constitucionales N° 3, Comisión Andina de Juristas, Perú. 1994.

SALAZAR, Edgar. Cibernética y Derecho Procesal Civil. Ediciones Técnico-Jurídicas. Caracas. 1979.

TÉLLEZ, Julio. Derecho Informático. 2a. Edición. México. 1996.

UNED. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. XIV Tomos. España. 1.996.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Diego: “Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos”. Revista de Derecho e Informática. Disponible en [http://www/funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html](http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html).

LÍBANO MANZUR, Claudio: “Los Delitos de Hacking en sus diversas manifestaciones”. Disponible en <http://www.comunidad.derecho.org/peru.html>.

ZAVARO BARBANO, León y Martínez García, Ceferino: “Auditoría Informática”. Consultoría Jurídica Internacional.

LINEAMIENTOS DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. 6to congreso. Año 2011.

Normas jurídicas consultadas:

1. **Constitución de la República de Cuba.** Reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular. Granma, Ciudad de La Habana, edición especial MINJUS, junio 1992. Gaceta Oficial Extraordinaria no. 3, de 31 de enero de 2003.
2. **Código de Comercio** de 1885 de la República de Cuba.
3. **Ley No 7** de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Modificaciones al amparo del Decreto Ley No. 241. (2006)

4. **Ley No. 49** de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GOE No. 3 de 24-04-1985.
5. **Ley No. 59** de 16 de julio de 1987, Código Civil (1989): Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana. GOE No. 9 de 15-10-1987.
6. **Ley No. 62** de 30 de abril de 1988, Código Penal (2004). Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GO Esp. No. 3 de 30-12-1987.
7. **Ley No. 73** de 4 de agosto de 1994, Ley del Sistema Tributario (s. f.): Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GO Ext. No. 8 de 5-08-1994.
8. **Ley No. 77** de 5 de septiembre de 1995, Ley de la Inversión Extranjera, Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GOE No. 3 de 6-09-1995.
9. **Ley No. 107**, de 1 de agosto de 2009. Ley de la Contraloría General de la República.
10. **Ley No. 113**, Ley del Sistema Tributario. GOE No. 53, de fecha 21-11- 2012.
11. **Decreto Ley No. 67** de 1979. De organización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 9 de 19-04-1983.
12. **Decreto Ley No. 99** de 1987. De las contravenciones personales. Gaceta Oficial Extraordinaria de 25 de diciembre de 1987. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 12 de 25-12-1987.
13. **Decreto Ley No. 141** de 8 de septiembre de 1993 del Consejo de Estado, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.
14. **Decreto Ley No. 147** de 1995 De reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. no. 2 de 21-04-1994.
15. **Decreto Ley No. 174** de 9 de mayo de 1997 del Consejo de Estado, De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia. Publicado en la Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, de 30 de junio.
16. **Decreto No. 100** de 1983. De la Inspección Estatal Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GOO no. 14 de 10-02-1982
17. **Decreto Ley No. 219** de 2002, De la auditoría gubernamental.
18. **Decreto Ley No. 199**, sobre la seguridad y protección de la información oficial.
19. **Decreto Ley No. 219**, Ministerio de Auditoría y Control.
20. **Resolución No. 1** del Ministerio del Interior. Reglamento sobre la seguridad y protección de la información oficial.

21. **Resolución** del Ministerio del interior. Reglamento para la Criptografía y el Servicio Cifrado en el territorio Nacional.
22. **Resolución No. 6 de 1996.** Reglamento sobre seguridad informática. Ministerio del Interior.
23. **Resolución No. 60** de 2011. Sobre del sistema de control interno. Contraloría General de la República.
24. **Normas de Auditoría.** Ministerio de Auditoría y Control. Manual del auditor.

Diccionarios consultados:

25. GLOSARIO MÍNIMO DE TÉRMINOS JURÍDICOS. Autor: FAR Cuba. Editora: FAR. Cuba, 1997.
26. DICCIONARIO JURÍDICO ENCICLOPÉDICO. Consultor digital de Honduras. 2005.
27. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Guatemala. 1era edición, versión digital.
28. DICCIONARIO DIGITAL LARROUSE. 2010. Versión Windows.
29. DICCIONARIO DE VOCABULARIO JURÍDICO. Autor: Dr. Oriol Mederos. Editorial Oriente. 1998. Cuba.
30. DICCIONARIO CERVANTES. Autor: Alvero Francés, F. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. Cuba. 1980.
31. DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. Autor: Sainz de Robles, F. C La Habana. Editorial Científico Técnica. Cuba. 1978.
32. DICCIONARIO ARISTOS DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Editorial Pueblo y Educación. 1978. Cuba.
33. DICCIONARIO DE DERECHO SOCIAL. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Autores Capón Filas, Rodolfo y Giolandini, Eduardo. Argentina. Editora Rubinzal Culzoni.
34. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Argentina, Editora HELIASTA. 1982.
35. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1997.
36. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAT UNIVERSAL. TOMO II. SALVAT.
37. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Editorial Espasa. CALPE. Madrid. 1994.
38. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. 14ª. Ediciones Porrúa UNAM. México. 2000.

39. DICCIONARIO ILUSTRADO SOPENA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial SOPENA S.A. 1970. España.
40. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Argentina. 1976.
41. DICCIONARIO DE TERMINOS INFORMATICOS. 2003. Editora Ciencias. Cuba.

Páginas web consultadas:

<http://vlex.it/vid/informatica-juridica-derecho-informatico-37801867#ixzz1JqNFh6qT>.

Consultado el 10 de diciembre de 2012.

[http:// law.com](http://law.com) – newswire. Ius cibernética. Consultado 10 de diciembre 2012.

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=292>. Consultado 10 de diciembre 2012.

El Derecho de Autor ante los desafíos del desarrollo digital en la empresa estatal cubana en la actualización del modelo económico.

The Copyright within the challenges of digital development in the enterprises of the Cuban State in the updating economic model.

Olivia Virgen Figueredo Paneque,
Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Yolanda Soler Pellicer. .

Resumen

El trabajo recoge un eje temático álgido en su conceptualización y ejecución por los entes y agentes que se relacionan con el Derecho de Autor. Hacemos un recorrido por los comienzos de la actividad. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo, el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos.

El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual. El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual "sociedad de la información" hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro.

Palabras clave

Derecho de autor, entorno digital, protección a los autores.

Abstract

This work gathers a thematic algid focus in the conceptualization and execution by entities involved in copyrights. A background since the beginnings of this activity is given. The human being has always created and that is what has made the difference. However, the author and the artist and their creations were not protected for a long time until the last century, when the concepts of individuality, property and natural or human rights were developed.

It is said the copyright has always existed, but it had not been legislated. In the ancient societies, what was created by the authors was controlled taking into account the right of common property, that is to say, they used to be at one's disposal as a thing, as any other material goods. The protection to the authors was relatively young although there was already an idea of literary property in that time if we take into account that in Roma; there were real workshops of copyists who reproduced the works in manuscripts, without knowing the author's copyrights. Today, the development of the digital environment and communications is vertiginous. New forms of expressing and creating have come up. There are new ways and means of production and access. The process of globalization of markets and economies in which the current "society of the information" is immersed, makes more and more necessary the use of the computer science as a means for the treatment of data and its transmission from a place to other.

Key Words

Copyright, informatics, digital environment, protection authors

Introducción

Las llamadas culturas primitivas se formaron de manera espontánea y las manifestaciones artísticas o de arte rupestre no pertenecían a nadie en particular sino a todos los miembros del grupo. Con el surgimiento de la escritura como medio de

reproducción del conocimiento y como una forma de obtención de ejemplares aparece lo que llamarían “obras” y el sentido de propiedad sobre ellas, pero de una forma muy rudimentaria. Así se van desarrollando las diversas civilizaciones hasta llegar a las modernas y contemporáneas. Con el desarrollo del arte y la ciencia se desarrollan los medios de producción, se inventan las máquinas industriales, filosofía, sociedad y derecho. El hombre desde su surgimiento ha creado y es lo que siempre lo ha distinguido, sin embargo, el autor y el artista durante siglos desconocidos no fueron protegidos ni sus creaciones tampoco hasta el siglo pasado en que se desarrollaron plenamente los conceptos de individualidad, propiedad, derechos naturales o humanos. El derecho de autor puede decirse que existió siempre, pero no era legislado, sino que en las antiguas sociedades, lo creado por los autores se regía por el derecho de propiedad común, es decir, que podía disponer de ellos como una cosa, como cualquier otro bien material. La protección a los autores es relativamente joven aunque desde los períodos más remotos ya existía una noción de propiedad literaria, esto último no podemos negarlo absolutamente, si tenemos en cuenta que en Roma existían verdaderos talleres de copistas que reproducían las obras en manuscritos, ignorando el derecho de autor en el sentido actual.

El papel que desempeña el Derecho de Autor en el mundo de hoy y la diversidad de intereses a los que se aplica, constituye el resultado de una larga y complicada evolución histórica, que expresa la prolongada y vacilante tendencia de la humanidad hacia el establecimiento de normas legales en los asuntos públicos y privados. El reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental. Sin embargo la protección de tal derecho dentro de los límites del propio Estado no alcanzaba para asegurar su vigencia.

Desarrollo

1.- EL DERECHO DE AUTOR. GENERALIDADES:

En el año 1455 (mediados del siglo XV) Gutenberg perfecciona la imprenta revolucionando con ello la difusión y alcance de las obras escritas y a la vez transforma a estas en objeto de comercio y fin de lucro para los autores. Con la aparición de la imprenta nace la principal manifestación patrimonial del Derecho de Autor: el derecho de reproducción.

La protección apareció primero en forma de “privilegios” de publicación exclusiva concedidos a los editores por diversas autoridades, en Inglaterra y en Francia por los Reyes, en Alemania por los Príncipes de los diferentes Estados que la integraban.

La notable influencia que ejercieron las ideas racionalistas en la Inglaterra del siglo XVIII, provocó un cambio de rumbo en materia de privilegios, comenzaron a concederse definitivamente a los autores. Fue en Inglaterra donde se reconocen las nuevas ideas sobre la propiedad intelectual, y en el año 1710 se aprueba la ley conocida como Estatutos de la Reina Ana, la cual revolucionó la concepción que existía hasta entonces, pero era solamente aplicable a libros y nada refería a otros materiales impresos como, por ejemplo, las representaciones públicas, las versiones dramáticas, ni las traducciones, por lo que encabezado por el artista satírico inglés Hogarth, surgió con mucho éxito un movimiento a favor de la protección de artistas, dibujantes, y pintores que culminaron con la promulgación de la “Ley de Grabadores de 1735”. Hasta 1911 en que se dicta el Copyright Act el Derecho de Autor en Inglaterra se rigió por el Common Law para las obras no publicadas y los derechos personales, luego de publicadas por el Estatuto.

El ejemplo inglés fue seguido por Alemania y Francia, esta última, como consecuencia de las ideas imperantes en la revolución Francesa, abolió todo tipo de privilegio y en 1791 y 93 la Asamblea Constituyente sentó las bases del sistema de Derecho de Autor francés con la promulgación de dos decretos: “La ley relativa a los espectáculos” de 1791 y la “Ley relativa a los derechos de propiedad de los autores de todos géneros, de los compositores de música, los pintores y diseñadores” de 1793, que estuvieron en vigor hasta 1957, por el largo tiempo que estuvieron vigentes demuestran que estos decretos contenían elementos básicos muy avanzados para su época y la jurisprudencia jugó un papel en su perfeccionamiento.

En Alemania, si bien existieron los privilegios, se estableció una práctica de la firma previa entre autores y editores de contratos que incluso prevalecían sobre aquellos. Luego el pensamiento filosófico de Kant influenció grandemente los Derechos de Autor, quien los vio solo como una propiedad sino como extensión o reflejo de la personalidad del autor, por lo que esta debía protegerse también. Esta corriente influenció en toda Europa llevando al desarrollo del Derecho Moral de autor. En 1837 Prusia promulgó la primera ley alemana moderna reconocida en toda Alemania.

En EUA la legislación de Derecho de autor se hace efectiva entre 1783 y 1786, estando muy ligada a los Estatutos de la reina Ana, hasta que en 1976 se dicta otra Copyright Act.

La legislación francesa sirvió de base para la posterior evolución de la doctrina y la legislación burguesa en la que se inspiró el Código Civil Español de 1889 y sus normas complementarias contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y su reglamento.

Para ubicar al derecho de autor dentro de los derechos de propiedad intelectual es necesario aclarar que coexisten dos sistemas jurídicos: el de origen Anglosajón o de Common Law, que tiene como centro el derecho de copia y en el que el derecho de autor se denomina copyright, y el de origen latino o de tradición continental europea basado en el derecho romano o romano germánico, nacido de los derechos franceses, más cercanos a sus orígenes, a los derechos personales.

Por todo ello podemos concluir que el Copyright Angloamericano y el Droit d'auteur francés, constituyeron el origen de la moderna legislación sobre derecho de autor en los países de tradición jurídica basada en el Common Law y de tradición jurídica continental europea o latina y el reconocimiento del Derecho de Autor como derecho de propiedad se consolidó en la primera mitad del siglo XIX, mediante las leyes generales dictadas en Europa Continental.

2.- CONCEPTO. OBJETO. CRITERIOS DE PROTECCIÓN. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR.

Los criterios más generalizados en relación con el concepto del Derecho de Autor son aquellos que los postulan como el derecho que protege el trabajo del creador y por ende los derechos subjetivos de su actividad intelectual; por ello podemos definir el Derecho de Autor como: *El conjunto de normas jurídicas, principios, valores que van a regular y proteger los derechos exclusivos de los autores, sobre el producto de su creación que se integra por toda una serie de facultades y prerrogativas de carácter personal y otra serie de facultades de carácter patrimonial o pecuniario.*

El objeto de protección del derecho de autor es la obra.

Para el Derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.

En el lenguaje común, el término obra es “cualquiera producción del entendimiento en ciencias, letras o artes”; para el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor y conexos es, “toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”.

Ahora bien, el CB, como la mayoría de las legislaciones nacionales, incluida la nuestra, no define el vocablo “obra”, pues se limita a señalar que se encuentran protegidos los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas a cuyos efectos hace una enumeración ejemplificativa de las creaciones objeto de tutela

Criterios de protección

1. Protección a la forma no a las ideas: Las ideas en si mismas consideradas, por más novedosas y brillantes que sean, no son objeto de protección, tienen que concretarse en un soporte material. Se protege la exteriorización de su desarrollo en obras aptas para ser reproducidas, representadas, etc.
2. Originalidad: en materia de Derecho de autor la originalidad reside en la expresión o forma representativa creativa e individualizada de la obra. Para éste Derecho esto no es lo mismo que novedad. Originalidad significa que la obra sea producto de una particular expresión del autor, donde se ponga de manifiesto su impronta personal. Una obra es original en la medida en que no sea copia de otra. Una obra es original a pesar de que parta de una idea que no lo sea. Muchos han escrito novelas de amor, pero cada una de ellas es original e independiente, pues cada autor tuvo su estilo para escribirla y eso es lo que protege el derecho de autor. La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todos los tipos de obras.
3. Formalidades: Es universalmente aceptado que la protección que otorga el derecho de autor sobre una obra comienza desde el mismo momento de la creación, sin que se requiera ningún tipo de registro o formalidad. Por lo tanto no nace de la autoridad administrativa.

Criterios ajenos al reconocimiento del Derecho.

Calidad, Mérito, Destino y forma de expresión: La protección concedida por el derecho de autor es totalmente independiente del valor o mérito de la obra, se trata de una cuestión de gustos y si es buena o no le corresponde al público y la crítica decirlo, no es una cosa que interese al derecho. Grandes obras como la Traviata de Verdi y la Consagración de la Primavera de Stravinsky fueron abucheadas, tampoco interesa el destino, que sea cultural, científico, política, lo que interesa es que sea una obra literaria

o artística. Tampoco interesa su forma de expresión, puede ser oral o escrita, representada o fijada, etc.

Contenido del Derecho de Autor: La obra protegida por el derecho de autor tiene sus propias características particulares, refleja la personalidad de su creador. Como dijera Delia Lipszyc el autor vive y trasciende en su obra, por eso el derecho de autor no sólo protege los posibles beneficios que el autor pueda obtener sino las relaciones intelectuales y personales con la obra y su utilización. La especialidad del derecho de autor nos obliga a distinguir dos aspectos fundamentales de su contenido. La obra creada por su naturaleza va a reflejar la personalidad del autor y va a perdurar en el tiempo y su autor va a tener la posibilidad de aprovechar económicamente su obra, es decir, que va a crear un vínculo personal y económico con su obra. Es por ello que se reconocen dos aspectos en el derecho de autor:

El elemento personal o moral que se fundamenta en el respeto a la personalidad del autor y la defensa de su obra.

El elemento patrimonial que posibilita que el autor viva de su obra, es decir, efectúe su explotación económica o la autorice.

El derecho moral consiste en un determinado número de prerrogativas que proceden de la necesidad de preservar a la vez la integridad de las obras intelectuales y la personalidad de los mismos.

Características del Derecho moral:

- Esenciales: porque contienen un número de derechos exigibles sin los cuales la condición de autor perdería su sentido;
- Extrapatrimoniales: no son estimables en dinero aunque producen consecuencias patrimoniales
- Inherentes: porque están unidos al artista
- Absolutos: porque es oponible a cualquier persona (erga omnes)
- Inalienables: lo cual lo hace inembargable, inejecutable e inexpropiable
- Irrenunciables (vincularlo con inherente)
- Imprescriptible: está fuera del comercio, y por ser personales, inherentes al autor, lo cual es o mismo que decir perpetuos.
- Insubrogable: por ser inherente al artista.

Las facultades que componen los derechos morales tienen un contenido diferente, dividiéndose en dos categorías:

Positivas: En las que el autor es el que actúa y toma decisiones y;

Negativas: También llamadas defensivas, porque en ellas el autor impide que se realice algo o se abstiene de realizar alguna acción, además de que aún después de la muerte del autor y antes de que la obra entre en dominio público puede reclamar sus derechos.

Los derechos morales básicos son:

- ✓ Derecho de Divulgación (positiva): el autor es la única persona facultada para decidir, a su libre voluntad, si la obra puede ser comunicada o no al público y fijar las modalidades de su divulgación.
- ✓ Derecho de paternidad (negativa): Es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra, de decidir si la obra se publica bajo su nombre o en forma anónima o seudónima; este derecho comprende: a) el derecho de reivindicar su condición de autor o la forma en que menciona el mismo y b) el derecho de defender su autoría cuando ella es impugnada.
- ✓ Derecho al respeto a la integridad de la obra (negativa): el derecho del autor de hacer respetar el contenido y calidad de la obra e impedir cualquier cambio, deformación, etc., sin autorización del autor.
- ✓ Derecho de arrepentimiento (positiva): También llamado al retiro o retracto, es el derecho del autor a decidir la no divulgación de la obra y a retirarla del comercio una vez divulgada. Esta se trata de una facultad excepcional, opuesta a la fuerza obligatoria de los contratos. Este derecho está reservado al autor y no se transmite a sus herederos.

Los Derechos patrimoniales:

Quien tenga éxito en le público, con su actividad intelectual, también obtiene por ella ingresos e incluso puede vivir de ella eventualmente. Los derechos de autor que deben asegurar al autor un ingreso por su trabajo se denominan “Derechos Patrimoniales.

Características de los derechos patrimoniales:

- ✓ Es un derecho exclusivo: Esto implica que sólo el autor o titular, sus herederos o causahabientes pueden autorizar la utilización o explotación económica de una obra determinada, por cualquier medio o procedimiento.
- ✓ Es un derecho transferible: Puede ser cedido o transmitido a terceras personas ya seas gratuita u onerosa, total o parcial.
- ✓ Es un derecho renunciable: A diferencia del Derecho moral, se pueden renunciar a estos derechos lo que implicaría que cualquiera utilizaría la obra sin necesidad de pagar ninguna retribución económica, pero respetando los de carácter moral.

✓ Es un derecho de duración limitada: Se extingue de acuerdo con los Convenios y a las leyes nacionales en un determinado número de años después de la muerte del autor o de la publicación de la obra.

El contenido de los derechos patrimoniales establece las diferentes formas y medios mediante los cuales una obra puede ser explotada o aprovechada económicamente. Existen tres divisiones básicas en el derecho patrimonial que van a comprender casi todas las modalidades de uso de las obras y son:

- ✓ Derecho de Reproducción
- ✓ Derecho de Comunicación Pública
- ✓ Derecho de Transformación.

El Derecho de Reproducción: Se define por los tratadistas como la facultad de explotar la obra mediante su fijación material en cualquier medio y mediante cualquier procedimiento, lo cual permite obtener copias o ejemplares de la obra para su difusión al público.

La reproducción comprende:

- La edición
- La reproducción sonora o audiovisual
- Reproducción gráfica
- Reproducción de obras en sistema de computador
- Realización de uno o más ejemplares de una obra tridimensional en bidimensional.

El Derecho de Comunicación Pública: Es la facultad de explotar la obra mediante el acto de hacerla accesible al público, ya sea de manera directa (representación en vivo), o indirecta (discos, cintas), o mediante cualquier forma de radiodifusión o distribución por cable.

Este derecho comprende de forma general lo siguiente:

- Representaciones escénicas
- Comunicación por palabra hablada
- Ejecución pública de obras musicales
- Radiodifusión y cable
- Cinematografía

El Derecho de Transformación: Consiste en la facultad o poder jurídico exclusivo que se le confiere al autor de autorizar a otro la creación de obras derivadas a la suya.

Existen obras que pueden no ser originales plenamente, pero pueden tener valor creativo para el derecho, como son las traducciones; adaptaciones; extractos; parodias; etc.

Es decir, las obras producto de intelecto humano pueden transformarse al igual que cualquier otra, de tal manera que puede dar lugar a otra obra protegida por el derecho de autor como obra derivada.

El contenido del Derecho de transformación está muy vinculado con el derecho moral de integridad de la obra, pero no debe confundirse, ya que el de integridad se refiere a que el autor puede oponerse a toda deformación de la obra que se haga sin su consentimiento. Está vinculado porque aún y con la autorización del autor, si la transformación perjudica la reputación de la obra o del autor, este puede en virtud del derecho moral oponerse y reclamar por esa infracción.

Existen otros tipos de derechos patrimoniales que han sido reconocidos, como son.

- El derecho de distribución: el cual incluye la venta, alquiler, préstamo u otra forma de utilización económica para ponerla a disposición del público. En este caso el autor determinará, si esto ocurre o no, bajo qué condiciones y en qué territorio. En los casos de este derecho debe reconocerse el agotamiento del derecho o la primera venta (first sale).
- Derecho de participación o Droit D' Suite: es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas posteriores a la primera enajenación de los originales de dichas obras realizadas en subastas públicas o con intervención de agentes comerciales).

El derecho de Autor ha probado que es idóneo para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor; además beneficia al empresario al garantizar su inversión, permitiendo el auge de las industrias culturales con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la difusión de obras.

El Derecho de Autor a la luz del desarrollo de las nuevas tecnologías.

Un aspecto que ha generado muchos debates es la posibilidad del derecho de autor de proteger y estimular la creación ante las transformaciones que se están produciendo con la aplicación de las nuevas tecnologías. El momento actual es, sin dudas, un momento de cambios tecnológicos que han marcado decisivamente la evolución y los contenidos del derecho de autor, desde su mismo nacimiento como sistema para la protección jurídica de ciertas creaciones del espíritu humano.

Así ha ocurrido, como es sabido, con la radio, fonografía, imprenta y la televisión de modo que los Tratados Internacionales y las leyes nacionales en materia de derecho de autor lo afirman. Por tanto, la informática y las creaciones intelectuales relacionadas con esta, no han sido la excepción.

El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos, vías y medios de reproducción y acceso. El proceso de globalización de mercados y economías en que se encuentra inmersa la actual "sociedad de la información" hace cada vez más necesaria la utilización de la informática como instrumento para el tratamiento de datos y su transmisión de un lugar a otro. Tal es su grado de incidencia social que ya nadie puede desconocer que la informática está experimentando en la actualidad una creciente "masificación".

El fenómeno de uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse, prácticamente, en un producto de masas. Esto ha provocado en el mercado un incremento espectacular de la demanda de programas informáticos. El programa de ordenadores es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma, que al ser incorporadas en un dispositivo de lecturas automatizadas y traducidas en impulsos electrónicos, pueden hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.

El problema planteado al derecho de autor en este sentido, ha consistido en la necesidad de tutelar adecuadamente los esfuerzos creativos y empresariales exigidos para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros. Sin embargo, la protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía la cual ha propiciado o está propiciando desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, acusada en los ámbitos regionales de integración de mercados nacionales; de otro lado, la calidad tecnológica y el avance de las normas existentes así como su interpretación, están permitiendo que el acomodo o ajuste de las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual no sea excesivamente traumático.

Es cierto que algunas de estas novedades introducidas han afianzado un deslizamiento desde un modelo de derecho de autor basado en los postulados humanistas y de la política cultural, a otro más atento a las exigencias de la inversión empresarial.

En particular, las creaciones informáticas que han merecido la atención del moderno derecho de autor son los programas de ordenador y las bases de datos. Los primeros son la estructura principal de Internet y el uso de ellos es indispensable para ejecutar, reproducir y registrar una gran cantidad de otras obras protegidas, tales como: videos, obras musicales, multimedia etc.

Los programas de computación no siempre han estado bajo la égida del Derecho de Autor, al principio aparecieron unidos a las máquinas, y es por esta razón que se les entendía en el marco de protección de la Propiedad Industrial. Años más tarde, estas creaciones se separan definitivamente de su soporte primitivo, para conformar un mercado diferente y por tanto con nuevos intereses, de ahí que se comenzara a analizar si estos se debían mantener como objeto de la Propiedad Industrial, si debían ser objetos de protección de una legislación específica o si eran parte del Derecho de Autor. Finalmente, después de muchas discusiones y debates, la práctica demostró que estos eran obras del intelecto humano, de ahí que se decidiera que comenzaran a formar parte de la ya extensa lista de obras que el Derecho de Autor ampara, siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad.

Los programas de computación se expresan a través de un lenguaje escrito, aunque una buena parte del mismo sólo pueda entenderlo la máquina, de ahí que para los fines del Derecho de Autor se les homologa a las obras literarias.

Las obras literarias desde el punto de vista de derecho de autor se entienden como todas las obras escritas originales, sean de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, prescindiendo de su valor y finalidad; en un sitio de internet podemos encontrar múltiple información escrita, memorias descriptivas., la introducción de un obra en una página web, accesible a través de internet constituye un acto de comunicación pública y precisa la autorización expresa del autor para visualizar y descargar la obra. Los segundos, son compilaciones sistemáticas de cualquier elemento, sean protegidos o no por el derecho de autor, donde la originalidad radica en el método de selección. Con los términos "bancos de datos" y "bases de datos" se describen los depósitos electrónicos de datos y de información un sistema de manejo y de control.

En el ámbito internacional, los programas de computación son regulados por vez primera en el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el

Comercio (ADPIC), en el que los países desarrollados mostraron su preocupación por proteger sus industrias y con ellas, salvaguardar sus derechos intelectuales, los que estaban siendo utilizados indiscriminadamente, sin la autorización de sus titulares, provocando un perjuicio económico considerable. El artículo 10 de este Acuerdo, obliga a los Estados Miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) a proteger a los programas de computación, sean programas fuente o programas objeto, en virtud de la misma protección que el Convenio de Berna le otorga a las obras literarias.

A partir de la adopción del acuerdo ADPIC, los países tuvieron la necesidad de ir adecuando sus legislaciones internas a los límites convencionales establecidos por este Acuerdo; y como parte de este proceso han ido incluyendo en las legislaciones de Derecho de Autor a los programas de computación como parte del catálogo de obras protegidas por el Derecho de Autor.

Otro de los tipos de obras que han ido surgiendo gracias al desarrollo tecnológico son las bases de datos, que constituyen compilaciones de datos, hechos, etcétera. Para conformar este tipo de creación, siempre hay que disponer de un contenido que, lo constituyen los hechos o datos que se insertan, si estos no constituyen una obra *per se*, entonces la base de datos es original, pero si el contenido que se utiliza constituye una obra preexistente, con determinado nivel de titularidad, entonces la base de datos se considera una obra derivada, ya que para su creación se ha tomado como base una obra preexistente.

Existen algunos requisitos que deben cumplir aquellos que se disponen a crear una base de datos cuando éstas contienen obras originarias preexistentes, entre ellos el pedir autorización al autor o titular de la obra a utilizar, si esta se encontrare en dominio privado; respetar el nombre del autor, elemento este a tener en cuenta tanto en el caso anterior, como en aquellas obras que se encuentren en dominio público. Suele pensarse que las bases de datos solo se refieren a aquellas compilaciones que se hacen en un formato electrónico, pero la realidad es que se consideran como tales tanto aquellas que están en formato electrónico como las que están en papel, y así lo establece el artículo 10.2 de los ADPIC.

En el país, gracias al carácter enunciativo del objeto de protección, regulado en el artículo 7 de la Ley 14 de 1977, Ley de Derecho de Autor, los autores de programas de computación y las bases de datos han encontrado los principios generales de tutela de sus derechos. No obstante, debido a la necesidad de contar con disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de

1999 entre el Ministerio de Cultura (MINCULT) y el Ministerio de la Industria Sidero Mecánica (SIME), la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial. Esta normativa contiene las regulaciones más específicas en la materia, extiende la protección no sólo a los programas originales, sino también a las versiones sucesivas y programas derivados; establece las reglas de autoría y titularidad para a los autores de estos tipos de obras que realicen sus creaciones de forma independiente, por encargo, o en el marco de un empleo.

La Resolución Conjunta No. 1/99, ha devenido como paliativo en el proceso de transición de nuestras disposiciones autorales hacia una nueva legislación adecuada a los cambios que en el mundo se han venido dando en esta materia y a los convenios internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Por otro lado, la oferta por la red de software es enorme, desde programas antivirus y sus actualizaciones hasta programas operativos. Un problema al que ya comienzan a enfrentarse los desarrolladores y usuarios de software libre, así como aquellos que utilizan licencias para la distribución de sus creaciones y contenidos, y que habrá que solucionar, es el de la "exportodependencia". Ya han aparecido los primeros casos de violación de las licencias libres y se carece de medios para defenderlas, el software libre, en esencia, encierra tres libertades:

- Copiar el programa y darlo a tus amigos o compañeros de trabajo
- Cambiar el programa como desees ya que se tiene acceso al código de fuente y;
- Distribuir una versión mejorada ayudando así a contribuir la comunidad.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella. Precisamente nuestro código penal sin hacer un análisis profundo no regula de forma expresa y tácita en un título destinado para ello los delitos informáticos.

El precio de algunos programas en el mercado, provoca en ocasiones un doble efecto:

1. La obtención de importantes ingresos económicos por parte de los empresarios dedicados a la elaboración de ordenadores y de programas, por la venta de sus productos y ,
2. la proliferación de copias ilegales exactamente idénticas a la obra original y su comercialización en el mercado clandestino por un precio sensiblemente inferior al del original copiado, ocasionando importantes pérdidas económicas a las empresas

informáticas. Este efecto es un fenómeno más amplio que algunos lo identifican como “la cultura del pirateo” (libros, fonogramas, películas de videos o señales televisivas) correspondientes a emisoras de pago, son junto a los ya referidos programas de ordenador, algunos de los objetos de pirateo más habituales. Por lo que respecta a los programas informáticos, según datos de la Business Software Alliance y la Software Publishers Association, de los 523 millones de programas informáticos utilizados en 1996 en todo el mundo, 225 millones, esto es casi la mitad, eran piratas. Ello representó entonces una pérdida de 11,2 billones de dólares.

No es difícil inferir que las implicaciones de un entorno global digitalizado donde las personas actúan desde el anonimato son altamente conflictivas con un sistema de regulación de conductas y atribución de responsabilidades por los actos que se realizan, como lo es el derecho, lo cual hace muy dificultoso establecer regulaciones eficaces en el ciberespacio.

Aún más, algunos autores estiman que la relevancia de la ley como medio de protección de los derechos del autor, se encuentra en franca disminución en la era digital, pues sostienen que los modelos empresariales y las herramientas tecnológicas evolucionarán en el tiempo para hacer de la ley de derechos de autor una herramienta cada vez menos importante para modelar la conducta de los usuarios en Internet.

En mi opinión, aún y cuando el tiempo implique o genere desarrollo, fundamentalmente para las nuevas tecnologías, el derecho de autor juega un papel preponderante y de excelencia para la protección de la creación de las obras pues, las regulaciones jurídicas antes mencionadas protegen los derechos de los autores creadores de este tipo de obras. Para muchos el propósito *de estos* avances consisten en impedir la reproducción ilegal de productos intelectuales creados con un fin, un objetivo y un destino como los sistemas de codificación y la creación de discos compactos no reproducibles y se ciñen en las vías tecnológicas, absolutizando incluso, la protección de su creación a este medio, degradando la protección jurídica que le aporta el derecho de autor; donde se destacan:

- La fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, lo cual haría inútil el empleo de aparatos como quemadores de discos compactos, así como la elaboración de copias en las computadoras y, con ello, su distribución a través de internet.
- La inclusión de limitaciones en la obra.

- Existe también una antigua técnica de ocultación de datos que se llama “estegnografía”, la cual viene del griego stegos, que significa cubierta, por lo que estecnografía significaría “escritura oculta”, la cual está muy relacionada a la criptografía, es por tanto, el conjunto de técnicas que nos permiten ocultar o camuflar cualquier tipo de datos.

Sin embargo, para muchos hoy en día aún resulta poco claro la posibilidad real de ejercer un control sobre el uso de las obras protegidas por el derecho de autor en internet y en especial la protección de los programas de ordenador; ya que el uso de las obras protegidas por este derecho no cuenta con una regulación específica cuando el acceso a las mismas se realiza en el entorno global de la red.

Ahora bien, es una realidad que en la red se pueden imponer ciertas restricciones, como lo son las claves de acceso, las Watermarks o la fabricación de discos compactos que no pueden ser reproducidos en los computadores, pero es una realidad también, que estas pueden violarse de manera fácil, así que, aunque se tenga una gran cantidad de protección, hay que tener en cuenta la posibilidad de que esta no sea suficiente, y se haga más necesario el peso de la ley en este sentido.

Por otra parte, el internet es un complejo de sistemas de intercomunicación de computadoras y redes de computadores con alcance mundial, que ofrece indeterminados servicios como: el correo electrónico, o e-mail y otros, por cuanto estos, son medios que permiten una intercomunicación y disponibilidad de las creaciones del intelecto humano nunca antes visto, esta red de redes forma parte una comunidad real, llamada también Ciberespacio, conformada por personas que pueden interactuar entre ellas a voluntad, internet se encuentra realmente abierta a cualquier persona que quiera ingresar sin importar orígenes, nacionalidad, limitaciones físicas y geográficas etc.

Pero la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas, como serían los dispositivos de autopreparación.

Es evidente que los informáticos y las personas que son capaces de crear estos programas o desarrolladores de sistemas informáticos y sus softwares, no tienen la claridad absoluta de la necesidad de proteger sus derechos y del papel que desempeña el derecho de autor en este sentido o sencillamente llevan en detrimento esta institución. No cabe dudas que el derecho de autor merita un despertar y fundamentalmente en los

países en desarrollo, sin hacer un análisis profundo del asunto, pues las regulaciones de estas deben enfocarse más en los adelantos que propicia la ciencia y la técnica.

¿Dónde puede registrarse su obra?

Registro Nacional del Derecho de Autor

Radica en la sede del Centro Nacional de Derechos de Autor (CENDA), con un horario de 9.00 a.m. a 12 se realiza el registro y depósito de obras, actos y contratos. Los tipos de obras que se pueden registrar integran el vasto catálogo de las manifestaciones artísticas y literarias, entre ellas: pinturas, fotografías, novelas, cuentos, poesía, obras de teatro, coreografías, guiones cinematográficos, libretos de radio y televisión, obras musicales, programas de computación y bases de datos, entre otros.

Resulta ser una prueba a primera vista ante tribunales, así como una garantía jurídica de la condición de su autoría y titularidad, por tanto, le es útil no solo a los creadores, sino también a las empresas y entidades que encargan.

La actualización del modelo económico.

Como parte del proceso de actualización del modelo económico cubano, los autores consideran la necesidad de ganar en cultura jurídica por parte de los empresarios y de los ciudadanos en general, la que hoy no se manifiesta de forma adecuada en su mayoría por parte de los directivos vinculados con esta actividad y de las personas que deben aplicar su titularidad en su producción de acuerdo con lo que dispone la norma jurídica, lo que pueden dar lugar a la posible comisión de delito en el ámbito empresarial.

En los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el pasado 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba y ratificados por la Asamblea Nacional de Poder Popular, se señala la importancia de fortalecer las capacidades de prospección y vigilancia tecnológica y la política de protección de la propiedad industrial en Cuba y en los principales mercados externos.

De aquí la necesidad de continuar el perfeccionamiento de las disposiciones jurídicas vinculadas a la protección de este derecho en las empresas cubanas del sector estatal, como forma protectora en el mercado interno y el foráneo, lo que nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones.

4.- CONCLUSIONES

El fenómeno del uso masivo de la informática afecta, en primer lugar, a los sistemas informáticos u ordenadores, que ha dejado de ser un bien escaso, para convertirse,

prácticamente, en un producto de masas, esto ha provocado un incremento espectacular en las demandas de los programas informáticos que necesitan de la tutela adecuada del derecho de autor para la protección de los derechos del autor de una obra, para la realización, producción y distribución de determinadas informaciones y contenidos especialmente valiosos, desde un punto de vista económico y social frente a los riesgos de una apropiación indebida de dicha información y contenidos por terceros.

La protección jurídica de las creaciones intelectuales relacionadas con la informática presenta dos rasgos peculiares: de un lado la globalización de la economía, la cual ha propiciado desde el comienzo una respuesta internacional que asegure una regulación básicamente uniforme a escala mundial, permitiendo que se ajuste a las nuevas reglas en el sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual y que, no sea excesivamente traumático. Para ello se encuentra regulada la protección de los programas de computación siempre y cuando cumplan con el requisito de originalidad como obras literarias, a nivel nacional e internacional, así como las Bases de Datos

Además de la Ley 14 de 1977 y los tratados internacionales que protegen los derechos de los autores de programas de computación y bases de datos, existen disposiciones específicas para estos tipos de obras, fue dictada la Resolución Conjunta No. 1, de 21 de junio de 1999 entre el Ministerio de Cultura y el SIME., la cual establece el reglamento para la protección de los programas de computación y bases de datos, en cuanto a su creación, concertación de contratos, así como su explotación comercial.

Los criterios de los involucrados en las creaciones de este fenómeno del entorno digital, las nuevas tecnologías y la comunicaciones tienen como tendencia en los momentos actuales favorecer más a la tecnología a través de los dispositivos de autopreparación que a las leyes, producto a la facilidad con que se infringen las leyes y la dificultad para detectarlo y hacerlas cumplir, obliga a quienes tengan un interés legítimo en proteger el derecho de explotación exclusivo del titular del derecho de autor de una obra, a tener que recurrir más a la tecnología que a las leyes en sí mismas.

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos

de copia, uso y modificación. Lo único que no está permitido hacer es que se apropien de ella.

Referencia bibliográficas

ÁLVAREZ TABÍO, Fernando: Comentarios a la Constitución Socialista, Editorial Pueblo y Educación, 1988. La Habana. Cuba.

BARRERA GRAF, Jorge: El Derecho Mercantil en la América Latina. Editora Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.

BROSETA PONT, Manuel: Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A, Madrid, España, 1991.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo: Tratado de Derecho Mercantil. Tomos I y II. Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Ley general de sociedades. Títulos valores. 2004.

BAUZÁ REILLY, Marcelo: *Nombres de Dominio y Derecho. Problemática y Líneas Evolutivas*. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.

BENVENUTO VERA. Ángel: El Delito Informático, Ley 19.223. Disponible en <http://www.hes-cr.com/secciones/dere-info.htm>.

COLECTIVO DE AUTORES, Selección de Lecturas de Derecho de Autor. Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

CEPEDA C., Verónica: *Hacia la Seguridad-Imperio de la Ley*. Diario La Hora, Quito, Ecuador.

CABANELLAS, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Buenos Aires, Editorial Heliatra S.R.L., tercera edición, 1989, Tomo II, volumen 3, página 362. Argentina.

COLECTIVO DE AUTORES: Nociones de Derecho Mercantil, Editorial Félix Valera, Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba. 2004, pág.17.

COLECTIVO DE AUTORES: *El Perfeccionamiento empresarial en Cuba*. Editorial Félix Varela. La Habana. 1999.

COLECTIVO DE AUTORES: La empresa y el empresario en Cuba. Editora ONBC. La Habana. Cuba. 2000.

COLECTIVO DE AUTORES: Nociones de Derecho Mercantil (para estudiantes de contabilidad), 1ª ed., Editora Félix Varela, Ministerio de Educación Superior. La Habana, 2004.

COLECTIVO DE AUTORES: *La nueva Universidad Cubana y su contribución a la universalización del conocimiento*. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba. 2006. Págs. 361-389.

COLECTIVO DE AUTORES: Temas de Derecho administrativo cubano. Editorial Félix Varela. La Habana. Cuba. 2005.

COLECTIVO DE AUTORES: Estudios de Derecho Administrativo. Editora Félix Varela La Habana. Cuba 2005.

COLECTIVOS DE AUTORES: Derecho Constitucional Cubano. Editorial Félix Varela La Habana 2005.

CAÑIZARES ABELEDO, Fernando: Teoría del Estado y el Derecho Tomo I, II. Editora Pueblo y Educación. La Habana 1979. Cuba.

CRUZ, Marta y Emilia Horta Herrera: Selección de lecturas de Propiedad Industrial (2 tomos), Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2003.

FIRMA ELECTRONICA. Ley 59 de 2003, de 19 de diciembre. Disponible en http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/foro/df/ser_tel.htm.

UNED. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. XIV Tomos. España. 1996.

URÍA, Rodrigo: Curso de Derecho Mercantil, Editorial Marcial Pons, Madrid. España. 2003.

LIPSZYC, Delia: *Derecho de Autor y derechos conexos*, Tomos I y II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.

LÍBANO MANZUR, Claudio: Los Delitos de Hacking en sus diversas manifestaciones. Disponible en <http://www.comunidad.derecho.org/peru.html>.

Ley Especial Contra los DELITOS INFORMÁTICOS, Venezuela, artículo 2.1).

LINEAMIENTOS DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA. 6to congreso. Año 2011.

GONZÁLEZ Gómez, Diego: *Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos*. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.

GARCÍA NOGUERA, Noelia: DELITOS INFORMÁTICOS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Pág. 5

Ley No. 19.223 De los DELITOS INFORMÁTICOS, Chile, prólogo.

GIRALDO, Jaime: INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL. Temis. Colombia. 1990. Pág. 192.

RODRIGO URÍA Y MENÉNDEZ AURELIO (Coordinadores): Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Civitas S.L, Reimpresión, Madrid, España, 2001.

RUIZ DE VELASCO, Adolfo: Manual de Derecho Mercantil, Editores Deusto S.A., Bilbao, España, 1992

MAGLIO, Marco: LA TUTELA DEI DATI PERSONALI. Napoli, Edizioni Giuridiche Simone. 1999.

MAZEAUD, Jean: LECCIONES DE DERECHO CIVIL. Parte Primera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.

SAGUES, Néstor: HABEAS DATA: SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL, en AAVV, Lecturas Andinas Constitucionales N° 3, Comisión Andina de Juristas, Perú. 1994.

SALAZAR, Edgar: CIBERNÉTICA Y DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Técnico-Jurídicas. Caracas. 1979. Pág. 264.

TÉLLEZ, Julio: DERECHO INFORMÁTICO. 2a. Edición. México. 1996. Pág. 283.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Diego: Marco Legal en Europa y España Sobre delitos Informáticos. Revista de Derecho e Informática. Disponible en <http://www.funredes.org/mistica/castellano/emec/producción/memorias6/0906.html>.

VILA NOYA, Lisette: El trabajo por cuenta propia en Cuba. Trabajo de ejercicio académico que le sirvió para homologar en Cuba el título de Máster en Derecho Mercantil y Financiero de la Universidad de Barcelona. España. Editora ONBC. 1999. La Habana. Cuba.

VIVANTE, César: Derecho Mercantil. Tribunal Superior de Justicia Federal. Universidad de Bolonia. Italia. Editora Madrid. España. 2003.

VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia: Derecho Laboral Cubano Teoría y Legislación, segunda edición, Tomo I, editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

_____: Instituciones del derecho laboral cubano. La Habana. 2008. Editorial Félix Varela. Cuba.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. ONU. 1993. Regulaciones sobre el Derecho Mercantil.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ONU. Regulaciones sobre el autoempleo, el trabajo por cuenta ajena.

ZAVARO Barbano, León y Martínez García, Ceferino: Auditoría Informática. Consultoría Jurídica Internacional.

Normas jurídicas consultadas:

Constitución de la República de Cuba. Reformas aprobadas por la Asamblea Nacional del Poder Popular. Granma, Ciudad de La Habana, edición especial MINJUS, junio 1992. Gaceta Oficial Extraordinaria no. 3, de 31 de enero de 2003.

Código de Comercio de 1885 de la República de Cuba.

Ley No 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Modificaciones al amparo del Decreto Ley No. 241. (2006)

Ley No. 14 de 1977, Ley cubana de Derecho de Autor

Ley No. 49 de 28 de diciembre de 1984, Código de Trabajo. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GOE No. 3 de 24-04-1985.

Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, Código Civil (1989): Ed. Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana. GOE No. 9 de 15-10-1987.

Ley No. 62 de 30 de abril de 1988, Código Penal (2004). Editora MINJUS. La Habana. Cuba. GO Esp. No. 3 de 30-12-1987.

Ley No. 73 de 4 de agosto de 1994, Ley del Sistema Tributario (s. f.): Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GO Ext. No. 8 de 5-08-1994.

Ley No. 77 de 5 de septiembre de 1995, Ley de la Inversión Extranjera, Ed. Sangova, Madrid, col. Textos Legales. GOE No. 3 de 6-09-1995.

Ley No. 107, de 1 de agosto de 2009. Ley de la Contraloría General de la República.

Ley No. 113, Ley del Sistema Tributario. GOE No. 53, de fecha 21-11- 2012.

Decreto Ley No. 67 de 1979. De organización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 9 de 19-04-1983.

Decreto Ley No. 99 de 1987. De las contravenciones personales. Gaceta Oficial Extraordinaria de 25 de diciembre de 1987. La Habana. Cuba. GO Ext. No. 12 de 25-12-1987.

Decreto Ley No. 141 de 8 de septiembre de 1993 del Consejo de Estado, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Decreto Ley No. 147 de 1995 De reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GO Ext. No. no. 2 de 21-04-1994.

Decreto Ley No. 174 de 9 de mayo de 1997 del Consejo de Estado, De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia. Publicado en la Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, de 30 de junio.

Decreto Ley No. 199, sobre la seguridad y protección de la información oficial.

Decreto No. 100 de 1983. De la Inspección Estatal. Editora Ministerio de Justicia. La Habana. Cuba. GOO no. 14 de 10-02-1982

Decreto No. 308 de 2012. Reglamento de las normas tributarias y los procedimientos tributarios. GOE No. 53 de 2012.

Resolución No. 1 del Ministerio del Interior. Reglamento sobre la seguridad y protección de la información oficial.

Resolución del Ministerio del interior. Reglamento para la Criptografía y el Servicio Cifrado en el territorio Nacional.

Resolución No. 6 de 1996. Reglamento sobre seguridad informática. Ministerio del Interior.

Resolución No. 60 de 2011. Sobre del sistema de control interno. Contraloría General de la República.

Normas de Auditoría. Ministerio de Auditoría y Control. Manual del auditor. República de Cuba.

Resolución Conjunta No. 1 de 18 de abril de 1996, “Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia” del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Finanzas y Precios. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Resolución No. 11 de 25 de marzo de 2004 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Resolución No. 9 de 11 de marzo de 2005 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Instrucción No. 27 de 15 de junio de 2006 del Viceministro de Trabajo y Seguridad Social, “Procedimiento para otorgar la Licencia para ejercer el Trabajo por Cuenta Propia”. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Compendio de Regulaciones del Ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia y los procesos de reducción de plantillas infladas, Empresa Poligráfica, Holguín, 2011. Editora MINJUS. La Habana. Cuba.

Diccionarios consultados:

DICCIONARIO DIGITAL LARROUSE. 2010. Versión Windows.

DICCIONARIO CERVANTES. Autor: Alvero Francés, F. Editorial Pueblo y Educación. La Habana. Cuba. 1980.

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS. Autor: Sainz de Robles, F. C La Habana. Editorial Científico Técnica. Cuba. 1978.

DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. México. 1997.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Argentina. 1976.

DICCIONARIO DE TERMINOS INFORMATICOS. 2003. Editora Ciencias. Cuba.

Páginas web consultadas:

<http://vlex.it/vid/informatica-juridica-derecho-informatico-37801867#ixzz1JqNFh6qT>.

Consultado el 10 de diciembre de 2012.

[http:// law.com – newswire](http://law.com-newswire). Ius cibernética. Consultado 10 de diciembre 2012.

<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=292>. Consultado 10 de diciembre 2012.

[www.ecured.cu/ Trabajador_por_cuenta_propia/](http://www.ecured.cu/Trabajador_por_cuenta_propia/) / 24 de octubre de 2012.

www.cubadebate.cu/trabajo-por-cuenta-propia-emplea-ya-a-330-000-cubanos/24 de octubre de 2012.

[www.cubasi.cu/ index.php?...trabajo-por-cuenta-propia/24](http://www.cubasi.cu/index.php?...trabajo-por-cuenta-propia/24) de octubre de 2012.

www.slideshare.net/rosafol/el-trabajo-por-cuenta-propia/24 de octubre de 2012.

[es.wikipedia.org/wiki/Derecho laboral/24](http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral/24) de octubre de 2012.

www.e-conomic.es/programa/glosario/trabajador-cuenta-ajena/24 de octubre de 2012.

De los autores

José Candia Ferreyra

Doctor en Ciencias Jurídicas. Jefe de Departamento de Asuntos Penales del Ministerio de Justicia. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Secretario de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales y miembro de número de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la Unión de Juristas de Cuba.

María Soledad Sónora Cabaleiro

Licenciada en Psicología. Máster en Criminología y planeación y desarrollo de la Prevención Social. Investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar de la Universidad de la Habana.

Daile Simón Romero

Licenciada en Pedagogía. Máster, Investigadora agregada y profesora asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Elena Rojas Estévez

Licenciada en Derecho y Filosofía. Profesora instructora y especialista e investigadora en temas de corrupción y Derecho sobre bienes del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Seida Barrera Rodríguez

Licenciada en Derecho. Máster y profesora asistente de la Universidad de la Habana, colaboradora del Centro de Estudios Hemisféricos y Sobre Estados Unidos CEHSEU y el PNUD.

Ernesto Domínguez López

Doctor y Máster en Ciencias Históricas. Investigador y profesor del Centro de Estudios Hemisféricos y Sobre Estados Unidos. CEHSEU.

Mercedes de Armas Alonso

Licenciada en Historia y Doctora en Ciencias Históricas. Diplomada en Estudios Políticos y Sociales. Investigadora Titular y profesora asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Silvia Esther García Méndez

Máster en Ciencias en Criminología, licenciada en Psicología. Investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar de la Universidad de la Habana.

Diana Hernández de la Guardia

Licenciada en Derecho, Doctora en Derecho Público, Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar.

Alcides Francisco Antúnez Sánchez

Lic. en Derecho. Profesor adjunto Derecho Administrativo Sede Universitaria Municipio Bayamo. Universidad de Granma.

Gerardo Machado Alfonso

Licenciado en Sociología en la Universidad de la Habana. Doctor en Ciencias Filosóficas. Miembro del Tribunal permanente de Sociología de esta institución. Es actualmente investigador y editor científico del Anuario del CIJ.

Iracema Gálvez Puebla

Licenciada en Derecho. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

María Soledad Sónora Cabaleiro

Máster en Criminología, planeación y desarrollo de la Prevención Social. Licenciada en Psicología. Investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar de la Universidad de la Habana.

Lisette Pérez Hernández

Licenciada en Derecho. Doctora y Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

Adisson Rafael Díaz Cesín

Licenciado en Derecho, Máster y Jefe del Dpto. de Asistencia Jurídica de la Dirección Provincial de Justicia de Las Tunas. Adilson Rafael Díaz Cesín.

Lázaro Jan Corzo González

Licenciado en Derecho. Máster y profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Especialista de la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia

Roy Ramón Philippón

Licenciado en Derecho, Máster, Especialista y Asesor Jurídico del Grupo Azucarero (AzCuba).

Majela Ferrari Yaunner

Licenciada en Derecho, Doctora y Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

Mariela Ordaz Torres

Licenciada en Psicología, aspirante a investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Yolanda Soler Pellicer.

Licenciada, Doctora y Profesora carrera Informática. Facultad de Ciencias Técnicas. Universidad de Granma. República de Cuba.

Olivia Virgen Figueredo Paneque.

Licenciada y Profesora Asistente de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma.