



CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Anuario 2007

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



ISBN 978-959-7193-09-8
ISSN 1810-4924 RNPS 0515

ANUARIO DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS No. 4 de 2007

Directora: Dra. Rosa B. Angulo López

CONSEJO EDITORIAL:

Edición y corrección: Lic. Ivón Peñalver Hernández (Empresa PUBLICITUR

Diseño de cubierta: Eugenio Francisco Sagué. (Editorial MINJUS)

Secretaría: Prof. Elsa Lorbés Sardiñas (CIJ)

Editor Científico: Lic. Dimitri Prieto Samsónov (CIJ)

Versión Digital: Tec. Informática Aymeé Laviín Mena (CIJ)

Coordinación, divulgación y canje: Pof. Elsa Lorbés Sardiñas.

Composición: Yosney Fernández Pérez (Editora MINJUS)

Gysu Rego Díaz (Editora MINJUS)

CONSEJO ASESOR:

Dra. Rosa B. Angulo López (CIJ) / Dr. Fernando Cañizares Abeledo (Ministerio de Justicia) / Dr. Ovidio D'Angelo (Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, CITMA) / Dr. Julio Fernández Bulté (Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana) / Dr. Julio Antonio Fernández Estrada (Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana) / Dra. Diana Hernández de la Guardia (CIJ) / Dra. Caridad Navarrete Calderón (CIJ) / Dra. Martha Prieto Valdés (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana) / Dr. Pedro Luis Sotolongo (Instituto de Filosofía, CITMA) / Dra. Angela Gómez Pérez (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana) / Dr. Fidel Vascós González (ISRI, Ministerio de Relaciones Exteriores) / Dra. Maira Espina Prieto (Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, CITMA) / Dra. Maida Goite Pierre (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana) / Caridad del C. Valdés Díaz (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana) / Dra. María Amparo Calderón Santan (Bufetes de Servicios Especializados) / Dra. Teresita Díaz Canals, Facultad de Psicología, Universidad de La Habana / Dra. Johana Oriosola (Dirección Jurídica, Ministerio de Economía y Planificación) / MSc. Jorge L. Bodes Torres (Ministerio de Justicia) / MSc. Armando Chaqueaceda Noriega (Facultad de Filosofía e Historia, Universidad de La Habana) / MSc. Silvia E. García Méndez (CIJ) / MSc. Raysa Lucía Ricardo Guibert (CIJ) / MSc. María Soledad Sónora Cabaleiro (CIJ) / MSc. Francisco A. Alea Fernández (Dirección de Ciencia y Técnica, MINJUS) / MSc. Milos L. Gual Díaz (CIJ) / Lic. Johana Cilano Peláez (CIJ) / Lic. Dimitri Prieto Samsónov (CIJ) / Lic. Elena Rojas Estévez (CIJ) / Lic. Daimig Sánchez de la Torre (CIJ) / Lic. Karima Sánchez (CIJ) / Lic. Noel Martín Díaz (PORCONSUL) / Lic. Pablo Rodríguez Ruiz (Instituto Cubano de Antropología) / Msc. Belkis Caridad Núñez Travieso (Bufetes de Servicios Especializados) / Lic. Yuri San Rodríguez (MINJUS)

Los artículos expresan los criterios de sus autores.

Redacción

Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ). Calle O, No. 216 e/ 23 y 25, Vedado, Ciudad de La Habana, Cuba

Teléfono: 835 4408 e-mail :rosa@oc.minjus.cu.

Imprenta :

Taller de imprenta del MINJUS. Calle Zanja no. 352 esquina A Escobar, Centro Habana, Ciudad de La Habana, Cuba.

ISSN 1810-4924 RNPS - 0515

SOBRE EL ANUARIO Y SUS REQUISITOS

... PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

El anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas publica trabajos científicos originales de especialistas nacionales y extranjeros que abarcan las diferentes ramas del derecho y de otras ciencias afines. Abierta a todos los estudiosos del derecho con aportes novedosos de interés para los juristas cubanos y sus colegas de Ibero América.

El procedimiento utilizado es el de arbitraje por pares. El Anuario posee un Consejo Asesor, formado por investigadores y especialistas dedicados a la investigación científica y por reconocidos profesionales en las áreas del saber jurídico y social.. Cada uno de los trabajos enviados al Anuario, después de una revisión previa y determinada su correspondencia con las instrucciones para los autores por el Editor Científico, es enviado con carácter anónimo a dos de los miembros del Consejo Asesor (evaluadores externos a la entidad), cuyas especialidades académicas se relacionan con al temática del trabajo. Los referidos expertos dictaminan acerca de la procedencia o no, de la publicación de los trabajos. En caso de discrepancia entre los dos árbitros, se nombra un tercer miembro del Consejo Asesor para que libre su dictamen; la decisión en este caso se toma por mayoría de votos, enviándose al autor las sugerencias para el mejoramiento del texto en un plazo prudencial.

Envío de originales:

1. Los trabajos deben ser enviados en formato de Artículo de Resultados de Investigación o de Ensayo Científico, donde se exponen resultados originales de investigaciones científicas, en disquete y copias impresas, en letra Times New Roman tamaño 12 y a doble espacio entre líneas, en original y dos copias. Se entregará una versión digital (MS Word) de los mismos, en disquete de 3 ½ o por correo electrónico a Claudio arroba oc.minjus.cu.
2. Se aceptarán trabajos desde 10 hasta 30 cuartillas de texto, paginada y sin contar la bibliografía, las figuras, las tablas, ni las notas al pie de página.
3. Las figuras (fotos, gráficos, esquemas e ilustraciones), tablas y notas al pie de página irán en cuartillas aparte, convenientemente numeradas y con mención explícita al lugar del texto donde serán referidas.
4. Los trabajos podrán presentarse fundamentalmente, en los formatos de Artículos de Resultados de Investigación o Ensayo Científico.

5. Artículo de resultados de investigación: comprende los textos redactados para exponer resultados originales de investigaciones científicas concretas, ya sea empíricas o teóricas, y tendrá esencialmente la siguiente estructura, adaptándose a los propósitos de los autores:

- Título del trabajo, en español e inglés
- Autores (apellidos, nombres y procedencia institucional)
- Palabras claves, en español e inglés (deben ponerse entre tres y diez palabras clave, no coincidentes con las palabras que componen el título del trabajo.
- Resumen en español e inglés, de entre 50 y 200 palabras.
- Introducción: Antecedentes, novedad, actualidad y posible impacto social, problema, objetivos, marco teórico, método y técnicas utilizadas.
- Desarrollo: Resultados obtenidos, discusión y valoración de los mismos.
- Conclusiones y recomendaciones.
- Bibliografía: Primer apellido, iniciales de los nombres. (Año). Si es revista: título, No. , Vol., y páginas. Si es libro: Título, Edición y páginas.

6. Artículo de Ensayo Científico: Comprenderá los trabajos de revisión, crítica, o reseña de un conjunto de investigaciones científicas, así como textos redactados para exponer opiniones expertas originales o resultados investigativos teóricos, y tendrán esencialmente la siguiente estructura, adaptándose a los propósitos de los autores.:

- Título del trabajo, en español e inglés
- Autores (apellidos, nombres y procedencia institucional)
- Palabras claves, en español e inglés (deben ponerse entre tres y diez palabras clave, no coincidentes con las palabras que componen el título del trabajo.
- Resumen en español e inglés, de entre 50 y 200 palabras.
- Introducción: Antecedentes, carácter problemático del tema científico tratado, importancia del tema: novedad, actualidad y posible impacto social.

- Desarrollo: Exposición clara y científicamente rigurosa de las ideas..
- Conclusiones y recomendaciones.
- Bibliografía: Primer apellido, iniciales de los nombres. (Año). Si es revista: Título, No. , Vol., y páginas. Si es libro: Título, Edición y páginas.

Nota: Se recomienda que cada una de las notas al pie de página vaya en una cuartilla y no tenga más de 120 palabras.

INDICE

Teoría del Derecho, Constitucional y Administrativo-----

9

Validez jurídica: un estudio de caso

Dra. Rosa B. Angulo López. Lic. Elena Rojas Estevez ., Lic. Karima E. Sánchez Rey, Lic. Johanna Cilano Pelaez, Lic. Guennady Rodríguez Delgado, Lic. Daimig Sánchez de la Torre, MSc. Milkos L. Gual Díaz, Lic. Liuska Izquierdo López, Lic. Di, itri Prieto Samsonov. Colectivo de autores del Centro de Investigaciones Jurídicas

11

El Régimen Autonómico en Bolivia entre el Estado Simple y el Estado Compuesto

Lic. Liliam Fiallo Monedero

Especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora Instructor de la universidad de La Habana

31

Derecho Civil y de Familia

55

Las Tecnologías de Reproducción Asistida: cuestionamientos éticos y jurídicos

Lic. Daimig Sánchez de la Torre Profesora Asistente y especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

57

El ejercicio de la Acción Directa del Tercero Perjudicado contra el Asegurador de Responsabilidad Civil. Posibilidad, Necesidad y Realidad

Lic. Alejandro Vigil Iduate

Profesor Asistente y Director Jurídico del Ministerio de Finanzas y Precios

77

Propiedad Industrial ----- 101

Apuntes Breves para la Protección de la Marca Renombrada

MSc. Milkos L. Gual Díaz

Profesor Instructor y Especialista del Centro de Investigaciones jurídicas

Derecho Penal y Criminología----- 123

El fenómeno del Lavado de Dinero. Estudio para su Caracterización en el Contexto Cubano

Dra.

Diana Hernández de la Guardia
Profesora Auxiliar y Especialista del Centro de Investigaciones jurídicas
Dr. Antonio Lores González
Ministerio del Interior
Lic. Gustavo Castillo Blatt
Ministerio del Interior

125

La posible Responsabilidad Penal en el Delito de Lavado de Dinero del Abogado Defensor de un sujeto Blanqueador de Capitales

Dra. Diana Hernández de la Guardia
Profesora Auxiliar y especialista del centro de Investigaciones
Jurídicas

146

Espacios de la Prevención Socio-criminológica: Una Mirada en el Ámbito de una Circunscripción Habanera

Dra. Caridad Navarrete

Profesora

Calderón
e Investigadora Titular del Centro de Investigaciones
Jurídicas
Prof. Alina Mourelle Soto
Profesora del Instituto Pedagógico Enrique José Varona

156

Conducta desviada y Trastornos de Conducta. Un Acercamiento Teórico para su Prevención.

MSC. María Soledad Sónora Cabaleiro
Profesora e investigadora Auxiliar del Centro de Investigaciones
jurídicas
Lic. Alfredo Rodríguez Díaz
Dirección de menores del Ministerio del Interior

183

SOCIOLOGIA JURIDICA

205

**Servicios y Calidad. Consultorías Jurídicas de Ciudad de la habana
(Cliente Interno)**

MSc. Silvia Esther García Méndez

Investigadora Auxiliar y profesora del centro de Investigaciones
Jurídicas

MSc. Milkos Lázaro Gual Díaz

Profesor Instructor y Especialista del Centro de Investigaciones
Jurídicas

207

**Cliente Externo: Percepción de Servicios y calidad en las
Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana**

MSc. Silvia Esther García Méndez

Investigadora auxiliar y Profesora del Centro de Investigaciones
Jurídicas

MSc. Milkos Lázaro Gual Díaz

Profesor Instructor y especialista del Centro de Investigaciones
Jurídicas

236

**TEORIA DEL DERECHO, CONSTITUCIONAL Y
ADMINISTRATIVO**

VALIDEZ JURÍDICA. UN ESTUDIO DE CASOS

Legal Validity. Study of cases.

Lic. Elena Rojas Estévez, Lic.Karima E. Sánchez Rey, Lic.Johanna Cilano Pelaez, Lic.Guennady Rodríguez Delgado, Lic.Daimig Sánchez de la Torre, MSc.Milkos L. Gual Díaz, Lic.Liuska Izquierdo López, Lic.Dmitri Prieto Samsónov y Dra.Rosa B. Angulo López.

Resumen

Guiados por la necesidad del estudio de nuestra legislación con vistas a su perfeccionamiento y a la ausencia de referencias de análisis socio-jurídicos en el país, un grupo de investigadores asumimos la revisión de una parte de nuestra normativa en los sectores de Vivienda, Banco Central de Cuba, Turismo, Comercio Interior, Emigración y Extranjería, Agricultura, Aduana General de la República, Trabajo por Cuenta Propia y Transporte. Los indicadores para su estudio son varios, pero por su importancia, nos centraremos, fundamentalmente, en los aspectos de publicidad y vigencia.

Los principales resultados, de manera general, al que se arribaron giran alrededor de la existencia de disposiciones de carácter general en las que no se establecen jurídicamente el mandato a publicar en la Gaceta Oficial de la República, aunque en ocasiones, aún así, la norma aparece publicada. También se encuentran otras que contienen el mandato, y sin embargo, no se publican. Las mayores dificultades en cuanto a los indicadores de publicidad y vigencia se concentran en la emisión de Circulares, Acuerdos e Instrucciones, aunque el comportamiento no es igual en todos los casos. Estas disposiciones internas debiendo surtir efectos divulgativos o instructivos hacia el interior del organismo que las dicta, contienen mandatos imperativos de generalidad. Por otra parte, existe una gran variedad dentro de las Circulares e Instrucciones

(Circular, Circular Especial, Circular Conjunta, Circular Jurídica, Instrucciones, Instrucciones Conjuntas, además de las Resoluciones y Resoluciones Conjuntas) de las que nos preocupa su organización dentro de los protocolos existentes en función de una correcta utilización de los mismos, y que no sean facilitadores del descontrol y de la ilegalidad.

Del mismo modo, las irregularidades en el establecimiento de las Cláusulas Derogatorias que impiden seguir el tracto de la legislación, no tributan a la organicidad, coherencia, seguridad, legalidad del ordenamiento jurídico, favoreciendo a una dañina dispersión de la legislación. Por último, el establecimiento de la vigencia a partir de la firma del instrumento jurídico determinado, excluye entonces la necesidad de su publicación como requisito para su validez y limita el conocimiento de los destinatarios acerca la existencia de la disposición y de la entrada en vigor de la misma.

Palabras claves: Validez material, Validez formal, Derogación, Publicidad, Vigencia, Coherencia, Seguridad Jurídica, Divulgación Jurídica Primaria, Fe Pública Legislativa, Instrumentos Jurídico-Administrativos, Disposiciones Internas de la Administración

Abstract

Guided by the need of a better understanding of the Cuban legislation's main characters with the aim of its improvement, as well as motivated by the absence of quotable precedents in the matter of socio-legal analysis in our country's juridical science mainstream, our research team committed itself to develop a revision of a part of our legal normative in the Housing, Banking, Tourism, Internal Commerce, Migration and Foreigners, Agriculture, Customs, Self-Employment, and Transport sectors. The study involved several indicators; however, this paper is especially devoted to the important aspects of publicity and validity of the norms.

Our main results uncovered the existence of general dispositions which do not establish the mandate of their publication in the Official Gazette of the Republic (however, despite this absence several of those norms were in fact published in the Gazette). The main difficulties linked to the chosen indicators are those related with the attempt of regulating several parcels of social reality by means of the emission of Circular Letters, *Acuerdos*, Instructions (official texts which are not considered formal legal acts by the Cuban juridical doctrine) – however, respective to this issue the behaviour of the normative intention is not homogeneous. Those internal dispositions are formally intended to divulgate technical matters or to correctly instruct the public officers of the corresponding particular administrative branch; but occasionally they are used with general normative purposes. Additionally, there exists a great variety of official texts

(*Circular, Circular Especial, Circular Conjunta, Circular Jurídica, Instrucciones,*

Instrucciones Conjuntas, as well as Resolutions and Joint Resolutions), about which we are concerned because of their uncertain place in the official protocols and thereby the possibilities of facilitating the lack of controls, as well as the violations of the rule of Law by means of undue uses of those documents.

Similarly, the irregularities in establishing the derogatory clauses interrupt the legislative *iter* and affect the organical character, the coherence, the security, and the legality of the country's juridical order, thus favouring a risky legislative dispersion. Finally, establishing the legal force of the juridical instruments since the moment of their rubric excludes the necessity of their publication as a requisite for legal validity and limits the public knowledge of the existence, contents and legal force of the norm.

Colectivo de autores del Centro de Investigaciones Jurídicas

.

Keywords: Material validity, formal validity, derogation, legal publicity, legal force, coherence, legal security, primary legal divulgation, public legal fidelity, administrative law instruments, internal administrative dispositions.

DESARROLLO

“En un Estado moderno, el Derecho no sólo tiene que corresponder a la situación económica general, ser expresión suya, sino que tiene que ser, además, una expresión coherente en sí misma”. (Subrayado de F. Engels).¹

La validez jurídica, una de las categorías básicas de la Teoría y Filosofía del Derecho contribuye a los análisis normativos y sociológicos acerca del Derecho vigente y en este sentido será, fundamentalmente, el punto central de nuestro trabajo. Se hará referencia a otras categorías con las que se encuentra indisolublemente interrelacionada y sin cuya mención la reflexión estaría incompleta: eficacia jurídica, ordenamiento jurídico. Pero aunque en conexión estrecha e incluso con límites difusos en relación a los conceptos antes mencionados, sobre todo con el de eficacia jurídica, el mismo tiene vida independiente y como tal será abordado. No es objetivo hacer un estudio doctrinal completo sobre la validez jurídica, además, sería imposible en este breve espacio. Haremos, en este sentido referencia a algunos conceptos que han aportado estudiosos del tema.

Como parte integrante del trabajo y en relación estrecha con lo anterior, incluiremos en el desarrollo resultados alcanzados en un estudio fundamentalmente cualitativo, que se efectuó en determinadas áreas de nuestro ordenamiento jurídico, donde se realizó una

selección de la legislación, no sólo vigente, sino también derogada, con la finalidad de caracterizar mejor el tema que nos ocupa, al observar el tracto legislativo, lo que nos permite apreciar tendencias, prácticas en nuestro quehacer legislativo.² De lo que se trata, en esta ocasión, es llamar la atención sobre un tema que afecta a una parte de nuestra legislación y sobre lo que se impone reflexionar.

La validez jurídica constituye la esencia de cualquier ordenamiento jurídico en tanto eje o presupuesto inicial alrededor del cual, el mismo, se estructura, y que tributa a esa coherencia que señalaba F. Engels, a esa imprescindible coherencia de un ordenamiento jurídico que pretenda mantenerse junto al Sistema Político en que el se desarrolla. Hablar de validez jurídica significa, entonces, hablar de Derecho en un sentido positivo, hablar de las condiciones en las que el Derecho se produce, de juridicidad, seguridad jurídica, y Estado de derecho. Podríamos cuestionar las bases sobre las cuales se establecen los criterios que determinan la validez de las normas jurídicas en un ordenamiento jurídico determinado, pero no de la necesidad de su observancia.

Para reafirmar la importancia del asunto tratado y en un acercamiento inicial al contenido citamos a Carla Huerta Ochoa:

“La validez referida a las normas es también un criterio jurídico que implica la posibilidad legítima de exigir el cumplimiento de un derecho o una obligación, así como la legal aplicación de un precepto, constituyendo así una garantía de legalidad además de una propiedad de las normas”, la que (...) “debe ser considerada como un requisito a verificar durante el proceso de solución de los casos puesto que al constatar su legalidad se posibilita la aplicación de las normas, con lo que se afirma el Estado de derecho”.³

“Así, el concepto de validez de las normas jurídicas está relacionado con el principio de legalidad, con desarrollo conforme, por lo que no puede ser entendido simplemente como pertenencia, sino como obligatoriedad de la norma mientras ésta no sea derogada o declarada inválida”.⁴

En relación a la realidad cubana, la importancia, y a la vez, la principal dificultad en la realización de estos estudios socio-jurídicos es, prácticamente, su ausencia en nuestra producción académica y la imposibilidad de contar con la necesaria referencia a la hora de abordar el problema de investigación.

En general, el criterio de selección, dentro de las áreas seleccionadas, abarcó aquellos temas con mayor cantidad de legislación, y que, además, tuvieran una mayor incidencia en la población.⁵

La Dra. en Ciencias Jurídicas Martha Prieto Valdés refiriéndose al concepto de validez jurídica nos dice lo siguiente: “Desde el momento en que el órgano del Estado, facultado constitucional o legalmente para crear normas de Derecho, llega a la

conclusión de la necesidad (política, económica o social) de elaborar una disposición normativa, el problema ya no sólo es político, sino también, de carácter técnico jurídico: ¿Está facultado el órgano para regular las relaciones sociales que desea, mediante qué tipo de norma y conforme a qué procedimientos legales puede imponer su voluntad? En consecuencia, cuando actúa conforme a reglas previstas, entre ellas y principalmente la Constitución, la norma que ha nacido es válida; existe conforme a las reglas de elaboración previamente establecidas: y puede ser, por tanto, exigible en la sociedad respecto al círculo de personas que ella misma prevé”.⁶

Ramón Soriano, señala: “La primera característica de la norma es su validez; es el presupuesto del resto de los caracteres básicos. Si la norma no es válida poco importa que sea justa o eficaz o reúna ambas notas exigibles por el ordenamiento jurídico, ya que no es aplicable en la sociedad. Una norma es válida si reúne estos tres requisitos: a) promulgación por los órganos y procedimientos ordenados en la norma superior jerárquica; b) plena vigencia, sin haber sido objeto todavía de una derogación expresa o presunta por otras normas; esta vigencia no es incompatible con la falta de eficacia de la norma, ya que se trata de criterios distintos, y c) ausencia de contradicción con la norma superior jerárquica y otras normas preferentes del ordenamiento jurídico. El último requisito es de orden material, referente al contenido de las normas; los dos anteriores son de orden formal”.⁷

Esa validez formal, o criterio jerárquico distingue las normas conforme a su rango, en tanto la validez material o criterio de distribución competencial es la que diferencia las normas que conforme a su contenido tienen materias reservadas de acuerdo a la competencia del órgano que la emite.

H. Kelsen define la validez como existencia específica de una norma y cuyo fundamento de validez está en la validez de otra norma superior, siendo el fin de esta cadena la Constitución o norma fundante básica.

En H. Kelsen si bien se diferencian los conceptos de validez y eficacia jurídicas cuando señala que el valor de una norma es distinto a que ésta sea aplicada y obedecida en los hechos (lo objetivamente válido)⁸, los ubica en una relación, donde la eficacia es condición de validez, lo que quiere decir que, la eficacia como condición de validez, no es la pérdida aislada, sino reiterada de eficacia, es la norma duramente inaplicada o no acatada, es la pérdida de validez mediante la llamada desuetudo.⁹

Un autor como Joseph Raz¹⁰ distingue entre validez y validez sistemática. Es válida (validez directa o no sistemática) una norma de derecho si tiene las consecuencias normativas que pretende tener, es decir hace depender la validez de su eficacia,¹¹ sin ningún tipo de distinción, aunque no utiliza el término eficacia, y considera que una

disposición es jurídicamente válida – lo que denomina validez sistemática- en virtud de su pertenencia a un sistema jurídico en vigor; es decir, si es sistemáticamente válida.

R. Soriano¹² se identifica a si mismo con H. Kelsen en cuanto a que la absoluta falta de eficacia con el tiempo lleva a la invalidez, la cual es aún peor si está amparada por una práctica jurídica inválida de signo contrario a la norma en desuso, es decir norma la jurídica duramente inaplicada o no acatada.¹³

H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus) Hart introduce lo denominado por él como regla de reconocimiento, específica de cada sistema jurídico, que constituye el elemento unificador del ordenamiento jurídico y criterio de validez.

Para el Doctor D.F. Cañizarez la validez formal, como fundamento de la jerarquía jurídico-administrativa es inoperante dentro de nuestro sistema unitario de organización del poder, visto de una manera absoluta, lo que considera el error fundamental de la Teoría de H. Kelsen, “donde los órganos integrantes del supremo órgano del supremo órgano de Poder del Estado, cumplen funciones de éste, con vista al papel de cada uno en la Unidad.”¹⁴

Expresa que las bases de la jerarquía normativa no deben de estar determinadas por el órgano ni por la generalidad: “Consideramos que la generalidad no debe ser el requisito que puede dar la medida de la jerarquía normativa. Por ejemplo entre nosotros, la generalidad es característica de las disposiciones constitucionales, de la Ley, del Decreto Ley, de los Decretos Reglamentarios o no, de las Leyes y hasta de las Resoluciones Ministeriales, que tengan ese carácter. Tampoco puede ser determinada la jerarquía por el Órgano, pues el Decreto Ley tiene la misma fuerza y valor normativo que la ley, de acuerdo con nuestro texto constitucional, siendo producto ambos de órganos de poder distintos, y también los Decretos Reglamentarios y las Resoluciones Ministeriales reglamentarias de Leyes, tienen el mismo valor normativo siendo adoptados unos por el órgano ejecutivo del Estado y las otras por autoridades administrativas rectoras de una rama de la administración, desde luego, integrantes de dicho órgano superior del Poder, que es a la vez parte integrante del órgano supremo del Poder del Estado”.¹⁵

Considera que resulta mejor hablar de “fuerza jurídica” que de “jerarquía normativa” y la fuerza jurídica de las disposiciones normativas, en nuestro contexto, “se debe determinar por el papel normativo regulador que en el sistema de organización estatal desempeñan los órganos del Poder que la emiten”.¹⁶

Piensa que para los marxistas las disposiciones jurídicas tienen un fundamento material de validez, de jerarquía material, de contenido. En nuestro Estado, ejemplifica, “La Constitución regula la organización y funcionamiento del Estado y la Ley, las relaciones sociales de mayor importancia de la vida social, por mandato constitucional”, y “aunque ambas son producto de la actividad del mismo órgano, se utilizan procedimientos diferentes para su elaboración, aprobación y puesta en vigor de sus respectivos proyectos, que no obstante, son ambos constitucionales”.¹⁷

En cuanto al concepto, Ordenamiento Jurídico la Dra Martha Prieto, lo define como: “conjunto de disposiciones normativas vigentes en un Estado en un momento determinado, y a través de las cuales se regula la vida social. Tales disposiciones resultan del actuar normativo del Estado, o de sus órganos en particular, y en ellas subyace la voluntad política predominante que las ha generado”.¹⁸

Santi Romano, genial jurista italiano, en su obra El ordenamiento jurídico, 1917-1918, introduce el concepto de ordenamiento jurídico cuyo elemento central es la institución, con lo cual destacó el carácter esencialmente organizativo de la noción ordenamiento jurídico, como expresión del Derecho objetivo.¹⁹ Siguiendo su criterio, el Derecho debe ser entendido y explicado como unidad global, como conjunto organizado de normas de organización, fuerza, autoridad y poder, que como conjunto no es una suma de varias normas, sino una unidad en si misma –no artificial ni lograda mediante la abstracción– sino concreta y efectiva.²⁰

H. Kelsen expresa que “Una norma jurídica aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un orden determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden”.²¹

Para la investigación de la validez jurídica en la muestra seleccionada, se tomaron en cuenta los indicadores sujeto emisor²², promulgación²³, publicación, vigencia, correspondencia del contenido con normas de jerarquía superior²⁴, pero nos detendremos en los de publicidad y vigencia. La elección estuvo determinada porque la totalidad implicaría un volumen de información no acorde con el destino del presente artículo y por ser estos indicadores, además, los de mayor afectación.

PUBLICACIÓN²⁵

La publicidad es un requisito previo de la validez, con ella inicia la norma su vida jurídica formal. Es la vía de comunicación de la voluntad del sujeto legislador a los sujetos de la praxis social (destinatarios de la norma).

Las nociones de Soberanía, Estado de Derecho y Legalidad Socialista implican que las normas jurídicas del país, dictadas según los procedimientos establecidos (legítimos), son de obligatorio cumplimiento para todas las personas físicas (seres humanos) y jurídicas (entidades), en todo el territorio nacional, incluyendo al propio Estado y sus órganos. El papel del funcionario público es el de mediador en un sistema de comunicación, donde la voluntad del legislador viaja desde el órgano estatal al destinatario final, que al cumplirla la lleva a la práctica y, por tanto, la convierte en hecho y la hace socialmente eficaz. Para que ello tenga lugar, la condición *sine qua non* es que tanto el funcionario, como – en su caso - los destinatarios de la norma (ciudadanos) tengan acceso al texto normativo, es decir, que exista realmente un sistema de comunicación de la norma entre el legislador y el sujeto cuyas relaciones jurídicas se pretende regular.

Ello hace necesaria la existencia de un sistema estatal de publicidad de textos normativos, encargado de hacerlos llegar a sus destinatarios, que opera como condición de posibilidad para que la presunción del conocimiento general de la norma (y la no excusabilidad de su ignorancia) resulte un principio justo.

De este modo, la publicación de la norma por un órgano del Estado, llamada divulgación primaria²⁶, se convierte en uno de los elementos necesarios para legitimar las diferentes funciones e instituciones estatales, y así como contribuir a la hegemonía de las clases sociales en el poder.

En nuestro caso, esta divulgación primaria se realiza a través de la Gaceta Oficial de la República de Cuba. Si una disposición jurídica se publicó en la Gaceta, entonces se presume automáticamente que esta tiene que ser absolutamente conocida por todos.

En este sentido, el artículo 77 de la Constitución de la República de Cuba, dispone que las leyes, los decretos-leyes, decretos y resoluciones, reglamentos y demás disposiciones generales de los órganos nacionales del Estado, se publiquen en la Gaceta Oficial de la República.

La publicidad de las normas jurídicas también está relacionada con los conceptos de, fe pública legislativa y seguridad jurídica.

Según el profesor Pedro Verdejo Reyes, dar fe equivale a atestiguar solemnemente la veracidad de un hecho de trascendencia jurídica. La fe pública se define como “una función específica del poder del Estado, de carácter público, consistente en garantizar de forma indubitada la veracidad de determinados hechos y actos que de una manera directa o indirecta afectan la actuación de la legalidad socialista”²⁷. En el campo

legislativo la fe pública está relacionada con los conceptos recién expuestos, en particular, en tanto garantía de autenticidad de una norma jurídica nueva, es decir, certificación avalada por el Estado de que un texto que aparece publicado en la Gaceta Oficial se corresponde adecuadamente con el que fuere elaborado y aprobado por el Legislador. Así, la fe pública es un atributo indispensable de la divulgación jurídica primaria. De este modo, permite también que los funcionarios públicos, operadores jurídicos y ciudadanos tengan confianza en la veracidad de las normas a las que tienen acceso cuando revisan el tracto cronológico de la Gaceta Oficial.²⁸

Por tanto, la fe pública constituye un atributo de la divulgación jurídica primaria, estableciendo esta última como un canal de comunicación jurídica privilegiada, dotado de certificación tácita de autenticidad. La fe pública legislativa contribuye a la confianza de los destinatarios de las normas jurídicas en que estas aparecen fielmente transcritas en los textos, y de este modo su contenido está disponible en una forma exacta y no adulterada

Una vez publicado, el texto legal pasa al dominio público, pero al Ministerio de Justicia le corresponden prerrogativas especiales en materia de su reproducción. La publicación de materiales bibliográficos, hemerográficos o informáticos conteniendo textos jurídicos provenientes de los órganos oficiales de divulgación, que se realiza para garantizar el acceso de los operadores jurídicos y de otras personas interesadas por las normas del Derecho, puede denominarse divulgación secundaria. A partir de los elementos expuestos, el Estado puede estar interesado en regular esta divulgación secundaria, con vistas a establecer su fidelidad respecto al texto oficial publicado en la Gaceta. En caso de requerirse una autorización de alguna institución del Estado para realizar tal divulgación, y de controlarse la fidelidad de la transcripción del texto normativo, se podría hablar de una presunción de fe pública en cuanto a la autenticidad del texto legal. Pero también hemos de tener en cuenta que la publicidad normativa, al ser un requisito de la validez de las normas, ayuda a consolidar el ordenamiento jurídico como un todo, facilitando la eliminación de cualesquiera dudas sobre la legitimidad de sus componentes. Las disposiciones, al ser visibles para el amplio público, pueden ser tomadas en cuenta por sus destinatarios a la hora de organizar el tráfico jurídico, corrigiéndose sin dificultad cualquier error, propiciando la transparencia de las actuaciones, eliminando cualquier zona oscura la norma jurídica y la posibilidad de intrigas y las conductas impropias de los funcionarios. Todo ello nos traslada al dominio de la seguridad jurídica.

La publicidad del Derecho contribuye también a la estabilidad de otros valores, entre ellos la seguridad jurídica. Según Radbruch “Entendemos por seguridad jurídica, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida o nuestros bienes contra el asesinato, el robo, etc. [...], sino la seguridad en el Derecho mismo”²⁹. Este autor menciona entre las cuatro condiciones para tal seguridad, el deber para el Derecho de ser positivo, estando estatuido en leyes –es decir, en textos escritos, notorios, diseñados para ser consultados, leídos, y, por tanto, susceptibles de una adecuada divulgación para su conocimiento; y el deber para el Derecho de no hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, motivados por factores incidentales. “La seguridad jurídica reclama, pues, la vigencia del Derecho positivo”³⁰. Citando a Bentham (1758-1832), vale decir que gracias a la seguridad jurídica podemos [...] “...prever el futuro y, por tanto, tomar nuestras disposiciones para él; es la base sobre que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; [...] es la característica distintiva de la civilización...”³¹

VIGENCIA

Constituye la vigencia un indicador en estrecha relación con la validez jurídica, que aunque se usan a veces indistintamente, en puridad jurídica, significa la existencia de vida jurídica de la norma.

El Decreto No. 62/80 es bien categórico, en su Resuelto Segundo, cuando establece que en ningún caso se considerarán vigentes las disposiciones hasta tanto no se produzca su publicación en la Gaceta Oficial, con independencia del efecto retroactivo que en su caso puede disponerse cuando haya causa para ello y determina que estas disposiciones de carácter general entran en vigor a los tres días de su publicación en la Gaceta Oficial de la República si en ellas no se dispone otra cosa.

El Decreto No. 62/80 en el Resuelto Primero, en correspondencia con el Artículo 77 de la Constitución, define cuando una disposición tiene carácter general, y es cuando debe ser cumplida fuera de los marcos del organismo donde se dicta, por otros órganos u organismos estatales o las empresas o dependencias de estos o interesa a las organizaciones sociales y de masas o la población.

El Resuelto Quinto del mencionado Decreto No. 62/80 nos dice más: “Los organismos de la administración central del Estado que dictan disposiciones de las reguladas en el presente Decreto, pueden darlas a la publicidad antes de su publicación en la Gaceta Oficial de la República, pero deben de señalar la fecha en que entrarán en vigor, conforme se establece en el apartado segundo.

Un aspecto dentro de la vigencia es lo relacionado con la Cláusula Derogatoria. Nos remitimos al Doctor Julio Fernández Bulté, que escribe que “...una buena técnica jurídica exige que al final de los actos normativos se incluya la (...) cláusula de derogación, que se exprese directamente cuáles normas legales anteriores quedan afectadas por la nueva” y en la que además se incluya la afirmación que diga que esa nueva ley “deroga a tales y a cuantas otras se opongan a lo dispuesto. De este modo, se produce una derogación que aunque no llega a ser expresa, se escapa de la imprecisión que puede traer la tácita pura”.

Por derogación expresa o directa el Doctor Fernández Bulté, entiende: “...cuando la nueva disposición dice concretamente, por lo regular en la llamada cláusula derogatoria, que viene a derogar, o a subrogar o a abrogar tales o más cuales otras disposiciones”.

Por derogación tácita o indirecta señala que es aquella en que la aclaración anterior no se hace y “se fundamenta en el principio de evitación de antinomias y en que la nueva ley se impone sobre la anterior”.³²

En relación a derogar, subrogar y abrogar, técnicamente existen diferencias, aunque en un sentido general se utiliza, independiente de los casos que cada uno de estos conceptos precisa, el término derogar.³³

En la legislación revisada no hay una práctica homogénea en relación a la observancia de estos indicadores de publicidad y vigencia. Entre las problemáticas detectadas tenemos:

- 1) Irregularidades en la disposición del mandato a publicar en la Gaceta Oficial.

Se dan los siguientes supuestos: Las que omiten el mandato y no están publicadas en la Gaceta Oficial de la República, las que no contienen el mandato y se publican.

- 2) Circulares, Instrucciones, que: establecen normas, para lo cual no son los instrumentos jurídicos administrativos idóneos, ya que las Circulares o Cartas Circulares, Instrucciones, aunque no hay nada regulado al respecto, doctrinalmente son disposiciones internas de la Administración Pública, utilizadas para comunicar, divulgar o instruir, con efectos internos de la institución que las emite, y que no tienen, por tanto, que ser publicadas (de hecho en muchos casos no se publican).

La preocupación respecto a ellas radica en que están fijando definiciones o estableciendo algún tipo de regulación, interpretación o precisión, de las cuales se hace depender la aplicación de una disposición normativa de superior rango, constituyendo en algunos casos el peso, o un por ciento considerable de las disposiciones

complementarias en una temática determinada. Únase a ello que en consecuencia las referidas regulaciones son establecidas por funcionarios que no tienen esas atribuciones. En un sentido similar estamos utilizando el Acuerdo.

Por ejemplo en el tema de grandes inmuebles la legislación complementaria se encuentra en las Circulares No. 3/89 de 14 de abril y 6/86 de 30 de diciembre, del Instituto Nacional de la Vivienda, ninguna publicada en la Gaceta Oficial de la República. La primera es acerca de la interpretación y aplicación de los casos comprendidos en el artículo 76 segundo párrafo y Disposición Especial Primera de la Ley 65/88, legislación básica, y la segunda precisa los conceptos de Utilidad Pública, Necesidad Social y Necesidad Oficial.

Concordamos con al profesor Cañizarez cuando expresa que “...sólo por Ley, Decreto Ley o Decreto deben establecerse derechos y deberes a los ciudadanos, y personas jurídicas, así como las prohibiciones, expropiaciones, intervenciones, multas, impuestos o decomisos, que constituyan imitaciones importantes de los derechos de aquellos, ofreciéndose en tales casos las garantías jurídicas a través de recursos, hasta la vía judicial a los afectados.

Por la razón anterior, las Resoluciones Ministeriales-continúa Cañizares- que “afectan la vida de la gente” como una vez expresó Fidel, no deben establecer derechos y deberes a los ciudadanos, o personas jurídicas, ni las prohibiciones, restricciones o afectaciones antes referidas, sino sólo regular el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes que las señaladas disposiciones jurídicas superiores establezcan; reglamentar las Leyes y Decretos Leyes cuando le corresponda constitucionalmente y reglamentar la organización y prestación de los servicios estatales a cargo de su organismo, así como dictar los actos administrativos en materia de su competencia administrativa, estos últimos de carácter no-normativo. Todo ello, en cumplimiento de la facultad de dirigir y ejecutar la política del Estado y del Gobierno en su sector, y con carácter general para los otros sectores del Estado, en la materia de su competencia”.³⁴

Y de lo que se está hablando no es ya de Resoluciones que, por lo menos, como regla general son publicadas y resultan del actuar de los titulares de los OACE.³⁵

- 3) La utilización de la derogación tácita o indirecta, aún cuando las disposiciones en donde ésta se está utilizando establecen modificaciones y derogan disposiciones jurídicas.

- 4) Sin establecer Cláusulas Derogatorias injustificadamente, cuando debieron hacerlo o ubicación de la misma en cualquier parte de la disposición y no donde según la secuencia lógico jurídica le correspondiere.
- 5) Cláusula Derogatoria que expresamente deroga disposiciones jurídicas que nunca fueron publicadas, e incluso se derogan de manera unilateral, sólo por una parte, disposiciones firmadas de forma conjunta.

La Resolución 618/03 “Reglamento Complementario al Decreto-Ley 233, que modifica artículos de la Ley 65, Ley General de la Vivienda” es un ejemplo donde podemos encontrar todos estos supuestos. Aquí una de las Circulares que se “deroga” y que nunca se puso en vigor, al no ser éstas, por definición publicables y en la realidad casi nunca se publican, por no hablar en términos absolutos, es además, una Circular Conjunta, la Circular Conjunta INV-BPA de 28 de enero de 1991 firmada en su momento por ambos Jefes de Organismos y “derogada”, mediante esta Resolución, por sólo uno de ellos, el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.

- 6) Utilización generalizada de la fórmula general de la derogación tácita, aun cuando técnicamente es admisa, lo que complejiza el conocimiento de lo vigente y la determinación de la norma aplicable.
- 7) Establecimiento de la vigencia de la disposición a partir de la firma del instrumento jurídico determinado, lo que excluye entonces la necesidad de su publicación como requisito esencial de validez.
- 8) Observamos una gran variedad dentro de las Circulares e Instrucciones. (Circular, Circular Especial, Circular Conjunta, Circular Jurídica, Instrucciones, Instrucciones Conjuntas, además de las Resoluciones y Resoluciones Conjuntas. Cada una de estas disposiciones debe aparecer organizada en los protocolos existentes en los diferentes organismos de la Administración Central del Estado. Nos surge la preocupación, de cómo estará organizado toda esta variedad, en función de su correcta utilización y de que no sean facilitadores del descontrol y de la ilegalidad.
- 9) Ausencia de la fecha de promulgación de la norma.
- 10) Entrada en vigor de la disposición a partir de su fecha, sin especificar a que fecha se hace referencia.
- 11) La disposición entrará en vigor a partir de la fecha de emisión.

Por último, independientemente del cuestionamiento técnico-jurídico de la validez y vigencia de una parte de nuestra normativa, que no cumple con lo que establece la

Constitución de la República y el Decreto No. 62/80 en cuanto a publicidad y vigencia, nos preocupa la existencia de mecanismos alternativos de creación de Derecho, y que estos se hagan práctica cotidiana.

Con relación a los resultados que estamos valorando, la expresión alternativa la estamos empleando en el sentido de existencia de formas paralelas de creación de derecho, como práctica paralela de producción de normas, -al margen de lo legalmente establecido-, práctica utilizada quizás por desconocimiento, o como posible arbitrariedad de algunos funcionarios, usando para estos objetivos instrumentos jurídicos administrativos inadecuados y que se conoce que, por definición, no son publicables, desconociendo requisitos esenciales de la vigencia y validez. Esta manera no formal, no lo suficientemente pensada, propicia desorganización, dispersión normativa, inseguridad jurídica, todo lo cual puede dar posibilidades a la ilegalidad y el delito.

La producción de normas con el desconocimiento de principios técnicos jurídicos y procedimientos contenidos en el ordenamiento jurídico atenta contra la coherencia, el carácter de sistema del mismo. Estos principios, que además trascienden lo técnico jurídico y a los que nos hemos referido ya son: el principio de constitucionalidad, el principio de legalidad y de jerarquía normativa, así como los de igualdad y seguridad jurídica, cuya esencia se resumen en la validez jurídica.³⁶

Finalmente consideramos la necesidad de:

1. Capacitar, educar, y divulgar a los cuadros y funcionarios, de manera adecuada y sistemática, sobre la teoría del orden jurídico cubano, que incida de forma directa en ayudar, definir y lograr un mejor uso de los recursos normativos por ellos en los órganos y organismos en que dirigen.
2. Dictar una disposición jurídica, que a nuestro juicio debe elevarse a rango de Ley, de acuerdo al mandato del DL 67/83 en su Artículo 13, párrafo segundo, en donde se regule las formalidades, el procedimiento a seguir, y los requisitos a observar para la promulgación de los reglamentos, resoluciones y disposiciones que dicten los Jefes de los Organismos de la Administración del Estado, conforme a contenido, forma, jurisdicción y competencia, y niveles jerárquicos de las mismas.
3. Exigir que cada Organismo defina su norma jurídica (Orgánica), de manera que se constate las atribuciones y facultades de cada funcionario de esta estructura, y cuáles de estas pueden ser delegadas. Art. 11 b) DL 67.

4. Emplear correctamente los conceptos, conforme a doctrina establecidos, en la confección de las normas jurídicas para evitar una utilización e interpretación errónea.
5. Establecer mecanismos de control que de una manera efectiva impidan la vulneración de principios rectores que faciliten la armonización interna del ordenamiento jurídico cubano, la detección concreta y correcta de la disposición aplicable, la aplicación de lo dispuesto por los órganos estatales competentes y, con ello, de la legalidad socialista.
6. A los efectos de propiciar el respeto a la ley en sentido general, el disfrute de los derechos, el cumplimiento consciente de los deberes ciudadanos y de los mandatos legales, así como para posibilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento de la misma, debe respetarse la obligación de publicación formal de las disposiciones que establezcan derechos, deberes, etc. Asimismo, deberán emplearse otros medios de divulgación. Sólo una población informada y formada en el respeto a la ley, puede ejercer el mejor control, el del pueblo trabajador en su conjunto, sobre las ilegalidades y el delito, creando un clima de necesaria estabilidad y seguridad jurídicas y en definitiva de moral social.

Bibliografía

- Constitución de la República de Cuba. Editado por el órgano de Divulgación del MINJUS, 4ta. Edición, 1989, Pág. 66.
- Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996.
En: Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L, Selección Legislativa del Derecho Constitucional Cubano.
- Decreto-Ley No. 67 de 19 de abril de 1883 “De organización de la Administración Central del Estado” En: Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L, Selección Legislativa del Derecho Constitucional Cubano.
- Decreto Ley No. 147 "De la reorganización de los organismos de la Administración Central del Estado" En: Prieto Valdés, M. y Pérez Hernández, L, Selección Legislativa del Derecho Constitucional Cubano.
- Decreto No.62, de 30 de enero de 1980, que regula la política a seguir por los Organismos de la Administración del Estado para la publicación de las normas jurídicas en la Gaceta Oficial de la República de la de Cuba.

- Cañizarez Abeledo, D. F. Teoría del Estado. Ciudad de La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1979.
- _____. "Las jerarquías de las disposiciones jurídicas" Octubre 2004, Págs. 22 (Material mimeografiado).
- Clemente Tirso, Derecho Civil Parte General T.II, Tercera Parte, Ciudad de La Habana, Editorial Pueblo y Educación 1984, Págs. 1223.
- Engels, F. "Carta a K. Schmidt", de 27 de octubre de 1890. En "Obras Escogidas de C. Marx y F. Engels", Moscú, Ed. Progreso, 1971, citado por Fernández Bulté, J. Formación Jurídica para Cuadros del Estado, Folletos, parte 2.
- Fernández Bulté, Dr. Julio. El Derecho. En: Teoría del Estado y del Derecho, Teoría del Derecho, La Habana, 2001, Editorial Félix Varela, Págs. 94-95.
- Fernández Bulté, Julio y Lisette Pérez Hernández (comp.) Lecturas de Teoría del Estado y del Derecho, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, Págs.130-137.
- Huerta Ochoa, C. Conflictos Normativos, Universidad Autónoma de México, 2003, En: Biblioteca Jurídica Virtual, www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=949.
- Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho, material impreso, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Martínez Heredia, F., El horno de los 90, La Habana, Ciencias Sociales, Edición 2005.
- Matilla Correa, A., Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento), En: Colectivo de autores Temas de Derecho Administrativo Cubano, Tomo II, La Habana, Editorial Varela, 2004.
- Mondelo García, W., La unidad del Derecho ¿orden o sistema?, material impreso, 2006.
- Prieto Valdés, M., Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción. Material impreso.
- _____. El Ordenamiento Jurídico Cubano. Caracteres y Principios esenciales, En: Matilla Correa, A. Introducción al estudio del Derecho. La Habana, Edit. Felix Varela, 2003.
- _____. El Derecho. En: Matilla Correa, A. Introducción al estudio del Derecho. La Habana, Edit. Felix Varela, 2003.
- Rivero Valdés, O. Temas de Derechos Reales, La Habana, Editorial Feliz Varela, 2003, Págs. 310.
- Santiago Nino, C. Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1984, 2da reimpresión.

- Soriano, R., Los caracteres y las categorías de las normas jurídicas, En: Selección de Soto Álvarez, Clemente. Selección de términos jurídicos, políticos, económicos y sociológicos. México, Editorial LIMUSA, 1990, Págs. 291.
- Radbruch, G. Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1951.
- Raz Joseph, La Autoridad del Derecho, En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Reyes Paret, Y. Un primer acercamiento a los Instrumentos Jurídico-Administrativos, Colectivo de autores, Temas de Derecho Administrativo Cubano, Tomo I, La Habana, Editorial Varela, 2004.

Notas:

¹ Engels, F. “Carta a K. Schmidt”, de 27 de octubre de 1890. En Obras Escogidas de Marx y Engels, Moscú, Ed. Progreso, 1971, pp. 492 y siguientes citado por el Dr. Julio Fernández Bulté en: Formación Jurídica para Cuadros del Estado, Folletos, parte 2, pp. 10.

² Las áreas estudiadas fueron las siguientes: Vivienda, Banco Central de Cuba, Turismo, Comercio Interior y Emigración y Extranjería, Agricultura, Aduana General de la República, Trabajo por Cuenta Propia y Transporte.

³ Huerta Ochoa, C. Conflictos Normativos, pp. 39 del material impreso.

⁴ Huerta Ochoa, C. Conflictos Normativos, pp. 148.

⁵ En vivienda, por ejemplo, fueron seleccionados contenidos como: Arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios, División de viviendas, Permutas, Donación, Procedimiento, Ilegales. Se analizaron también otras temáticas como Atención a la población, Cambio de vivienda, Grandes inmuebles, Utilidad Pública o interés social y necesidad social, Confiscación por abandono definitivo del país y Viviendas de veraneo. En total fueron estudiadas 50 disposiciones.

En relación con el tema de Inmigración y Extranjería del MININT, se revisaron las siguientes Leyes con sus respectivos reglamentos: No.1312, de 20 de septiembre de 1976 (Ley de Migración) y No. 1313, de 20 de septiembre de 1976 (Ley de Extranjería), Decreto No. 2, de 19 de julio de 1978 (Reglamento de Migración) y Decreto No. 27, de 19 de julio de 1978 (Reglamento de Extranjería).

En cuanto a la legislación del Banco Central de Cuba, se examinaron un total de 101 disposiciones jurídicas, de ellas 2 Decretos-Ley, 58 Resoluciones, 27 Instrucciones, 13 Acuerdos y 1 Carta Circular.

En Turismo 56 disposiciones: 48 Resoluciones y 8 Instrucciones.

En Comercio Interior 48 Resoluciones.

En Agricultura se analizaron 72 textos, entre disposiciones e instrumentos jurídicos: 3 Leyes; 4 Decretos Leyes; 3 Decretos; 32 Resoluciones; 8 Resoluciones Conjuntas; 12 Instrucciones; 6 Acuerdos; 1 Circular; 3 Cartas, en las materias sobre Tractores, Unidades Básicas de Producción Cooperativa, Usufructo de la tierra y la propiedad, Cooperativa Agropecuarias y Registro de la tenencia de la tierra.

En Trabajo por Cuenta Propia: Resolución 9/2005 “Reglamento para el Ejercicio del Trabajo por cuenta propia”, de fecha 11 de marzo del 2005.

Fueron estudiadas, además, en lo que corresponde: La Constitución de la República, Ley No. 15, Ley General de la Vivienda de 23 de diciembre de 1988, Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 25 de diciembre de 1996, Decreto-Ley No. 67 de 19 de abril de 1983 “De organización de la Administración Central del Estado”, y el Decreto Ley No. 147 “De la reorganización de los organismos de la Administración Central del Estado”, Decreto No.62, de 30 de enero de 1980, que regula la política a seguir por los Organismos de la Administración del Estado para la publicación de las normas jurídicas en la Gaceta Oficial de la República de la de Cuba.

⁶ Prieto Valdés, Dra. M. “Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción.” Material impreso, pp 2, donde remite además a la doctrina donde el término ha sido definido por diferentes autores: “H. Kelsen encabeza el grupo de autores para los que la validez de la norma de Derecho es sinónimo de existencia, siempre que se apoye en la norma superior, formando una dependencia de la una a la otra hasta llegar a la Constitución histórica y la norma hipotética fundamental, madre de la

legitimidad de todo el Ordenamiento jurídico. Raz (1979), se refiere a tales dependencias bajo la denominación de cadenas de validez. Desde posiciones normativistas, aún cuando no extremas, autores como Recasen Siches (1949), reconoce la coactividad como fundamento de validez objetiva de las normas, independiente del reconocimiento del sujeto. Bobbio (1958), consideró como válida la norma que estaba insertada en el Ordenamiento jurídico, siempre y cuando se hubieran cumplido ciertos requisitos para su elaboración: producida por el órgano competente de conformidad con el procediendo establecido. Peces Barba (1983), la validez de la norma es signo de su identificación y existencia considerándola aisladamente, con independencia de que sea justa y eficaz. Alchourron y Bulygin (1991 y 1996), emplean el término validez para designar la pertenencia de la norma al Sistema Jurídico. De Lucas y otros (1997) destacan que es el criterio de validez lo que permite determinar que la norma pertenece al Ordenamiento jurídico, en donde a validez es sinónimo de existencia”.

⁷ Soriano, Ramón. Los caracteres y las categorías de las normas jurídicas, en Selección de Lecturas de Teoría del Estado y del Derecho, Compiladores Julio Fernández Bulté y Lissette Pérez Hernández, Pág. 130-131.

⁸ “Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua a los hechos, por lo menos hasta cierto grado [...] Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez”, Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, pp 24.

⁹ En Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, pp 224.

¹⁰ En La Autoridad del Derecho, de Joseph Raz, pp 195.

¹¹ En este sentido siguiendo a Kelsen, la condición es idéntica a lo que condiciona, Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, pp 223.

¹² Soriano, Ramón. Los caracteres y las categorías de las normas jurídicas. Material Impreso, Pág.131

¹³ En Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, pp 225.

¹⁴ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F, Las jerarquías de las disposiciones jurídicas, material impreso, pp 9.

¹⁵ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F, Las jerarquías de las disposiciones jurídicas, material impreso, pp 8-9.

¹⁶ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F, Las jerarquías de las disposiciones jurídicas, material impreso, pp 16.

¹⁷ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F, Las jerarquías de las disposiciones jurídicas, material impreso, pp 13-14.

¹⁸ Prieto Valdés, Dra. M. El Ordenamiento Jurídico Cubano. Caracteres y Principios esenciales. En: “Curso de Preparación Jurídica para Cuadros del Estado”, pp. 62. (El subrayado es nuestro).

¹⁹ Martín Retortillo, S. “Estudio preliminar” en Romano, S. El Ordenamiento jurídico. IEP., Madrid, 1963, pp.17.

²⁰ Romano, S. El Ordenamiento jurídico. (trad. M. Retortillo), IEP., Madrid, 1963, pp 96.

²¹ En Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, pp 45.

²² Cañizarez Abeledo, Dr. D. F. Teoría del Estado. Editorial Pueblo y Educación, 1979, pp 165. Sobre el Sujeto Emisor escribe:

“El proceso formal de la función legislativa corresponde exclusivamente al órgano legislativo...”

“Órgano es aquella parte de un todo organizado al cual corresponde una función determinada”.

Para formar el concepto jurídico de órgano, _ escribe el Dr. Garcini Guerra _, se precisa la concurrencia de: a) una fracción de la actividad del Estado, concretada en el oficio o centro de competencia; b) un individuo o un conjunto de individuos que producen respecto de aquel, actos de voluntad y actuación; y c) una imputación jurídica en virtud de la cual esos individuos han sido encargados de realizar la función inherente al oficio de que se trate.

Tomando en consideración los requisitos siguientes, podemos definir el órgano legislativo del Estado como el individuo o conjunto de individuos al cual o a los cuales corresponde la función de elaborar y aprobar el orden normativo de la sociedad, de acuerdo con los procedimientos establecidos para ello.”

²³ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F. Teoría de Estado. pp. 170. En relación al concepto de Promulgación expresa:

“La promulgación es el acto por el cual se otorga ejecutividad al proyecto de la ley aprobado, ordenándose la publicación del mismo.”

“Con la promulgación, el proyecto adquiere vida jurídica, se convierte en ley, aunque la misma no comience a regir todavía y por tanto no obligue a su cumplimiento.”

²⁴ Este indicador está explicado cuando nos referimos a la validez formal y material.

²⁵ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F. Teoría de Estado. pp 171, 172, escribe: “La publicación de la ley es el acto por el cual se pone en conocimiento de los destinatarios de la misma, la promulgación de la ley.”

“El acto de la publicación sirve de presupuesto jurídico a la clásica presunción jurídica *jure et de jure*, que establece el conocimiento de las leyes por todos los ciudadanos por el sólo hecho de la publicación de las mismas, al extremo de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (*ignoratio legis non excusat*).

La publicación de la ley precisa de un medio oficial claro y cierto que otorgue la seguridad del verdadero texto de la misma.”

²⁶ Publicidad no es sinónimo de divulgación, aunque es también una de sus consecuencias. No publicar equivale a afectar la seguridad jurídica del destinatario de la norma, limita el conocimiento del círculo de derechos y deberes que le corresponden legalmente a ese destinatario, y puede perjudicar que el mismo la actúe de acuerdo con lo normado.

²⁷ Verdejo Reyes, Apuntes del Derecho Notarial, 1988, pp. 13.

²⁸ En cuanto a la fe pública legislativa, Verdejo Reyes también establece lo siguiente: “...podemos determinar en primer lugar, el aspecto legislativo de la Fe Pública, y en tal sentido debemos añadir que todos los acuerdos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de los Consejos de Estado y de Ministros, y de aquellas resoluciones de gobierno, de carácter general, están avaladas en su veracidad no solo por su pronunciación pública o colectiva, sino por su publicación en la Gaceta Oficial de la República, que impone de forma coercitiva y colectiva su aplicación y cumplimiento, y por tanto, tenemos que establecer una clasificación especial, de carácter impersonal, a los efectos de dejar sentada una diferenciación en la actuación judicial de la Fe Pública, a la cual, desde el punto de vista didáctico, denominamos Fe Pública legislativa o parlamentaria”. (Ibídem, pp. 15).

²⁹ Radbruch, G. Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1951 (1951, pp.40).

³⁰ Radbruch, G. Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México DF, pp.41.

³¹ Bentham, J cit por Radbruch, Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México DF, pp.42.

³² Fernández Bulté, Dr. C J. Teoría del Estado y del Derecho, Teoría del Derecho, La Habana, 2001, Editorial Félix Varela, pp 95.

³³ Fernández Bulté, Dr. C J. Teoría del Estado y del Derecho, Teoría del Derecho, La Habana, 2001, Editorial Félix Varela, pp 94-95 define :

“La abrogación consiste en dejar sin efecto un acto jurídico, es decir, una ley, sin que haya otra que venga a ocupar su lugar. En ocasiones cuando se alude a la abrogación, se dice que se ha producido una derogación total”.

“La subrogación es la sustitución de una ley o acto normativo por otra que se coloca en su lugar, que la subroga”.

“La derogación propiamente dicha, o derogación en sentido exacto, consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley o acto normativo, mientras el resto del anterior cuerpo legal permanece vigente”.

El término modificar es para “cuando se hacen arreglos, modificaciones o reformas parciales”, en algunos de los preceptos de un cuerpo legal.

³⁴ Cañizarez Abeledo, Dr. D. F, Las jerarquías de las disposiciones jurídicas, material impreso, pp 18-19.

³⁵ En el artículo “Un primer acercamiento a los instrumentos jurídicos administrativos” la Lic. Yanila Reyes Paret ofrece una conceptualización, y una diferenciación, de cada una de las manifestaciones del actuar de la Administración Pública. Si hay que anotar el hecho de que no hay una opinión unánime en esta materia, el Dr. Andry Matilla en el artículo “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano” es del criterio, incluso, que estas diferencias son más de índole circunstancial que propiamente sustancial. En lo que si hay consenso es en lo que referente a la limitación de Instrucciones y Cartas Circulares como fuente de Derecho, con trascendencia de éstas, sólo al ámbito interno de la administración, en Colectivo de autores Temas de Derecho Administrativo Cubano, Tomos I y II, pp. 72, 577, 584.

³⁶ Prieto Valdés, Dra. M. El Ordenamiento Jurídico Cubano. Caracteres y Principios esenciales. En: “Curso de Preparación Jurídica para Cuadros del Estado”, pp. 65-66.

EL RÉGIMEN AUTONÓMICO EN BOLIVIA ENTRE EL ESTADO SIMPLE Y EL ESTADO COMPUESTO

Bolivian Autonomic Regime: between the simple state and the compound one

Lic. Liliam Fiallo Monedero

Especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

Profesora Instructora de la Universidad de La Habana

RESUMEN

El presente ensayo discurre a partir del análisis de las principales propuestas autonómicas que se debaten en el marco de la Asamblea Constituyente boliviana, haciendo especiales énfasis en los modelos de Autonomías Departamentales y el de las Autonomías Indígenas, propuestos por las fuerzas políticas antagónicas al presente. Toma partido por la propuesta del Movimiento al Socialismo (MAS) sobre una Autonomía Mixta, dando nociones de cómo llevarla a vías de hecho. Se analizan las posibles causas que han podido motivar los actuales conflictos desintegracionistas en Bolivia, así como los riesgos que podría traer para el mantenimiento de la unidad nacional, la inadecuada implementación del régimen autonómico.

Palabras claves:

Estado, Regimen autonómico. Identidad, Exclusion social, Representacion

Abstract: This essay proceeds from the main regional autonomous law proposal analysis being debated within the framework of the Bolivian constituent assembly placing special emphasis on both, the departamental autonomy models and indigenous autonomic ones, proposed by the antagonistic political forces at present. It takes a position in favor of the Movement Towards Socialism's proposal for a mixed autonomy, outlining ways in which it could be put into practice. The essay analyzes the Possible causes that may have given rise to the current secessionist conflicts in Bolivia, as well as the risks that an inadequate implementation of the autonomous regime could pose to the prevention of national unity.

Key Words: state, autonomous regime, identity, social exclusion, representation

INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica existe, sin lugar a dudas, una recia tradición centralista que se manifiesta tanto en la existencia de sistemas presidencialistas fuertes como en la centralización de las estructuras políticas. Más allá de su necesidad histórica, esta estrategia política ha condicionado la formación de una serie de concepciones que vienen frenando, en el caso específico de Bolivia, la implementación adecuada de un régimen autonómico.

La noción unitarista se erige de este modo en el centro del debate, esgrimiendo que la autonomía

de las regiones puede afectar la cohesión del país cuando, posiblemente, sea la única vía para salvarlo de una inminente desintegración, si se comienzan a reconocer las diferencias sectoriales presentes en la sociedad boliviana como la base de un régimen democrático estable.

Del mismo modo debe ser superado el igualitarismo, que ha provocado que el nivel central destine la misma cantidad de recursos a todas las regiones y organismos estatales, desechando el criterio de la necesidad real y de la eficiencia. Esto desmotiva a los que contribuyen en mayor medida, fomenta la pasividad en los que tienen una baja productividad, y favorece la tendencia a subvalorar la capacidad de autogestión de las entidades estatales, las que deben incrementar sus responsabilidades y competencias.

No negamos que la implementación de un régimen autonómico en Bolivia resulte riesgosa por la presente situación de crisis política, social y económica que atraviesa esa sociedad, pero defendemos el criterio de que, si este se lleva a cabo bajo determinados principios y con el establecimiento de eficientes mecanismos de control y de autogestión entre los diferentes niveles de gobierno, podrá ser una vía válida para la consecución del fin principal de la actual agenda política del MAS: la eliminación de las actuales circunstancias de exclusión social y de distribución inequitativa de los recursos financieros.

La novedad del presente ensayo de investigación radica en que, a partir del análisis de las principales propuestas autonómicas que se debaten en el marco de la Asamblea Constituyente, se ha realizado una propuesta de autonomías compuestas, a la que ya ha hecho referencia el MAS, pero que aún no ha formulado cómo llevarla a efecto.

DESARROLLO

1. Breve noción de autonomía. Su legitimidad

La noción moderna de autonomía se perfila como la capacidad que tienen determinados sujetos de derecho, en este caso determinadas agrupaciones sociales o entes territoriales para regirse por órganos propios y crear normas jurídicas con el objetivo de autodeterminarse. Sería que esta no puede ser identificada en su totalidad con las nociones de «descentralización» ni «autogestión»: pues mientras el primer término se limita al ámbito político o al administrativo, el segundo hace referencia a la esfera económica, por lo que el contenido de ambos es rebasado por el de la autonomía, que adquiere una connotación global al otorgar a los entes autónomos una mayor capacidad de autodeterminación que se desagrega en otras facultades, a las que se hará referencia con posterioridad.

Este reclamo debe hallar legitimidad en la existencia de un fundamento histórico que permita definir una base territorial y una determinada identidad asociada a esta. En sociedades que han alcanzado mayores niveles de uniformidad social y cultural, la autonomía puede ser reconocida sólo a partir de la base territorial, lo que está fundamentado en la existencia de un sujeto territorial. Sin embargo, esta solución resulta inviable en sociedades donde confluyen diversas identidades que determinan la existencia, ya no de sujetos territoriales, sino de sujetos culturales, dando lugar al reconocimiento de una autonomía «compuesta», es decir, de una autonomía con un componente territorial que se encuentra determinado por otro cultural debido a que el territorio queda determinado por la ubicación geográfica de este sujeto.¹

De esta forma podemos concluir, que el hecho de compartir una base cultural común, fácilmente diferenciable del resto de las identidades existentes, se erige como la primera ratio del derecho de autodeterminación de los pueblos, y constituye una arbitrariedad que los estados plurinacionales nieguen su derecho de autodeterminación, basándose en el criterio del patriotismo constitucional.²

No obstante, debemos estar conscientes de que el ejercicio efectivo de este derecho tiene como uno de sus principales efectos la disolución gradual de estos estados plurinacionales o, al menos, de su poder centralizado, en dependencia del reclamo que sea hecho por los sujetos con legitimidad para ello (autonomía o separatismo).

Bolivia es, sin dudas, un paradigma de sociedad plural, es decir, de una sociedad dividida en grupos étnicos diferenciados, que conviven dentro de una misma unidad política.³ El país presenta una composición etno-racial compleja, conformada por una población predominante de quechuas y aymaras, asentada fundamentalmente en el occidente de país, en los departamentos de La Paz, Potosí y Oruro, Chuquisaca y Cochabamba, mientras que en los departamentos de Santa Cruz, Beni y Pando se encuentran registradas esencialmente las culturas guaraní y mojeña. No obstante, la diversidad es mucho mayor. Según datos del Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001, en Bolivia existen 34 idiomas o dialectos para un total del 62% de la población que se autoidentifica como indígena. Sin embargo, aunque el bloque indígena constituya la mayoría, no existe una etnia mayoritaria, ya que ni los aymaras, ni los quechuas representan, por sí solos, mayoría.

Por su parte, los mestizos, mezcla de amerindios y europeos, representan el 27,5% de la población y están repartidos por todo el país, al igual que los descendientes de españoles nacidos en continente americano, que conforman la minoría: «Sintéticamente se puede decir que Bolivia es una sobreposición, muchas veces conflictiva de varias culturas e identidades étnicas».⁴

¹ Criterio del Alvaro García Linera en «Autonomías indígenas y Estado multicultural. Una lectura de la descentralización regional a partir de las identidades culturales».

² Criterio esgrimido por el autor Santi Duñaiturria Zumarraga en su obra «El contravirus de la razón tecnológica-hegemónica: la soberanía de las Naciones sin Estado. Hacia una confederación mundial de Estados». En sitio web http://www.lajiribilla.co.cu/2005/n225/08/tomo2/03_contravirus.pdf.

³ El concepto de sociedad plural ha recibido un amplio tratamiento por Arend Lijphart. Al respecto puede ser consultada su obra *Democracia en las Sociedades Plurales. Una Investigación Comparativa*. Ediciones Prisma. S.A. Yale University, 1977.

⁴ Álvaro García Linera. «La estructura social compleja de Bolivia», pág 5. En sitio web clajadep.lahaine.org/articulo.php

Esta gran diversidad tanto étnica, como económica y cultural, permite afirmar que la unidad política se logró inicialmente a través de la subordinación de las comunidades indígenas por una minoría mestizo-criolla que detentó el poder político al surgimiento de la República, imponiendo a los sectores periféricos un sistema de valores ajenos a su cultura⁵. Sin embargo, con el fortalecimiento del movimiento indígena/originario, se agudizó el conflicto político, que tuvo en su raíz una crisis de identidad social, criterio reforzado por Arend Lijphart: «las profundas divisiones sociales y diferencias políticas se deducen como responsables por la inestabilidad y el derrumbamiento de las democracias»⁶. Actualmente se mantiene la unidad como consecuencia de la política de inclusión social que está llevando a cabo el MAS, como estrategia para evitar la desintegración que ha amenazado en varias ocasiones al país durante las crisis políticas que se han sucedido en los últimos años.

En el contexto político boliviano existen dos fuerzas políticas fundamentales que se enfrentan en varios extremos, principalmente por el conflicto autonómico: los pueblos indígenas y los Comités Cívicos de los departamentos de la llamada Media Luna. Ambos sectores tienen móviles y objetivos diferentes para pedir el reconocimiento de las autonomías, sin embargo pienso que las tendencias de «desintegración» que están teniendo lugar en la realidad boliviana van más allá de un simple conflicto político y que existe una causa primigenia: en la actual sociedad boliviana están coexistiendo sujetos y sociedades regionales con diferentes identidades como resultado del establecimiento y la existencia de un estado plurinacional y multicultural que no ha alcanzado aún una coherencia interna.

Estamos conscientes de que la formación de un pensamiento identitario es complejo y que nunca puede concebirse como algo homogéneo, que «cualquier fenómeno que nosotros definamos como cultura tiene un conjunto de muchas identidades (...) Hablar de «la identidad de una cultura» es innecesariamente engañoso porque sugiere una claridad y una unanimidad que, de hecho, no existe. Parece ser más realista que una cultura tenga diversas identidades».⁷ No obstante, si bien es cierto lo anterior, también debemos analizar que la proclividad divisionista en Bolivia ha alcanzado altos niveles de consenso en la población, como demuestran las estadísticas que más adelante analizaremos, lo que nos sugiere que, más allá de las causas inmediatas que han urgido a estas secciones sociales a reclamar la autonomía, existe un problema de falta de cohesión social que subyace en la raíz del conflicto autonómico

⁵ Consultar la teoría del Centro-Periferia de Edward Shils, «Centre and Periphery», citada por Arend Lijphart (Ob.Cit. p.20)

⁶ Arend Lijphart. Ob.Cit.p.1

2. Surgimiento histórico del Estado boliviano. Nacionalidad e identidad

La formación de toda identidad está determinada por un grupo de factores comunes como la lengua, la existencia de instituciones culturales, los sujetos sociales que se identifican con una nacionalidad histórica, que conlleva, en definitiva, a la toma de conciencia del sentimiento regional. Una vez que se produce este sentimiento identitario surge el nacionalismo que, al decir de Santi Duñaiturria Zumarraga, puede ser definido como: «la aspiración de un pueblo a su unidad nacional, cuyo objetivo final es configurarse como un Estado autónomo y soberano».⁸ Este criterio es reforzado por Mancini en el llamado «principio de las nacionalidades», cuando plantea que toda nación con comunidad de origen, costumbre y lengua tiene un derecho innato e irrenunciable a constituirse en Estado independiente.

Una visión interesante de este fenómeno, la aporta Álvaro García Linera al afirmar que «la diferencia entre etnia y nación radica en que la última ha emprendido un proceso de estructuración de una comunidad política institucionalizada por medio de un régimen de Estado. Cuando una etnia se autonomiza de un sistema de dominación deviene en nación».⁹

Ratificamos que en la base de la presente petición de autonomía, ya sea por una fuerza u otra, encontramos este deficiente proceso de formación de la nacionalidad y, consecuentemente, de la identidad nacional.

No es un secreto que la República de Bolivia tuvo, desde su surgimiento, este germen desagregador: su fundación bajo las concepciones liberales (radicales en aquella época), determinó el nacimiento de un Estado de exclusión social, en el que encontraban espacio sólo los ciudadanos, es decir, los bolivianos que contaban con propiedades, que sabían leer y escribir en castellano y que no estaban sujetos a vínculos de servidumbre. De esta forma quedaron excluidos los sistemas de autoridad indígenas. Esta decisión trajo, como mínimo, dos consecuencias adversas para la formación de un ideario común:

1. La exclusión no sólo social, sino también política de los indígenas, que se encontraron fuera del mecanismo de acceso al poder.
2. El divorcio entre el «mundo indígena y el mundo mestizo-castellano», por tanto la formación de dos macro-identidades está provocando el resquebrajamiento de la sociedad boliviana actual.

⁷Hamelink, Cees, J: «The Relations –Ship Between Cultural Identity and Modes of Comuninaciocations» en Anderson, James, A. Communications Yearbook/12. London, Sage, 1989.Pag.149

⁸ Hamelink, Cees, J. Ob. Cit.

3. Caracterización de fuerzas. Fundamento de las peticiones

Los Comités Cívicos surgieron en la década de 1950, ante la desaparición de los gobiernos municipales con el objetivo inicial, y al menos declarado, de defender los intereses de la ciudadanía ante el gobierno central. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se constituyeron en verdaderas corporaciones empresariales y políticas en defensa de los intereses económicos de la clase dominante en cada departamento, enmascarando en la actualidad a partidos políticos clandestinos financiados por las prefecturas donde aún predominan elementos reaccionarios.

Esta realidad condiciona que, en el único extremo en que convergen con el movimiento indígena originario, es en la propuesta de autonomía para autogobernarse y autodeterminarse

No obstante, ambos sectores se separan diametralmente en los *fundamentos* que legitiman su petición, en los *objetivos* que persiguen con esta y en la *forma* en que podrán implementarla.

Cuando hacemos la traducción de estas fuerzas en el sistema político boliviano, encontramos que los intereses que ambas persiguen son contrapuestos, de aquí que sus modelos colisionen.

Los comités pro-autonómicos responden a los intereses de las oligarquías asentadas en estos departamentos, que devienen en grupos de presión económicos respaldados, al mismo tiempo, obedecen a una serie de partidos como el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), el Movimiento Bolivia Libre (MBL), el Poder Democrático Social (PODEMOS); partidos de derecha¹⁰ que además, cuentan con una representación de peso en la Asamblea Constituyente y que por tanto, pueden esgrimir propuestas decisorias entorno a este tema.

Por su parte, el movimiento originario está respaldado, fundamentalmente, por la Asociación Nacional de Organizaciones Indígenas Originarias y de Colonizadores de Bolivia, que agrupa a una serie de organizaciones con gran respaldo popular como la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), la Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB), la Federación Nacional de Mujeres Campesinas de Bolivia, «Bartolina Sisa» (FNMCB-BS), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), la Coordinadora de Pueblos Étnicos de Santa Cruz (CPESC), el Movimiento Sin Tierra de Bolivia (MST), la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) y la Confederación de Pueblos Étnicos Moxeños de Beni (CPEMB). Junto a estas se encuentran los movimientos aymará y el indígena pachakuti, así como los partidos indianistas que realizan una serie de reivindicaciones de corte social.

⁹ Alvaro García Linera. Ob. Cit.p.16

¹⁰ Baste recordar el surgimiento del MNR, que fue creado para subvertir la revolución agraria de Cochabamba en 1952, como un mecanismo para subordinar al movimiento indio y encasillarlo en los límites de un sindicalismo que respondía al modelo occidental. Por su parte el PODEMOS se ha pronunciado, durante los debates constituyentes, en contra de las Autonomías Indígenas alegando que su establecimiento desconfiguraría la actual organización político-administrativa.

Esta marcada disparidad tanto en la correlación de fuerzas como de objetivos, ha condicionado las diferencias existentes entre ambos movimientos socio-políticos.

1. El movimiento indígena tiene un carácter social y político. Los departamentos pro-autonómicos persiguen intereses económicos en un primer término, aunque su propuesta también encuentra sustento político basado en las deficiencias de la actual asignación de competencias entre los niveles estatales.
2. El movimiento originario indígena pretende crear una nación de la cual ha sido excluido en la práctica. Las oligarquías del oriente pretenden tener el control de las reservas de gas y petróleo que están situadas en su territorio y apropiarse de las ganancias que dejan las empresas petroleras.
3. Las demandas del altiplano no se limitan a un sector determinado, más bien integran a todo el pueblo boliviano, de aquí que estén entre sus principales peticiones, además de la autonomía, la nacionalización de los recursos naturales y la asamblea constituyente. Las demandas de los departamentos pro-autonómicos no persiguen otros objetivos socio-políticos y se limitaron, en un inicio, a los grupos oligárquicos del oriente, aunque en la actualidad han tratado de difundir dicho proceso mediante una política de inclusión social.¹¹

Departamentos pro-autonómicos

El conflicto autonómico departamental comenzó a evidenciarse con el levantamiento que protagonizó la oligarquía cruceña el 22 de junio de 2004, liderada por Rubén Costas (prefecto de Santa Cruz en ese momento) y que alcanzó considerable consenso en la población, al ser respaldado por alrededor de 100 mil personas. Este acontecimiento generó la celebración de un cabildo abierto que culminó con la presentación de la agenda de junio. Esta tuvo como únicos móviles llevar adelante la autonomía en el departamento de Santa Cruz, lograr la elección directa del prefecto y redactar los estatutos autonómicos como norma para regir al departamento cruceño, lo cual contrarrestó el programa de la agenda de octubre que tenía—como ejes principales—las convocatorias a la Asamblea Constituyente, a un referéndum vinculante sobre el tema energético y la promulgación de una nueva ley de hidrocarburos.

Estos hechos constituyeron el antecedente más inmediato del cabildo abierto que tuvo lugar en este mismo departamento, en enero de 2005, durante el cual el Comité Cívico de Santa Cruz arremetió

¹¹ En el proyecto de AMDECRUZ («Construyendo la visión municipal: descentralización, autonomías y reformas al Estado». Asociación de municipios de Santa Cruz), se plantean varias etapas para el desarrollo de una estrategia que permita llevar a cabo las autonomías departamentales. En la cuarta, se realiza el lanzamiento abierto de la propuesta, con el documento validado del proceso. Además planearon una serie de reuniones para completar el proceso, entre las que se incluyen los encuentros con la Asamblea de ACOCRUZ, con otras asociaciones departamentales, con la FAM, con alcaldes indígenas, para profundizar uno de los aspectos controversiales. Del mismo modo se envió la información

contra el gobierno que representaba el arribo al poder de un presidente indígena, que estaba generando una revolución social dentro de la cual se comenzaba a «repensar» al país.

Este ideal autonómico se fue extendiendo al resto de los departamentos orientales, es decir, a Beni, Pando y Tarija, por lo que en el 2006 se lleva a cabo un referendun autonómico, amparado en el segundo artículo del texto constitucional, como vía para ejercer la soberanía reconocida al pueblo, y con carácter vinculante para la Asamblea Constituyente.¹² A partir del análisis que a continuación se muestra, tomado de los datos de la Corte Nacional Electoral, podemos determinar que en virtud de este referéndum, se aprobó en estos cuatro departamentos el régimen autonómico, con un total del 65.8% de votos favorables, representando la población de este territorio el 35.6% de la población total boliviana. Por su parte, la población de los departamentos donde no se aprobó por mayoría la autonomía representa el 64.4% de la población total, obteniéndose un 69.4% de votos por el NO. Mientras que los resultados globales muestran que votaron por el SI 1, 237,312 personas; por el NO, los votos ascendieron a 1, 680,017.

Estas estadísticas nos permiten afirmar que los resultados del referéndum, así como su carácter vinculante, son cuestionables en varios extremos:

- El tema del «mandato vinculante» (artículo 1º, párrafo segundo de la Ley de Convocatoria a Referendum Nacional Constituyente a la Asamblea Constituyente para las Autonomía Departamentales) puede ser impugnabile, ya que la Asamblea Constituyente es un poder originario, que no está en la obligación de subordinarse a ningún mandato anterior a su surgimiento.
- De un total de 3, 671,197 electores, sólo resultaron válidos 2, 917,329 votos, lo que demuestra que 753,868 ciudadanos inscritos en el Registro Electoral no ejercieron su derecho votar en el referéndum popular o emitieron votos no válidos.
- Tomando como referencia las estadísticas del censo realizado en el 2003, la población boliviana asciende a 8, 664,819 habitantes, por lo que existe una cifra superior a 5 millones de personas que actualmente no constituyen población electoral, ya sea por no tener capacidad de hecho para ser electores o por no estar considerados actualmente como ciudadanos, es decir por no estar «carnetizados» ni inscritos en el Registro Electoral. Obviamente la mayor parte de esta cifra está constituida por indígenas.

y la petición de reunión, con la Comisión Nacional Preautonómica y Preconstituyente, designada por el Presidente de la República.

¹² Artículo 1 de la Ley de Convocatoria a Referéndum Nacional a la Asamblea Constituyente para las Autonomías Departamentales.

- La pregunta del referendun autonómico estuvo limitada a la aceptación o no de las autonomías departamentales, anulando la posibilidad de que se aprobara otro régimen autonómico (artículo 4).

El análisis crítico de estos puntos nos lleva inmediatamente a la conclusión de que los resultados de un referéndum con preguntas más amplias y sencillas, y con mecanismos que permitieran a toda la población ejercer sus derechos políticos, habría arrojado resultados totalmente diferentes, que podrían haber oscilado entre el No a las autonomías o el Sí, ya fuera a las departamentales, a las indígenas o a la implementación de una fórmula mixta.

No obstante, los pedidos de autonomía departamental, de los cuales ya analizamos sus primeras causas, contaron también con otros fundamentos que logran en cierta medida legitimar esta postura. Los elementos que resultan más coherentes son:

1. El centralismo estatal no logra atender las demandas regionales de las zonas periféricas o rurales.
2. En la reforma constitucional de 1994 se incluyó un precepto que establecía un régimen de descentralización a favor del departamento¹³, el cual no contó con leyes de desarrollo y, en consecuencia, no fue implementado en la práctica.
3. Con la descentralización municipal¹⁴, también se llevó a cabo un proceso de desconcentración de los departamentos, los cuales, al recibir los recursos del nivel central, tienen que rendirles cuentas de su gestión: el presupuesto departamental continúa siendo decidido desde La Paz y los departamentos ni siquiera tienen información de los mismos o posibilidad de participar en su elaboración.
4. Como consecuencia, las competencias de las prefecturas resultan insuficientes por lo que no son respetadas ni por el nivel central ni por el municipal. Esto ha ocasionado un daño en el escaño intermedio del gobierno. Las prefecturas no tienen ningún poder reglamentario, mientras que los municipios cuentan con las Ordenanzas Municipales.
5. Las competencias a cada nivel no han sido bien definidas, lo que ha provocado que se produzcan cruces frecuentes y duplicaciones de trabajo.

Movimiento indígena originario

¹³ Artículo 110 de la Constitución Política del Estado: «El Poder Ejecutivo a nivel nacional se ejerce de acuerdo a un régimen de descentralización administrativa»

¹⁴ Implementada a través de la Ley 1551, Ley de Participación Popular.

El hecho de que en Bolivia coexistan una serie de pueblos indígenas sometidos y desconocidos por el Estado liberal, es el fundamento que tiene el movimiento indígena originario para pedir la autonomía como vía para pertenecer a un Estado que respete sus formas culturales y políticas.

Los pueblos originarios/indígenas han estado sometidos a un colonialismo interno, llevado cabo por la oligarquía mestiza-criolla y liderada por el Comité Cívico de Santa Cruz. Este es quien manipula el monopolio de la tierra, las finanzas, la economía, los circuitos de influencia, la prefectura, el gobierno municipal y los medios de comunicación, a través de los cuales tratan de subvertir la ideología y legitimar su actuar a través del discurso de la Nación Camba¹⁵.

Pero este problema no es actual, se arrastra desde la fundación de la República, hecho que estuvo determinado, al mismo tiempo, por el salvaje proceso de colonización que tuvo lugar en América de Sur, en el cual los indígenas quedaron relegados al último escalón social.

Las distintas formas de Estado que se sucedieron desde el surgimiento de la República hasta 1952 (Estado caudillista de 1825-1880 y el régimen de la democracia censitaria de 1880-1952), no modificaron en esencia el status social y político de los indígenas.

Cuando en 1952 se institucionaliza el sufragio universal, se da un paso de avance hacia la inclusión del indígena en la vida política de la sociedad boliviana mediante su ciudadanización: «A pesar de sus limitaciones, la Revolución de 1952 construyó una cultura institucional nueva, marcando el inicio de una dinámica política con protagonismos nunca antes contemplados»¹⁶ No obstante, sin negar la importancia de estos hechos, este cambio fue más bien formal, del mismo modo que lo fue el reconocimiento en la Constitución Política del Estado de la existencia de un Estado pluricultural y multinacional¹⁷.

Sin embargo, el proceso de ciudadanización en la actualidad aún no ha culminado y por ende, existe una «cifra negra» de indígenas sin medio para llegar a las vías de acceso al poder. Para los que lograron ser «incluidos», los antiguos mecanismos de exclusión fueron sustituidos por otros menos burdos, pero subsistió, ahora de forma más velada, el racismo político de antaño. La adquisición de conocimientos, el acceso a las vías institucionales de educación, la participación en la vida política del país, quedaron subordinados al conocimiento de un idioma extraño (el castellano) y a la

¹⁵ El discurso de la Nación Camba ha sido construido desde la ciudad de Santa Cruz por un grupo de migrantes quechuas, aymarás y extranjeros, que se han apropiado del poder y que lo han legitimado en este discurso pseudo-nacionalista.

¹⁶ Andrés Torrez Villa Gómez: «Los actores políticos y sociales en Bolivia» en *Democracia en Bolivia*. Documento impreso. pág.100.

¹⁷ Artículo 1 de la Constitución Política del Estado.

Participación en una estructura de poder también ajena y discriminatoria. Esta realidad ha sido acuñada por García Linera como «aplastamiento lingüístico y organizativo»¹⁸.

En la actual coyuntura política, la comunidad lingüística y política aymará (altamente cohesionada y politizada), es la entidad étnica que cuenta con mejores condiciones materiales para implementar un régimen autonómico. Posee un sistema de movilización sindical de masas en torno a un ideario político fuerte, es capaz de construir un discurso coherente basado en su derecho a la autodeterminación y tiene un liderazgo pujante, que aglutina a amplios sectores de la población.

4. Principales propuestas autonómicas

Ya en el año 2003 podemos hablar del afianzamiento de estas fuerzas políticas: el sector popular, liderado por el Movimiento Indígena Originario, y el sector oligárquico, encabezado por el Comité Cívico de Santa Cruz. En torno a estas fuerzas se tejía el conflicto autonómico.

La marcada diferencia de móviles y objetivos ya analizados imposibilita que, en caso de aprobarse las autonomías, estas se implementasen de conjunto para los dos sectores, tal y como lo propone el MAS.¹⁹

En el debate político actual referido a la articulación de la autonomía, los disímiles proyectos que existen²⁰ resultan excluyentes en no pocos extremos, radicando la imposibilidad fundamental en la coincidencia de los territorios y de los sujetos (sujetos territoriales vs. sujetos culturales).

Pensamos que, desde un punto de vista metodológico, antes de comenzar el análisis de las principales propuestas, resultaría oportuno exponer algunas cuestiones teóricas que nos facilitarán la comprensión de las actuales propuestas y de la solución más viable al conflicto autonómico.

4.1. Apuntes doctrinales sobre el régimen autonómico

Volviendo sobre el concepto básico de autonomía como la capacidad de un sujeto de derecho para gobernarse mediante normas jurídicas que él mismo crea, vemos que esta posibilidad de

¹⁸ Álvaro García Linera. «Autonomías indígenas y Estado multicultural. Una lectura de la descentralización regional a partir de las identidades culturales» En sitio web http://conflictosinterculturales.cebem.org/admin./images/cms/upload/autonomia_indigena_y_estado_multicultural.pdf. p.7

¹⁹ En sus propuestas a la Asamblea Constituyente el MAS plantea que Bolivia es una República democrática basada en la autodeterminación de sus pueblos. De ahí la necesidad de reconocer las autonomías departamentales y las indígenas, siempre que queden supeditadas a la soberanía y la unidad del país.

²⁰ Además de las peticiones de Autonomía Departamental e Indígenas, encontramos otras propuestas, entre las que figuran las Autonomías Regionales, que constituyen una propuesta del Comité Cívico de Chuquisaca y plantean la división y posterior descentralización del territorio boliviano en tres grandes regiones: Región Noroeste (conformada por los departamentos de La Paz, Beni y Pando), la Central (Oruro, Cochabamba y Santa Cruz) y la Sur (Chuquisaca, Potosí y Tarija) Por su parte, atendiendo al sujeto cultural, encontramos una propuesta intermedia que plantea la creación de un décimo departamento sustentado en la existencia de etnias con base cultural común (las propuestas oscilan entre la creación del departamento de Chichas, el del Gran Chaco y el de Vaca Díez).

autodeterminación es efectiva, sólo, a partir del reconocimiento de otras facultades. Las principales son:

- Legislar para su territorio y dentro de sus competencias.
- Controlar las medidas adoptadas.
- Determinar y reglamentar los servicios públicos de su competencia.
- Administrar sus recursos.
- Crear tributos para autofinanciarse.
- Aprobar su presupuesto.
- Elegir a sus representantes.
- Administrar sus recursos naturales.

La principal consecuencia que traería la aprobación de la autonomía en Bolivia, sea en cualquiera de los dos planos, sería la de convertir al Estado de simple en compuesto.

Un Estado simple es aquel en el que se legisla a un sólo nivel de la estructura territorial (nivel central), en cuyo supuesto se encuentra Bolivia²¹, mientras que en el Estado compuesto, la función legislativa se encuentra descentralizada, por lo que algunas leyes se elaboran de forma concurrente o compartida entre varios niveles, de lo que resultan varias asambleas legislativas, con competencias específicas, según la jerarquía de las mismas. A través de un Estado compuesto se pueden implementar los Estados federales, los territoriales y los autonómicos. En el último supuesto el Estado continuaría siendo unitario, ya que subsistiría un único sistema de derecho y un único sistema de órganos de poder, pero con una distribución diferente.

El sistema autonómico tiene determinadas características, entre las que se encuentran:

- El gobierno nacional legisla y equivale a la República; los gobiernos autónomos legislan en su jurisdicción, en el marco de sus competencias.
 - El nivel nacional tiene un delegado que lo representa a los gobiernos de las regiones autónomas.
 - Las regiones no cuentan con constituciones, sino con estatutos.
 - Las regiones autónomas tendrán que coparticipar en el pago de impuestos nacionales.
- En cuanto a los niveles de competencias, la descentralización que se lleve a cabo puede ser simétrica o asimétrica, según las responsabilidades, status y recursos que reciban cada una de las regiones autónomas. Será simétrica si todas gozan de igualdad en estos términos, para lo cual los beneficiarios deben tener condiciones muy similares; será asimétrica si cada una obtiene diferentes cuotas de competencias. Este es el caso de Bolivia, ya que cualquiera de los modelos

²¹ Las Ordenanzas Municipales no constituyen actos legislativos, sino que resultan del ejercicio de la potestad reglamentaria del gobierno municipal, la alcaldía.

autonómicos que se pongan en práctica y cualquiera que sea la división territorial que finalmente se decida, el desequilibrio económico, social y político existente no permitiría aplicar un régimen de autonomías simétricas.

4.2. Propuestas autonómicas

Como ya habíamos analizado, las evidentes diferencias entre los fines de ambos movimientos sociales y políticos, hacen que las vías de implementación de los regímenes autonómicos propuestos sean, de igual forma, excluyentes.

➤ En resumen, el *modelo de Autonomías Departamentales* propone:

- Integración de los habitantes indígenas comprendidos dentro de los departamentos autónomos, mediante mecanismos de inclusión social y política.
- El trabajo coordinado entre el nivel central y el departamental, a través de una serie de competencias nacionales exclusivas²², que serán desarrolladas por el departamento mediante su facultad legislativa, su capacidad de autogestión económica, la elección del ejecutivo departamental y el trabajo coordinado con el municipio, a través de los principios solidaridad, concurrencia y subsidiaridad.
- El establecimiento de un régimen asimétrico, basado en la existencia de departamentos que aprobaron el régimen autonómico (Santa Cruz, Beni, Pando y Tarija), y otros que se mantienen en su actual situación de desconcentración (La Paz, Oruro, Chuquisaca, Potosí y Cochabamba), aunque estos últimos tendrán la posibilidad de aumentar sus niveles de desconcentración o de entrar al régimen autonómico. Incluso dentro de los autónomos se deberá aplicar este régimen, basado en el criterio de que la asignación de competencias dependerá de la capacidad económica, estableciendo una diferenciación entre departamentos reforzables y no reforzables²³.

Se comprenden como departamentos «no reforzables» aquellos que pueden cubrir los gastos que realizan con sus ingresos. En esta situación se encuentran sólo La Paz y Santa Cruz, cifra basada en el cálculo de la balanza fiscal²⁴. Con vistas a este régimen asimétrico se implementa un Sistema de Solidaridad para ir equilibrando las posibilidades económicas de estos.

²² El proyecto de AMDECRUZ propone, entre las competencias nacionales exclusivas, el tema de la nacionalidad, inmigración y extranjería, las bases del régimen, la política exterior, la seguridad y defensa nacional, el régimen aduanero y arancelario, el sistema monetario, la regulación de los recursos naturales, el régimen de producción, entre otras.

²³ Ver *Carta Técnica* N° 1 de los componentes Descentralización y Administración Pública de la UCAC, «Primeras aproximaciones al presupuesto público departamental», octubre de 2004).

²⁴ La «Balanza Fiscal» se calcula a través de la relación entre las obligaciones y los ingresos de origen tributario de un determinado nivel de gobierno y es considerado como un cálculo hipotético, porque los departamentos no usan directamente estos recursos y se calcula sólo considerando aquellos de origen genuinamente tributario, o sea, excepto

- El Sistema de Solidaridad está integrado, al mismo tiempo, por otros tres mecanismos: el Sistema de Cohesión Regional (se basa en la inversión del gasto público en las regiones que tengan un menor PIB), el Fondo de Compensación Interdepartamental (constitución de un fondo al que aporten los departamentos «no reforzables» del país, en proporción a sus ganancias para apoyar a los departamentos “reforzables” en el cumplimiento de sus competencias) y el Balance Intermunicipal (basado en la cooperación departamento-municipio, pero sólo en los casos en que estos últimos carezcan de recursos suficientes para cumplir sus necesidades)
 - Reinversión independiente (conforme a sus presupuestos) de las rentas nacional, departamental y municipal, que no serán centralizadas en el Tesoro Nacional.
 - Establecimiento de un Sistema Mixto para determinadas instituciones gubernamentales como la Contraloría, las Superintendencias, el Ministerio Público, la Policía, entre otras. Estas se mantendrían subordinadas a una ley nacional, pero los gobiernos departamentales conservarían una injerencia limitada en estas.
- El modelo de Autonomías Indígenas propone:
- Integración de los habitantes no indígenas comprendidos en las regiones autónomas como sujetos de iguales derechos individuales y colectivos.
 - La implementación de un régimen asimétrico basado en el grado de politización de las comunidades indígenas, estableciendo una diferenciación entre las entidades étnicas reducidas, las pequeñas comunidades que pueden unirse para consolidar una región autónoma y las entidades étnicas compactas, como la Aymará, que tienen una estructura más compleja.
 - En cuanto a las dos primeras se debe garantizar un nivel mínimo de autogobierno, en consonancia con las estructuras regionales que se adopten (federaciones provinciales, federaciones de ayllus, o sistemas alternativos de elección individual de representantes, lo cual deberá realizarse según el principio de proporcionalidad y representación étnica.)
 - Con relación a las entidades étnicas compactas, específicamente de la Aymará, se refiere a la creación de una Cámara Nacional Legislativa, elegida por los miembros de la comunidad y responsable ante ellos, que desarrolle las leyes marco que hace el Estado.
 - Formación de un gobierno nacional y otros regionales, que trabajen coordinadamente.
 - Presencia en el nivel nacional y en la Asamblea Legislativa de representantes indígenas según el criterio de proporcionalidad.

las regalías. (Extraído de Carta Técnica N° 4 de los componentes Descentralización y Administración Pública de la “Estimación de balanzas fiscales departamentales”, abril de 2005.)

- Un sistema de solidaridad donde las regiones autónomas tengan acceso a los fondos del Estado.

6. Hacia una autonomía no excluyente

Después de analizadas ambas propuestas, podemos concluir que la solución más viable sería una posición intermedia, capaz de «hibridar» ambos modelos. Esa es la postura que ha adoptado el MAS, al plantear la creación de un Estado plurinacional, a partir de la existencia de autonomías departamentales e indígenas.

Esta propuesta se podría implementar a través del establecimiento de una autonomía regionalizada dentro de otra departamental. De esta forma se mantendrían y descentralizarían los departamentos y se reestructuraría el municipio a partir de los niveles de afinidad del sujeto cultural, ya sea indígena o mestizo-criollo.

A esta propuesta se le pueden realizar numerosas críticas, entre ellas:

- La participación política de los pueblos indígenas seguiría estando subordinada al modelo estatal y a los mecanismos de participación occidentales.
- Esta división territorial, atendiendo a la existencia de grupos sociales definidos, puede incrementar el divisionismo y la separación de la sociedad boliviana, lo que iría en contra del surgimiento de un sentimiento identitario y de una nacionalidad.
- El municipio es un espacio territorial pequeño, sin capacidad de legislar, que es lo que realmente determina el poder público político.
- Existen comunidades originarias que se encuentran asentadas entre dos departamentos, lo que imposibilita la creación de un nuevo municipio dentro de las demarcaciones departamentales ya existentes.

Sin embargo, en el contexto actual parece ser la solución más viable, dada la existencia de una minoría que detenta el poder político²⁵ y que no va a permitir que se subvierta totalmente el modelo estatal vigente. De igual forma podría argumentarse que:

- El actual régimen de descentralización municipal permitiría el establecimiento de autogobiernos indígenas, que constituirían un paso intermedio dentro de un proceso autonómico gradual. Esto posibilitaría que los mecanismos existentes que subordinan la participación de los pueblos indígenas al actual modelo estatal, vayan cediendo paso a otras fórmulas institucionalizadas de participación popular autóctona.

²⁵ No obstante la estrategia de inclusión política trazada por el MAS, aún predominan en niveles los diferentes niveles del gobierno sectores de la oposición.

- Aunque el municipio es un espacio reducido, podría ser el punto de partida para crear otros donde se exprese plenamente la identidad indígena.
- El nivel municipal tiene potestad reglamentaria, por lo que puede expresar su poder público político a través de las Ordenanzas Municipales.
- Aquellos casos en que los asentamientos indígenas no pueden ser delimitados dentro de un departamento son los más complejos. En estos supuestos específicos se requerirá que se realicen cambios en la división política administrativa a nivel departamental, a fin de ajustar la existencia de los sujetos culturales a una estructura territorial definida, que los incluya en vez diseccionarlos.

De forma general, la implementación de este modelo deberá estar sustentada en otros presupuestos que se erigen como requisitos esenciales, esgrimidos por Arend Lijphart para el establecimiento de una «Democracia Unificadora». No es menos cierto que estos conllevan a la regla de la mayoría pura, pero dadas las circunstancias de una sociedad plural, un amplio acuerdo entre todos los ciudadanos en el que se vean representados aún los sectores minoritarios, es más democrático. Estos pueden ser resumidos en:

- Formación de una «Gran Coalición», en la que los líderes políticos de todos los sectores significativos de esta sociedad plural cooperen para lograr una efectiva gobernabilidad. Alcanzar este presupuesto es complicado sobre todo en un presidencialista, pero puede ser resuelto mediante el logro de una coalición formada por el presidente y otros altos funcionarios de los poderes restantes.
- La representación territorial proporcional, como la vía para que todos los sectores tengan influencia sobre una decisión política, en proporción a su fuerza numérica.
- El veto mutuo, donde la mayoría no pueda tomar ninguna decisión política en contra de los intereses de los grupos minoritarios y viceversa, lo que aseguraría una protección política efectiva, sin desechar el «inmovilismo» que entraña el uso indebido del veto.
- El establecimiento de un régimen autonómico, siempre que se establezca los asuntos que deben ser decididos a nivel central, según los grados de proporcionales de influencia, y aquellos en los que la decisión y ejecución competen a sectores particulares.

Estos requisitos garantizarían el logro de una «Democracia Unificadora» como único modo posible para la coexistencia de una sociedad plural y compleja como la boliviana, la cual no tendría el fin de eliminar la diversidad existente, sino partir de su reconocimiento para fundar un régimen de mayor estabilidad política: «Al menos inicialmente está en la naturaleza de la Democracia Unida hacer a las sociedades plurales que lo sean más. Este acercamiento no es para anular o divisiones sectoriales,

sino para reconocerlas explícitamente y para convertir a las partes en elementos constructivos de una democracia estable»²⁶

Bibliografía

1. García Canclini, Néstor. Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad, México (Grijalbo), 1990.
2. Hamelink, Cees, J: «The Relations –Ship Between Cultural Identity and Modes of Comuninaciocations», en Anderson, James, A. Communications Yearbook/12. London, Sage, 1989.
3. Lijphart, Arend: Democracia en las Sociedades Plurales. Una Investigación Comparativa. Ediciones Prisma. S.A. Yale University, 1977.
4. Temas sobre la Constitución y la participación política en Bolivia. Curso de Formación de Trabajadores Sociales Bolivianos. Colectivo de Autores. Junio, 2006.

Sitios consultados en Internet

1. Duñaiturria, Zumarraga, Santi: «El contravirus de la razón tecnológica-hegemónica: la soberanía de las Naciones sin Estado. Hacia una confederación mundial de Estados». En sitio web http://www.lajiribilla.co.cu/2005/n225/08/tomo2/03_contravirus.pdf.
2. García, Linera, Álvaro: «»La estructura social compleja de Bolivia. Sala de Prensa, París, 2005. En sitio web clajadep.lahaine.org/articulo.php
3. García, Linera Álvaro: «Autonomías indígenas y Estado multicultural. Una lectura de la descentralización regional a partir de las identidades culturales» 2006. En sitio web http://conflictosinterculturales.cebem.org/admin./images/cms/upload/autonomia_indigena_y_estado_multicultural.pdf
4. García, Linera Álvaro: «Historia del Movimiento Originario en Bolivia», 2003. . En sitio web www.csutcb.org/apc-aa-files/documentos/items/historia_del_movimiento.pdf.
- 5.- Unidad de Coordinación para la Asamblea C Documento en pdf.constituyente. « ¿Qué son las Autonomías? Algo de teoría para ayudar a la discusión», 2005. En: www.unidad-nacional.com/PDF/asamblea.pdf

²⁶Arend Lijphart. Ob.Cit.p.1.

Otros documentos.

1. Carta Técnica N° 1 de los componentes Descentralización y Administración Pública de la UCAC: «Primeras aproximaciones al presupuesto público departamental», octubre 2004.
2. Carta Técnica N° 4 de los componentes Descentralización y Administración Pública de la «Estimación de balanzas fiscales departamentales», abril 2005.

Legislación.

1. Ley No. 2650. Constitución Política del Estado.
2. Ley de Convocatoria al Referendum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente para las Autonomías Departamentales.
3. Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente.
4. Ley No. 1551. Ley de Participación Popular.
5. Ley 3365, 6 de marzo de 2006. Gaceta No.2866

Anexo No.1

LEY N° 3365
LEY DE 6 DE MARZO DE 2006

EVO MORALES AYMA
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

Por cuanto, el Honorable Congreso Nacional, ha sancionado la siguiente Ley:

EL HONORABLE CONGRESO NACIONAL,

DECRETA:

**LEY DE CONVOCATORIA A REFERENDUM NACIONAL VINCULANTE
A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE PARA LAS AUTONOMIAS
DEPARTAMENTALES**

CAPITULO I
ISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1. (Objeto). En aplicación del Artículo 4 de la Constitución Política del Estado, la presente Ley tiene como objeto convocar al Referéndum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente para las Autonomías Departamentales, en cumplimiento a los requisitos y condiciones establecidos por Ley.

ARTICULO 2. (Carácter Vinculante). El presente Referéndum, como manifestación directa de la soberanía y voluntad popular, tendrá Mandato Vinculante para los miembros de la Asamblea Constituyente. Aquellos Departamentos que, a través del presente Referéndum, lo aprobaran por simple mayoría de votos, accederán al régimen de las autonomías departamentales inmediatamente después de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado.

ARTICULO 3. (Fecha de Realización). El Referéndum Nacional se realizará el día 2 de julio de 2006, simultáneamente a la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente.

ARTICULO 4. (Pregunta). La pregunta a realizar en el Referéndum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente, será la siguiente:

“¿Está usted de acuerdo, en el marco de la unidad nacional, en dar a la Asamblea Constituyente el mandato vinculante para establecer un régimen de autonomía departamental, aplicable inmediatamente después de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado en los Departamentos donde este Referéndum tenga mayoría, de manera que sus autoridades sean elegidas directamente por los ciudadanos y reciban del Estado Nacional competencias ejecutivas, atribuciones normativas administrativas y los recursos económico-

financieros que les asigne la nueva Constitución Política del Estado y las Leyes?."

CAPITULO II REGIMEN ELECTORAL

ARTICULO 5. (Resultado del Referéndum). Los resultados del Referéndum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente, serán adoptados por simple mayoría de votos válidos. Los Departamentos que así lo aprueben accederán a las Autonomías Departamentales, una vez promulgada la nueva Constitución Política del Estado.

ARTICULO 6. (Administración). La Corte Nacional Electoral, tendrá a su cargo la organización y ejecución del Referéndum y escrutará y declarará los resultados del mismo a nivel nacional y departamental conforme a lo dispuesto por el Código Electoral.

ARTICULO 7. (Presupuesto). El Poder Ejecutivo, asignará los recursos económicos necesarios para la realización del Referéndum.

ARTICULO 8. (Información y Regulación de Propaganda). La Corte Nacional Electoral, informará y regulará la propaganda de conformidad al Artículo 14 de la Ley de Referéndum (Ley N° 2769) y el Código Electoral.

Remítase al Poder Ejecutivo, para fines constitucionales.

Es dada en la Sala de Sesiones del Honorable Congreso Nacional, a los cuatro días del mes de marzo de dos mil seis años.

Fdo. Santos Ramírez Valverde, Edmundo Novillo Aguilar, Ricardo Alberto Díaz, Jorge Aguilera Bejarano, Oscar Chirinos Alanoca, Alex Cerrogrande Acarapi.

Por tanto, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley de la República.

Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, a los seis días del mes de marzo de dos mil seis años.

FDO. EVO MORALES AYMA, Juan Ramón Quintana Taborga.

Anexo No.2

Departamentos	%. VOTO SSI	%. VOTOS NO	Votos Validos
La Paz	26.6	73.6	966 512
Cochabamba	37.0	63.0	526 061
Oruro	24.5	75.5	161 050
Potosí	26.9	73.1	193 027
Chuquisaca	37.8	62.2	157 692
Santa Cruz	71.1	28.9	656 448
Tarija	60.8	39.2	136 470
Beni	73.8	26.2	100 306
Pando	57.7	42.3	19 763
TOTAL	42.4	57.6	2 917 329
Pro-Centrista	30.0	70.0	2 004 342
Pro-autonomista	69.6	30.4	912 987

Fuente: Corte Nacional Electoral.

DERECHO CIVIL Y DE FAMILIA

LAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: CUESTIONAMIENTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS

Assisted reproduction technologies: ethical and legal questining

Lic. Daimig Sánchez de la Torre

Profesora Asistente y especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen: Se analizan críticamente los retos actuales en el campo de la bioética, vinculados con las modernas tecnologías reproducción asistida y su impacto en el universo de las relaciones jurídicas. Un especial énfasis merece la necesidad de perfeccionar el Derecho de Familia, en aras de lograr una mejor regulación de la aplicación de tales técnicas, para minimizar los conflictos entre los derechos de los sujetos involucrados y el respeto pleno a la dignidad humana.

Palabras claves: Filiación por fecundación artificial, fecundación *in vitro*, inseminación artificial, derecho de familia.

Abstract: *Current challenges related to bioethical issues raised by the modern assisted reproduction technologies, as well as their impact on the sphere of Law, are critically analyzed. A special emphasis is put on the need of improving the norms of the Family Law, with the aim of reaching a better legal regulation of those technologies, minimizing the conflicts between the rights of the involved subjects, and granting the due respect to the dignity of the human person.*

Key words: *Artificial fecundation, in vitro fecundation, artificial insemination, family law.*

Introducción

El impetuoso desarrollo de la ciencia y la tecnología debe ir necesariamente marcado por un creciente compromiso con los intereses de la sociedad, lo cual permitirá ahondar en la dimensión humanística de la ciencia y proyectar de manera más acertada las acciones políticas y económicas.

La ciencia es una actividad social vinculada a las restantes formas de actividad humana, para nada neutral o ajena al desarrollo integral de la sociedad, pues disímiles son los ejemplos en los que ha quedado demostrado, la repercusión favorable o no que ha tenido sobre estas, lo cual nos invita a reflexionar en la importancia que tiene conocer los valores sociales que postula la ciencia, así como las prioridades e intereses que defiende o promueve.

Todo conocimiento científico por muy teórico que sea estará siempre vinculado a la vida, con el quehacer práctico, con el destino de las personas, puesto que tal conocimiento pone de manifiesto la realidad y condiciona la posibilidad de influir sobre la misma.

Como diría Jean Ladriere (1983) “La ciencia nos proporciona un conocimiento cada vez más amplio de los procesos que nos afectan y por consiguiente nos permite intervenir

vez, con más conocimiento de causa y por otra parte la tecnología nos proporciona el medio de intervenir en niveles y regiones que hasta este momento, eran inaccesibles¹”.

Todo avance científico lleva aparejado una apertura a la dimensión ética, pues no siempre coincide el desarrollo científico con el desarrollo moral de una sociedad, lo cual implica además la asunción de una nueva responsabilidad. “La responsabilidad por el desarrollo moral del hombre no sólo recae sobre la acción que pueda ejercer la sociedad, sino sobre el propio individuo, llámese científico o jurista, puesto que este desarrollo es inconcebible sin sus esfuerzos y búsquedas creadoras, sin su actividad social y moral”².

El desarrollo científico y tecnológico podemos considerarlo como un fin y un bien en sí mismo, pero también es un instrumento para la obtención de otros bienes. El valor humano debiera concebirse como el valor supremo de la ciencia, y el bienestar del ser humano como su finalidad, solo así no correremos el riesgo de que la ciencia y la tecnología, “opere en el sentido de la ampliación de las desigualdades y las contradicciones de nuestra época, sino por el contrario en el sentido de su solución”³.

El impacto producido por el desarrollo científico-técnico **en la sociedad humana y en la naturaleza**, ha tenido su expresión en la ampliación del saber ético y en la formulación de nuevos problemas que llevan implícito el surgimiento de nuevos valores, así como en la forma de plantearse su regulación normativa. Uno de los ejemplos que ilustra con creces este fenómeno lo es el avance de las investigaciones biomédicas, más específicamente las técnicas de reproducción humana asistida, sobre las cuales versa el presente trabajo.

Los avances de la biología y la medicina contemporáneas corroboran su capacidad de intervención en los procesos de gestación, reproducción y nacimiento, - antes, procesos naturales-, en los cuales la medicina tenía un rol meramente auxiliar y secundario, convirtiéndose en la actualidad en actos creativos donde la capacidad técnica de la biología y la medicina han desencadenado procesos que se contraponen a los naturales y por ende escapan a lo técnicamente permisible y éticamente aceptado.

Lo que comenzó siendo un simple problema médico, la búsqueda de un remedio contra la infertilidad dentro del matrimonio, ha superado la barrera de la medicina para repercutir directamente en otros campos, su difusión y generalización, han producido un fuerte choque entre las **convicciones sociales y morales** tradicionales y la frontera en la que deben moverse los avances de la ciencia.

Los cuestionamientos que se pudieran derivar de este innovador tema nos llevan al punto de cuestionar el fin primordial que persiguen las instituciones de salud que se dedican a esta

¹ Citado por: Luis R. López Bombino: “Hacia una ética de la ciencia: problemas e interrogantes”. El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 95.

² Luis R. López Bombino: “Hacia una ética de la ciencia: problemas e interrogantes”. El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 97.

³ Jorge Núñez Jover: “La cuestión de la democratización de la ciencia como asunto epistemológico, ético y político, Universidad de La Habana, p. 29.

actividad. ¿Su finalidad es la de traer niños al mundo para aquellas personas incapaces de concebir por medios naturales, o su fin es obtener material genético para experimentación? O tal vez, su motivación sea el mero hecho de adquirir dinero de una forma muy sencilla, pues por lo general los que se someten a estos métodos son personas vulnerables con un deseo enorme de procrear.

Se precisa además evaluar las consecuencias que en el plano jurídico suscita este tema, pues supera todo lo anteriormente previsto por la ley. Se requiere una transformación de los conceptos básicos del Derecho Familia, tales como maternidad, paternidad, filiación, ya que su actual regulación ha quedado obsoleta.

La valoración de las implicaciones ético legales de éstas novedosas técnicas reproductivas, propiciará, sin lugar a dudas, la adquisición de un conocimiento adecuado para proponer las posibles soluciones a las cuestiones medulares que se derivan de su aplicación.

Desarrollo

Técnicas de Reproducción Asistida:

Los modernos avances y descubrimientos científicos-tecnológicos y en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología han ido abriendo perspectivas y numerosas posibilidades, entre las que se encuentran, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativa a la esterilidad de la pareja humana conocida generalmente como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. Pero también han sugerido peligros y suscitado una gama de interrogantes, sobre todo de tipo ético, jurídico, político, en relación a su impacto sobre el individuo, los grupos, la sociedad y el sistema político.

Aún cuando a partir del uso de métodos anticonceptivos el acto sexual ya no es necesariamente un acto procreador, podemos señalar que con la introducción de los métodos para la reproducción humana asistida han quedado desvinculados por completo el acto sexual y el acto procreador, ya que la unión de los gametos no se hace mediante el coito sino en un laboratorio.

“La procreación humana a partir de la aplicación de estas técnicas ha sufrido sustanciales transformaciones; no es necesariamente el resultado de un acto sexual íntimo coital, tampoco es necesariamente un acto que se realiza entre sólo dos personas, sino que pueden intervenir terceros, ya sea para donar gametos o gestar embrión, es manipulable científicamente e incluso se puede determinar exactamente cuándo se inicia la gestación y cuando finalizará. También se puede determinar, casi con exactitud, quiénes intervinieron en la procreación ya que la filiación biológica se establece mediante pruebas genéticas, así como fijar qué características tendrá el concebido desde su etapa preembrionaria y seleccionar las características que debe tener o no tener el concebido”⁴.

⁴ Edna I. Santiago Pérez: “De la Genética y de la Bioética en el Nuevo Milenio”, Puerto Rico, 2000, p.2.

Indudablemente las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativa y esperanza en el tratamiento de esterilidad en donde otros métodos son poco adecuados o ineficaces, con un por ciento de efectividad aceptable, por lo que seguirán incrementándose en el futuro, debido, entre otras razones, al aumento de la tasa de infertilidad, el cambio de roles laborales y sexuales, y evolución demográfica por el descenso de la natalidad.

Debemos puntualizar que la procreación artificial permite superar la esterilidad de la pareja, pero no es una terapia puesto que no la cura, solamente palia sus efectos, sólo se le puede considerar una terapia a la esterilidad desde el punto de vista psicológico, pero no desde el punto de vista físico.

La sociedad parece acoger con beneplácito las técnicas de reproducción asistida, quizás con las únicas excepciones de la hipótesis de maternidad alquilada y la fecundación *post mortem*, partiendo del hecho de que en las técnicas en las que se piensa esencialmente son aquellas que menos problemas morales plantea, desechando totalmente aquellas otras que podemos considerar indeseables por los intereses y manipulaciones contrarias a los derechos de los individuos y sus derechos humanos. Pero la realidad nos muestra un escenario completamente distinto, no podemos dejar a un lado los inconvenientes y riesgos que presenta, algunos futuros, pero posibles:

- **Además de los morales y religiosos**, están los de índole psicológica, pues se ha dicho que el secreto que rodea la aplicación de estas técnicas es un factor desequilibrante para los miembros de la pareja, porque se tiende a negar la verdad y se presenta al niño producto de una relación normal, y en ocasiones lo consideran como especie de adulterio.
- Con estas técnicas el deseo exacerbado de hijos, que se hace patente en nuestros días a través de la reivindicación del derecho a tener hijos, da la impresión que actualmente se está asimilando el niño a una especie de cosa, que se supervisa como un bien comercial, como un producto acabado, que se entrega con una precinta de calidad y conformidad.
- El peligro de que en un futuro se puedan producir incestos involuntarios como consecuencia de estas técnicas.
- La globalización de los bancos de células germinales y embriones quienes controlarán esta tecnología.
- La mercantilización de esta actividad y el elevado costo de estos procedimientos.
- El tipo de personas que tendrá acceso a ellos y el modo en que se utilizará esta tecnología, sobre todo la información.
- Manipulación inescrupulosa del material genético, lo cual implica tocar la esencia de lo humano.

Estos inconvenientes, entre otros, constituyen el argumento más sólido a favor de una minuciosa regulación que limite las llamadas técnicas no deseables e impongan sanciones a sus infractores, reduciendo la aplicación de estas técnicas solo a fines morales y socialmente admisibles con la dignidad de las personas.

En su origen, como se ha mencionado con anterioridad, la tecnología reproductiva vino en auxilio de aquellas parejas heterosexuales, casadas, que tenían problemas de infertilidad. Para ellos, los científicos propusieron inicialmente la inseminación artificial. Sin embargo en la actualidad la reproducción asistida abarca mucho más. Hemos visto como la ciencia ha avanzado hasta plantearse la posibilidad de clonación de seres humanos, o sea reproducción asexual.

Ya no son sólo las parejas heterosexuales estériles las que van en búsqueda de estas técnicas de reproducción, **en la actualidad asisten una amplia gama de individuos entre los que se encuentran los homosexuales y las personas de la tercera edad, quienes también centran** sus esperanzas en estas técnicas, para procrear hijos, los cuales no tendrían nunca mediante el proceso biológico natural. También existen quienes, pudiendo procrear, se someten a estas técnicas buscando características y sexo determinado de sus hijos. Posición que plantea un problema ético grave ¿tenemos derecho a fijar una lista de exigencias de calidad a los seres humanos recién concebidos, para decidir quiénes nacen y quiénes no?

Son sumamente alarmantes los fenómenos que colateralmente al uso de estas técnicas se están produciendo, por demás indeseables, entre los que se encuentra el **mercado negro de úteros, alquiler de úteros y comercio de bebés**. Lamentablemente hasta el día de hoy las cuestiones legales no constituyen obstáculo para el auge de empresas cuyo objeto social esté dirigido a promover estas prácticas, sobre todo en los países desarrollados donde se elaboran teorías hábiles, astutas y repletas de expedientes que logran evadir cualquier traba en las legislaciones vigentes.

Por otro lado la situación precaria en la que viven decenas de personas ha conllevado a la realización de tales prácticas, situación de la que se aprovechan estas empresas para obtener lucrativos dividendos. Muchas mujeres desesperadas prestan sus vientres para luego vender los bebés, lo que se conoce por el nombre de maternidad subrogada. Los precios del negocio de alquiler de un útero varían, por ejemplo en las agencias americanas, francesas e inglesas cobran aproximadamente 30.000 dólares por ello, sin embargo en la India cuesta entre 4.000 y 8.000 dólares. Las madres de alquiler reciben en Europa unos 15.000 dólares por sus servicios, mientras que en la India perciben entre 2.260 y 4.520 dólares.

Las empresas internacionales de esta industria consideran que es necesario fomentar una legislación para este tipo de mercado, que permita la estabilidad del precio de alquiler de un útero, los intermediarios, por su parte afirman que las mujeres del Tercer Mundo pudieran componer una de las más baratas fuentes de madres suplentes en el mundo.

El negocio es demasiado lucrativo para dejar que sucumba. A los criterios de los interesados de que este tipo de Industria florezca, se suma el hecho de que en países como

Francia, por ejemplo, el asunto de las técnicas de fecundación *in vitro*, madres suplentes, empleo y venta de óvulos y otras prácticas relacionadas con la reproducción asistida, son prioridad nacional, debido a que el crecimiento demográfico está virtualmente en cero.

La tendencia actual apunta a la mercantilización y privatización de las investigaciones en este campo, pues más del 90% de estas investigaciones se realizan en los países desarrollados, el mayor por ciento de las entidades dedicadas a esta actividad pertenecen a la esfera privada, e incluso los laboratorios públicos nutren a la industria privada con el resultado de sus investigaciones básicas. Mientras que los países de escasos recursos económicos no pueden fomentar la aplicación de estos avances, ni tampoco pueden acceder a ellas las personas de bajos ingresos.

Cabría preguntarse si la humanidad ha tomado consciencia real de hasta dónde están técnicas y sus descubrimientos han invadido el mundo de nuestros orígenes y de transmisión de la vida humana, y del nivel de responsabilidad que debe asumir ante la posibilidad de manipular su propia herencia e influir sobre ella, modificándola.

Aspectos éticos:

Los progresos acelerados de la medicina basados en otras ciencias biológicas como la ingeniería molecular y la bioquímica, han colocado al hombre desde la segunda mitad del siglo XX en una situación de perplejidad y confusión. Hoy día poseemos tremendo recursos científicos y tecnológicos que presuponen opciones políticas y más profundamente opciones morales, pero hablar de estas opciones sin considerar su impacto en el ser humano es considerar la ciencia como fin último y no como un ente en función de la persona humana y la sociedad.

“El hombre de hoy tiene conciencia de que si no responde al desafío moral de la era atómica, el resultado puede ser la aniquilación de nuestra especie. Estoy convencido de que la supervivencia de la humanidad es hoy más precaria que nunca, desde que el hombre impuso su dominio sobre la naturaleza humana. La amenaza a la supervivencia de la humanidad procede de la humanidad misma; la técnica humana usada para servir a los diabólicos fines de la inequidad (iniquidad), y el egoísmo humanos, constituyen un peligro mayor que los terremotos, que las erupciones volcánicas, que las tempestades, que las inundaciones, que las sequías, que los virus, que los microbios, que los tiburones y los tigres”⁵. Toynbee e Ikeda (1988)

Es ilógico pensar que no existe conexión alguna entre el ideal moral y las verdades científicas, aún cuando se plantee que la primera apunta hacia la valoración humana de los fenómenos sociales y la segunda hacia la comprensión adecuada de la realidad por parte del hombre. Pues el desarrollo tecnológico depende de decisiones humanas y estas están basadas en un saber ético determinado, el cual no puede comprenderse sólo en su dimensión cognoscitiva, o racional sino también desde su óptica de valores, sentimientos y

⁵ Citado por: Luis r. López Bombino: “Ética, Ciencia y responsabilidad”, El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 110.

emociones, esta imbricación será la que le dará a la toma de decisión un verdadero sentido ético.

Para la ciencia siempre existirá una justificación positiva que valide sus investigaciones por mínima o remota que esta sea. Pero ciertamente no todo lo científico o técnicamente posible es jurídicamente o moralmente correcto. La realidad actual nos impone la necesidad de una nueva definición de ética social, pues una civilización que adquiere poderes tales sobre la vida se encuentra sobre una nueva plataforma de reflexión sobre los derechos del hombre. Por lo que nos hacemos eco de las palabras del doctor Jaime Escobar Triana (1995), quien expresó: “El dominio del hombre sobre la naturaleza lo ha llevado por amplios caminos de la ciencia y la tecnología a un conflicto tal, que amenaza con la destrucción de ella y de sí mismo. Es un conflicto de hechos y valores a los cuales se enfrenta la humanidad, ser y deber ser, o entre los valores técnicos y los valores humanos, que ha dado origen al nacimiento de la Bioética”⁶.

La bioética como disciplina irrumpió inicialmente como ética biomédica, pero en la última década la acepción de la disciplina como bioética global sustentable, es decir, como nuevo saber que trasciende los marcos legados por la racionalidad moderna y reconciliadora del hombre con la naturaleza, ha ido adquiriendo mayor espacio. La bioética debiera ser vista-afirma Potter-...como una nueva ética científica que combina la humanidad, la responsabilidad y la competencia, que es interdisciplinaria e intercultural, y que intensifica el sentido de la humanidad.⁷ Por el carácter holístico de esta disciplina encaminada a la humanización de la vida y a la defensa del futuro hombre, sus debates no han sido acogidos de igual modo en todas las sociedades, de manera que se han suscitado distintas reflexiones tanto de aceptación como de rechazo en torno a su objeto de estudio y los dilemas que plantea.

La bioética trata temas que conmueven profundamente la vida humana y la trama social, incluyendo las relaciones entre profesionales de la salud, enfermos y sistemas sociales. Forman parte de sus temas centrales nacimiento, muerte, diagnóstico, tratamiento, salud, dolencia, incapacidad, dolor, sufrimiento, calidad de vida, dignidad de muerte y también fecundación asistida, eutanasia, cuidados paliativos, comités hospitalarios, manipulación genética, por citar aquellos que más análisis o discusiones han suscitado hasta la fecha.

La simple enunciación de los principales problemas que abarca la bioética, nos permite indicar el papel que le cabe al Estado en el control de determinadas políticas, autorización o negativa a realizar ciertas prácticas, influencia de permisos o prohibiciones en políticas de natalidad, tasas de morbilidad, planes de desarrollo y resalta la importancia de la biojurídica en el desarrollo bioético.

Una de las misiones fundamentales que persigue la Bioética es la de estudiar y resolver los problemas éticos que suscitan las aplicaciones de los nuevos descubrimientos de la biología

⁶ Citado por: Edna I. Santiago Pérez: “De la Genética y de la Bioética en el Nuevo Milenio”, Puerto Rico, 2000, p. 44.

⁷ V.R potter. “Bioética puente, bioética global y bioética profunda”. Cuadernos del Programa regional de Bioética (Santiago de Chile, No. 7, diciembre, 1998:25

humana y de las invenciones en el terreno de la medicina, así como muchos otros que atañen directamente a la vida, salud y reproducción de los seres humanos.

Su aplicación en muchos casos ha sido insuficiente y la interpretación concedida a los principios que la informan ha sido manipulada en aras de legitimar los intereses de una minoría en relación a la mayoría. Por tanto en este campo aún no se ha logrado un reconocimiento científico de las verdades que enarbola, ni una uniformidad de pensamiento, son numerosas las corrientes que se adoptan a la hora de tratar lo bioético, de las cuales traeremos a colación las siguientes:

- Una de esas actitudes consiste en negar el imperio del orden moral en la actividad médica o científica: "al hombre le es lícito hacer todo lo que pueda hacer".
- La ética de la situación, la cual establece que las circunstancias son premisas que se deben tener en cuenta al tratar un caso ético, obviando que además de las circunstancias existen principios que deben ser respetados, por ejemplo, el principio que manda abstenerse de atentar contra la vida o contra la integridad corporal del hombre, como corolario del cual, al investigador se le prohíbe matar o dañar al sujeto del experimento, no ponerlo a sabiendas en situación de riesgo serio, cuando no hay beneficio cierto o probable para la salud de este.
- Otra corriente, una de las más extendidas por aquellos que afirman la existencia de principios rectores, declara la subordinación a principios bioéticos de alcance general, entendiéndose por tales: la beneficencia, autonomía, justicia y puede añadirse la no maleficencia. Estos principios por lo general son engarzados en el resto de las corrientes existentes, no entran en pugna, pues son de fácil acomodo a las circunstancias. Su contenido elíptico no les permite justificar un sistema coherente de conclusiones.

La producción de embriones se ha defendido muchas veces como cumplimiento del principio de beneficencia. Se da vida a un ser humano que no lo habría alcanzado con el modo natural de procreación y se satisface el interés de los progenitores, pero para ello a veces se ignora que se requieren formar simultáneamente varios embriones, con la consecuencia de destruir finalmente los embriones humanos que no se implanten.

La autonomía más que un principio de regulación moral, es entendida más bien como una negación de todo orden moral e hiperboliza el derecho a la intimidad o derecho a la privacidad como una prerrogativa individual. Por ello, con gran frecuencia, las decisiones son la consecuencia de las apetencias o intereses de quienes las toman, lo cual puede conducir a graves despropósitos cuando no se reconocen límites al respecto.

- La ética utilitarista, doctrina también predominante de tanto predicamento en el mundo cultural anglosajón. De acuerdo con ella no hay ninguna clase de conducta que sea de suyo moralmente reprochable, sino que cualquier clase de elección puede ser lícita y aún exigida, si de acuerdo con las circunstancias se presenta como idónea para producir mayor suma de beneficio que otro comportamiento.

Dentro de esta postura, cabe mencionar el principio de propiedad que a diferencia de los anteriormente señalados, subyace en su génesis, el cual explica importantes conclusiones que suelen sostenerse, y aún plasmarse en normas jurídicas atinentes a la vida y la muerte.

Según esta línea de pensamiento el individuo es propietario absoluto de su vida y de su cuerpo, por lo cual puede disponer soberanamente acerca de ellos. Más allá de lo dicho, este principio se ha extendido hasta abarcar, la vida de los propios hijos, antes y después de su nacimiento, y hasta cierta edad en que se les habría de reconocer socialmente el status de personas o sujetos con derechos.

Indiscutiblemente una posición tal solo conduce al individualismo y al permisivismo moral a ultranza. La extralimitación del llamado "derecho de privacidad" ha llevado no solo hasta la justificación de la más amplia disponibilidad sobre el propio cuerpo y la vida, prescindiendo incluso de toda limitación requerida por el orden público, sino que, como puede advertirse, ha ido mucho más allá, al punto de abolir derechos ajenos fundamentales, absorbiéndolos en el área de dominio del "derecho de privacidad del más fuerte".

El conjunto de ideas con pretensión regulativa que actualmente se pone bajo el rótulo de "bioética", sirven en realidad como estrategia dialéctica para la coonestación de cualquier conducta que tenga que ver con la vida y la muerte y que interese defender.

Frente a estas concepciones, "hay que reafirmar el principio *"primum non nocere"* (Lo primero es no causar daño), el más universal de los principios de justicia, y también máxima deontológica médica reconocida desde antiguo. Y es menester reafirmar asimismo el genuino principio de que "el fin no justifica los medios", sólidamente asentado en la tradición más que bimilenaria de la filosofía moral"⁸.

Es necesario replantear las soluciones a los conflictos y problemas - en particular los referentes a la nueva rama de las ciencias biológicas que comporta la llamada ingeniería genética- en términos de una eticidad concreta y no como una mera confrontación de principios y sistemas morales. La construcción de un discurso que dé cuenta de estas realidades muy específicas de nuestro entorno vital pasa por la definición de fórmulas consensuales que permitan ir elaborando soluciones éticas no abstractas, ni de pretensión universalista.

Aspectos jurídicos:

Con estos problemas con la vida, la muerte y la reproducción humana debemos preguntarnos: ¿hasta dónde se puede reglamentar la vida privada?, ¿hasta dónde es legítimo que el Derecho intervenga en los acontecimientos modernos? Al Derecho le cabe el rol de anticipar la evolución de la sociedad, y sobre todo debe ser a favor de la persona humana. Los hombres y mujeres del Derecho no podemos dejar de reconocer la relación existente

⁸ Tale García, Camilo: "Examen de las actitudes y de los principios de la Bioética contemporánea predominante", Foro de Teología Moral, p. 26

entre el desarrollo de nuevas tecnologías, su aplicación sobre la vida del hombre y por ende un nuevo campo de intervención que el Derecho habrá de tener.

“Las nuevas tecnologías se entrelazan con la modificación de distintos componentes del régimen jurídico, de valores, principios, conceptos, normas reguladoras, con la aparición de nuevas modalidades en la creación del derecho, y en cambios de punto de vista sobre sus fuentes, su naturaleza y contenido, sus modos de organización y funcionamiento”⁹.

Es la ciencia jurídica la que mayor desfase presenta frente al avance tecnológico, el paso de la reproducción humana a la reproducción artificial en probeta, nos ha impuesto nuevos retos: concepto de persona, identidad genética, bancos de semen, transferencia de un número ilimitado de embriones, embriones sobrantes, manipulación de embriones antes de ser transferidos, transferencia de embriones al útero de una mujer distinta de la que proporcionó el óvulo, mantenimiento de embriones más allá de la fase implantatoria, clonación, criterios de anonimato riguroso de los donantes frente al derecho a la investigación de la paternidad genética de los nacidos por fecundación heteróloga, adopción prenatal, etc.; cuestiones de pendiente resbaladiza que nos hace reflexionar sobre lo que la propia civilización debe y puede poner en la carrera hacia el progreso.

En las últimas décadas hemos visto que estos desarrollos científicos han suscitado nuevas interrogantes jurídicas que podemos incluir dentro de los siguientes principios de derecho:

- Derecho a la vida y a la integridad del ser humano. Si los hombres y las mujeres son libres y tienen derecho a su intimidad ¿hasta dónde tienen plena capacidad para intervenir con su cuerpo? ¿Puede el individuo copiarse o duplicarse genéticamente de manera total o parcial? ¿Qué protección se le dará al embrión? ¿Pueden ser objeto de tráfico comercial las células germinales?
- Derecho a la intimidad: ¿Es el derecho a procrear un derecho absoluto? ¿Qué límites se le debe imponer? ¿Qué impacto traerá el reconocimiento absoluto del derecho a la reproducción?

El principio de autonomía, pilar fundamental en el discurso bioético contemporáneo, se traduce en el orden jurídico y más específicamente en el campo reproductivo, en el derecho a procrear, derecho que en la actualidad ha ganado un espacio significativo primando incluso sobre otros derechos también fundamentales. Su contenido supone el derecho que posee todo individuo, casado o soltero, independientemente de su sexo y orientación sexual, de estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona, como la decisión de engendrar o parir un niño. Su no reconocimiento conllevaría una violación de este derecho y una intromisión indebida del Estado en su vida privada y familiar. Lo cual conduce al desmedro de los derechos de la infancia, quienes quedan en un total estado de vulnerabilidad.

⁹ Marcos Kaplan: “Ciencia, estado y Derecho en la Tercera Revolución”, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 204.

En España, por ejemplo, aunque no se reconoce expresamente, existe un derecho a la reproducción. Este derecho está integrado por una parte en el derecho fundamental a la libertad, en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad, y por otra parte está protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar, que no se puede restringir arbitrariamente o sin justificación suficiente.

En aras también de este principio se protege la intimidad de la pareja y del propio donante, es práctica mantener en el anonimato esta última persona, bajo el argumento de evitar problemas de tipo familiar. Sin embargo este derecho no puede ser absoluto, pues se debe asegurar a los niños que nazcan de estas técnicas el acceso a la información que pueda resultar vital para la atención de su salud.

Estamos indudablemente frente a una problemática que desbordan las estructuras jurídicas existentes. No se puede pretender seguir manejando las situaciones o conflictos jurídicos que se presentan al tenor de las concepciones tradicionales, pues esto conllevará a dejar amplios espacios de materias no resueltas e insatisfechas las legítimas expectativas de los interesados. El desafío actual que viene desde lo jurídico es el aporte bioético que desde una perspectiva biojurídica podrán hacer los hombres del derecho, para plasmar en normas la defensa y protección de derechos y para dar respuestas verdaderas desde los tribunales a las problemáticas sociales.

“Si el principio de preocupación entra en las leyes, en los planos nacional e internacional, no es para paralizar o inhibir la innovación, sino para limitar sus daños en nombre de la “preocupación” por las generaciones futuras: de estos aspectos cruciales del desarrollo de la ciencia y la tecnología depende el destino de la humanidad”¹⁰.

Hace ya tres décadas que se hizo necesario abordar la reflexión sobre la reproducción asistida. Mediante sus técnicas se presentó la posibilidad de hacer madres y padres biológicos a personas que no lo serían nunca sin la ayuda de estos adelantos biotecnológicos. Esas nuevas técnicas que comenzaron a explicarse sin marco legal, pronto comenzaron a plantearse disímiles dilemas a los que había que dar respuesta, lo que dio lugar a un movimiento en pro de su regulación. Lo cual explica el porqué desde el punto de vista doctrinal, las aportaciones han sido escasas o están emergiendo.

También su expresión en las legislaciones ha sido insuficiente e incongruente, pues va desde un control estatal débil hasta restricciones jurídicas categóricas, situación esta en la que pudiera producirse cierto enfrentamiento entre la innegable regulación estatal de la llamada industria de la tecnología reproductiva y la autonomía en la toma de decisiones del individuo. La regulación de la tecnología reproductiva en los países europeos por ejemplo se ha llevado a cabo de diversas formas, no siempre de manera respetuosa con la dignidad del embrión humano: legislación específica con o sin sanciones penales correspondientes; reglamentación de tipo administrativo; recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por

¹⁰ Jean Jacques Salomón: “El nuevo escenario de las políticas de la ciencia”, <http://7www.campus-oei.org/salactsi/ctsdoc.htm>, p.8.

asociaciones de profesionales médicos; Comités o Consejos Nacionales éticos de composición multidisciplinar.

Desde el punto de vista legal, la regulación de la procreación artificial humana en el ámbito europeo carece de uniformidad, salvo en lo concerniente al reconocimiento de la paternidad legal del varón que consintió la Inseminación Artificial de su mujer o compañera. Las leyes europeas sobre Reproducción Asistida aceptan en general estas técnicas, con distintos matices.

No ocurre lo mismo en el caso de la experimentación embrionaria. La mitad de los países con legislación específica (Alemania, Noruega, Dinamarca), respetan la dignidad del embrión humano desde el momento de la fecundación, y en consecuencia la ley es restrictiva en este punto.

Por el contrario, en los países donde se otorga el estatuto biológico al embrión humano a partir del día 14 después de la fecundación (España, Inglaterra), el embrión de menos de 14 días se ve abocado a una situación desigual, de menor protección desde el punto de vista jurídico.

En las leyes europeas sobre Reproducción Asistida es prácticamente unánime el rechazo de la maternidad de sustitución, la creación de híbridos, la clonación y la manipulación genética, así como la aceptación del derecho del donante de semen al anonimato. En este punto sólo la ley sueca reconoce el derecho del hijo que nazca tras estas técnicas a conocer la identidad de su padre biológico.

Sobre todo es el Derecho de Familia el que realmente se ve afectado en este tema, pues es en esta rama donde subyace lo relativo a la concepción, evolución y desarrollo del hombre, aspectos que a través de los siglos se ha basado en pautas estructurales y en presunciones jurídicas casi intocables.

Replantea conceptos clásicos como: **sexualidad y procreación**, considerando que el acto sexual no está dirigido a procrear y que no toda procreación tiene que venir precedida de un acto sexual, es suficiente pensar en la inseminación artificial; **fecundación y gestación**, el cual puede estar mediado por la intervención de distintas personas en el proceso o también por el lapso de tiempo que transcurre entre ambos, por ejemplo en una fecundación *in vitro*, cuyo fruto es congelado y transferido tiempo más tarde al útero de la mujer que aportó el óvulo, o bien en el supuesto de que se ha transferido a una segunda mujer (madre gestante) y en la que para el caso de que se de la ley considera madre a la que gesta y alumbra, y maternidad y paternidad ya no unidos necesariamente al de progenitor, es el caso, por ejemplo, de una pareja estéril a causa del marido y que acuden a la donación del semen de un tercero anónimo, biológicamente éste es el padre, pero legalmente será padre el marido que consiente esta técnica.

En nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta, el padre es el marido de la madre, y a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología, y, muy, en especial, las técnicas de reproducción asistida, nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables.

La aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. Respecto a la paternidad, aparece, junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quién aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura que es el padre social, es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad, este puede ser el marido o concubino de la madre o simplemente un varón soltero que desea tener hijos solicitando los servicios de una mujer que acepte aportar los gametos femeninos y llevar a cabo el embarazo para, después, entregar el hijo o hija a dicho varón.

Con relación a la maternidad, se presenta tres tipos de figuras maternas, la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre, la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación, y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado a llamar maternidad sustituta o subrogada.

Desde luego, ello nos induce a pensar que la institución de filiación dentro del Derecho de Familia es la más afectada, atendiendo fundamentalmente a la incidencia que tiene la filiación en los derechos fundamentales de la infancia y a partir de ahí, en la vida de toda persona. Derechos en donde la intimidad personal y familiar parece entrar en conflicto, cuando se analiza el derecho a conocer sus propios orígenes y el derecho a la salud.

El matrimonio como institución sólidamente sostenedora de la filiación no está tampoco exento de implicaciones, ante la posibilidad de consentir unilateralmente que se realicen prácticas que no consentidas por el otro cónyuge pueden estimarse atentatorios contra el debido respeto mutuo y fidelidad que están obligados a guardarse los cónyuges.

No acaban aquí, no obstante, las repercusiones que las fecundaciones puede tener en el ordenamiento jurídico civil, el derecho de sucesiones por lógica, puede verse afectado por el reconocimiento de derechos sucesorios a favor de quien aún no ha sido concebido, y sobre todos los aspectos indicados siempre presentes los derechos inherentes a la persona, como son: el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la intimidad personal y familiar, etc.

Se hace preciso una revisión y valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de estas técnicas, y la adaptación del derecho allí donde proceda, desde una perspectiva biológica la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos, en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo, en la no plena o parcial, la mujer solo aporta la gestación (maternidad de gestación), o sus óvulos (maternidad genética), pero ambos: son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos.

Por su parte, la paternidad solo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados.

Las diferentes legislaciones tienen que dar solución a las nuevas situaciones planteadas, dejando de lado la discusión fundamentalista y sistemática y la subtracciones jurídicas. Antes bien, abordar cada tema en aras de la definición de propuestas de acción que, en primer lugar, acepten solamente la ingeniería genética con fines terapéuticos, segundo, no impongan deberes de conducta a quienes pudieran rechazar la obligación legal de acuerdo con sus convicciones morales y, tercero, reconozcan principios éticos tan trascendentes como el respeto a la dignidad del ser humano, la inalienabilidad del cuerpo humano, la seguridad del material genéticamente humano y la inviolabilidad de la persona humana.

El Estado debería desempeñar en esta materia un rol más protagónico, tanto en la selección de los participantes en dichas técnicas como en el control sobre la donación, la disposición de los gametos y embriones humanos, prohibiendo o limitando ciertas relaciones contractuales como la subrogación para ofrecer protección al que está por nacer no concebido o concebido no implantado, sin limitar al extremo el derecho de la pareja infértil a tener un hijo. Estas son solo algunas de las propuestas para reformar nuestros ordenamientos y dar cabida a las ventajas que ofrecen las investigaciones genéticas y limitar los impactos negativos que pueden incidir en las ya convulsionadas estructuras familiares.

Conclusiones

La ciencia y la tecnología son procesos sociales en varios e importantes sentidos. Revalorizar lo social no como escenario sino como elemento decisorio, es comenzar a andar en una dirección correcta. Lo social ayuda a entender la ciencia en contexto, lo que aquí apunta al entramado de circunstancias económicas, políticas y culturales que le han dado sentido y orientación a una práctica científica determinada”¹¹.

Indudablemente la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, es por ello que se impone una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que la ciencia pueda actuar sin trabas, dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad le señale, evitando así su colisión con los derechos humanos, con la dignidad de los individuos y de las sociedades que constituyen, a lo que no puede renunciarse.

A partir de la aparición de los fenómenos relacionados con la nueva tecnología reproductiva en nuestra vida cotidiana, los esfuerzos se han encaminado fundamentalmente en definir este nuevo campo de estudio y precisar los alcances que ello puede tener desde el punto de vista ético-legal en las relaciones familiares y sociales en sentido general.

La reproducción humana asistida, ya sea por inseminación artificial o fecundación *in vitro*, son una realidad que determinarán cómo los humanos nos reproduciremos y hasta cómo nos comportaremos en el futuro.

Desde la óptica ética debemos, en primer lugar, analizar y reflexionar si tenemos el derecho incondicional a usar las capacidades que están al alcance de la ciencia para desarrollar tecnología reproductiva e ingeniería genética, la valoración ética requiere que individualicemos cada caso y se establezcan límites precisos en el plano ético.

Las bases sobre las que subyace la valoración ética de las nuevas tecnologías de reproducción asistida y la genética deben ser conscientes. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general, una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa.

“Ante la dinámica expansiva de estas áreas de la ciencia debemos ser ética y jurídicamente responsables. La aprobación inicial que le dimos a estas investigaciones, expresa o

¹¹ Jorge Núñez Jover: “Ética, ciencia y tecnología: sobre la función social de la tecnociencia”. El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 3.

implícitamente, no puede conllevar a la aceptación incondicional de ellas”¹².

No olvidemos que convergen factores económicos que propician la no regulación y que otros podrían tomar el control de la situación, por que conocimiento es poder. Es urgente que adoptemos normas adecuadas para prevenir y solucionar los conflictos provocados por estos avances tecnológicos, pues las normas actuales han quedado obsoletas y por tanto, resultan insuficientes para responder los problemas que se plantean hoy en día.

Los aportes que desde el campo ético y jurídico se hagan deberán tener como horizonte la dignidad del ser humano, contribuyendo a que las legislaciones se ajusten a criterios de respeto y protección de los derechos y bienestar humano, fundados en parámetros éticos y científicos.

Bibliografía

Carrasco, Ana María y Méndez, Luis: Aspectos éticos-legales de las tecnologías de reproducción humana. La Bioética y la fecundación asistida. Argentina. 1995.

Díaz Elías, María Teresa y Sugranyes Ramos, Carmen: Respectos éticos legales de la tecnología de la reproducción y su influencia en el Derecho de Familia. Cuba. 1995.

Freyre Roach, Eduardo: La bioética: enfoque imprescindible. Por una nueva Ética, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Kaplan, Marcos: Ciencia, estado y derecho en la Tercera Revolución, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

López Bombino, Luis R.: Hacia una ética de la ciencia: problemas e interrogantes. El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

López Bombino, Luis R.: Ético, Ciencia y Responsabilidad. El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

López Bombino, Luis R. y otros autores: Antología mínima de las Ideas Morales. El saber ético de ayer a hoy. Tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Matos Cuadro, Elizabeth y Alvarez Buillas, Sandra M.: Aspectos ético-legales de las tecnologías de reproducción humana. Fiscalía Municipal de Boyeros, Ciudad de la Habana. 1995.

¹² Edna I. Santiago Pérez: “De la Genética y de la Bioética en el Nuevo Milenio”, Puerto Rico, 2000, p.44

Núñez Jover, Jorge: Ética, ciencia y tecnología: sobre la función social de la tecnociencia. El saber ético de ayer a hoy. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Núñez Jover, Jorge: La ciencia y la tecnología como procesos sociales, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999.

Núñez Jover, Jorge: La cuestión de la democratización de la ciencia como asunto epistemológico, ético y político. Universidad de La Habana.

Núñez Jover, Jorge: Las dos culturas: medio siglo después. Universidad de La Habana.

Núñez Jover, Jorge: Ciencia y bienestar: del programa ilustrado al programa Social. Conferencia por el XV Aniversario del CESBH de la Universidad de La Habana, 16 de septiembre de 2005.

Pérez Duarte, Alicia Elena: El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

Potter, V.R. "Bioética puente, bioética global y bioética profunda". Cuadernos del Programa regional de Bioética (Santiago de Chile), No. 7, diciembre, 1998: 25

Salomón, Jean Jacques: El nuevo escenario de la políticas de ciencia.
<http://www.campus-oei.org/salactsi/ctsdoc.htm>, 2001.

Santiago Pérez, Edna I.: De la Genética y de la Bioética en el Nuevo Milenio. Puerto Rico. 2000.

Tale García, Camilo: Examen de las actitudes y de los principios de la Bioética contemporánea predominante. Foro de Teología Moral.
<http://www.filosofiyderecho.com/redb/numero2/principiosbioetica.htm>.

Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida. Ley No. 35 de 22 de noviembre de 1988.

El ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil. Posibilidad, necesidad y realidad

The exercise up the third injured direct action against the civil responsibility insurance company: possibilities, needs and reality

El tema es viejo de más de medio siglo, y no debería suscitar entre nosotros el pasmo de la novedad o los escrúpulos de la osadía.

Tzirulnik, Cavalcanti y Pimentel.

Lic. Alejandro Vigil Iduate

Profesor Asistente Universidad de La Habana

Director Jurídico del Ministerio de Finanzas y Precios

Resumen

La posibilidad de ejercitar la acción directa el acreedor, al demandar el cumplimiento de la obligación directamente al deudor de su deudor, sin necesidad de que lo obtenido haya de pasar por el patrimonio del deudor intermedio, cada día avanza más en la doctrina y la legislación contemporánea.

Su principal ventaja es, que favorece de manera inmediata a quien la ejercita, sin beneficiar a los restantes acreedores del deudor aunque tengan créditos preferentes.

No está reconocida actualmente en nuestra legislación de seguros, valorándose que su implementación no solo ofrece importancia teórica, sino también práctica, pues la aplicación de tal norma hará más efectiva la indemnización de la víctima.

Palabras claves: Seguro, esarcir, daño

Abstract

The possibility for a creditor to exercise direct action by demanding performance of the obligation directly from the debtor of the creditor's debtor - without the need for what is obtained to pass through the assets of the intermediate debtor- is gaining increasing around in contemporary legal doctrine and legislation. It is its main advantage the fact that it provides an immediate benefit to the party that exercises It, without benefiting the other creditors of the debtor, even if they hold preferred claims. It is not currently recognized in our insurance legislation, although its implementation is considered to be not only of theoretical importance, but practical as well, since the application of such a rule would make the victim's

Key words: *Insurance*, to compensate, damage

Introducción

¿El ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador constituye un mecanismo de protección a los perjudicados, alternativo a la Caja de Resarcimiento, que le permite reclamar derechos indemnizatorios, y a su vez liberar parcialmente a aquella de la carga económica que hoy soporta?

Es necesario implementar mecanismos alternos y expeditos de protección a los perjudicados, que les permita reclamar sus derechos económicos afectados, y aliviar la carga de la Caja de Resarcimiento, y por ende, del presupuesto del Estado.

La acción directa, por tanto, se encuentra refrendada en varias legislaciones foráneas, y presente en diversas propuestas legislativas, no así en nuestro país, pues la interpretación que se da del articulado del Código Civil no permite su ejercicio por parte de perjudicados.

La acción directa como medio de protección del crédito

La posibilidad o no de ejercitar acción directa, entendida como la facultad del acreedor de demandar o reclamar el cumplimiento de la obligación directamente al deudor de su deudor sin necesidad de que lo obtenido haya de pasar por el patrimonio del deudor intermedio¹, es un elemento contradictorio, reconocido y defendido por unos; rechazado y vetado por otros, pero sin lugar a duda, cada día avanza y ocupa un lugar en la protección de los derechos vulnerados.

Dentro de las medidas que garantizan y protegen el derecho de crédito, LASARTE² ubica la acción directa como «uno de los medios específicos de mantenimiento de la integridad del patrimonio del deudor», junto a la acción subrogatoria y la acción pauliana. Por su parte, OJEDA RODRÍGUEZ³ coloca a la acción directa como «una de las medidas de tutela preventiva del crédito» junto a las medidas conservatorias o acciones de conservación de la garantía patrimonial y de la solvencia del deudor, la acción revocatoria o pauliana, la acción subrogatoria indirecta u oblicua y las medidas judiciales de aseguramiento del crédito.

En todos los casos es una facultad otorgada por la ley, a favor de un acreedor para demandar directamente al deudor de su deudor, en virtud de la cual el acreedor de un deudor negligente o doloso, intenta en

nombre de su deudor y por cuenta de todos los acreedores las acciones que el deudor no ejerce por culpa o dolo. La acción directa permite al acreedor pasar por encima de su deudor para llegar hasta el deudor de su deudor.⁴ En principio, se obedece a la noción de asegurar a determinados acreedores la satisfacción de sus créditos que el deudor tiene con un tercero. La ley reconoce la acción directa por existir posibilidad o peligro de que el producto de la subdeuda sea desviado de su destino lógico y natural.⁵ En opinión de SOLUS⁶ “es la acción que una persona posee en contra de otra en razón de la intervención de una tercera, y que ejerce sin recurrir a ésta última»

La principal ventaja de la acción directa para el acreedor con respecto a la utilización de la acción subrogatoria, es que favorece de manera inmediata a quien la ejerce, sin beneficiar a los restantes acreedores del deudor aunque tengan créditos preferentes.

Supuestos de aplicación

La acción directa ejercitada por el acreedor sobre el deudor de su deudor solo aparece en supuestos concretos, casuísticos, excepcionales, por lo que no cabe propugnar de manera indiscriminada su interpretación extensiva.

En el análisis de la legislación española tenemos varios casos:

- Se concede facultad a los trabajadores o suministradores de materiales, en un contrato de obra, de dirigirse directamente contra el dueño de la obra por la cantidad que éste adeude al contratista⁷.
- Puede el mandante dirigirse directamente contra el sustituto del mandatario⁸.
- Puede el arrendador exigir al subarrendatario el pago directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo, así como la reparación de los deterioros que hubiere causado⁹.
- La víctima de un accidente automovilístico¹⁰, de un accidente ocurrido durante la caza¹¹, y de la producción nuclear¹², puede dirigirse directamente contra el asegurador del causante, hoy extendido a todos los seguros de responsabilidad civil mediante el artículo 76 de la ley del contrato de seguro.

En la legislación argentina, mayormente en el Código Civil, también encontramos varios supuestos de aplicación:

- El arrendador originario contra el subarrendatario¹³, por el incumplimiento de obligaciones resultantes de la sublocación.

- En el caso de deudas del empresario a ejecutores de obras¹⁴.
- En el contrato de mandato, las obligaciones que se generan entre mandante y sustituido¹⁵.
- En las obligaciones que se generan en la gestión de negocios ajenos¹⁶
- En el seguro de responsabilidad civil obligatorio¹⁷

Por su parte, la legislación civil cubana entendemos que la recoge en:

- La posibilidad del acreedor de dirigirse contra el tercero causante de la pérdida de un bien, que motiva la extinción de la obligación¹⁸.
- El contrato de mandato, pues el mandante puede obrar directamente contra el sustituto del mandatario¹⁹.

Clasificación

En un intento inicial de clasificar a la acción directa esgrimimos a PLANQUEEL²⁰, quien distingue dos grupos de acciones directas: las imperfectas y las perfectas: las primeras son las existentes en el mandato, en la locación de obra, y en la locación de cosas, y donde el derecho nace con su ejercicio; mientras que las segundas las entiende para el seguro de responsabilidad civil, y nacen, conjuntamente, con el crédito de la víctima contra el autor del daño.

Entendemos, pues, que este autor se apoya en la idea en que el seguro de responsabilidad civil, el

crédito de la víctima contra el responsable, y el de éste contra el asegurador, nacen simultáneamente, y que esta vinculación es también evidente a los terceros; en cambio, en las imperfectas, nacen simultáneamente los créditos, y no se sabe si el titular ejercitará o no la acción. Como error fundamental, hace depender el nacimiento del derecho al ejercicio de la acción cuando, justamente, a nuestro entender, la existencia de la acción supone el derecho.

Aunque se aprecia la aplicación de la acción directa en varios momentos y normativas, donde más se ha desarrollado y adaptado es en el seguro, y dentro de él, en el seguro de responsabilidad civil, que es quien brinda sostén y abrigo a las propuestas actuales y al desarrollo de nuestro trabajo.

La acción directa en el seguro de responsabilidad civil

El término «acción directa» se emplea en materia de seguros para denominar al derecho que se le confiere al tercero dañado o perjudicado, mediante el cual se le faculta el ejercicio de una acción en contra de la compañía aseguradora con quien el asegurado causante del daño tiene celebrado un contrato de seguro de responsabilidad civil. Se le denomina acción directa, puesto que el tercero dañado adquiere la calidad de beneficiario del seguro, y puede ejercitar la acción derivada de un contrato de seguro, sin que previamente tenga que demandar al causante del daño por el importe de

la deuda de responsabilidad civil.

El *Diccionario Mapfre de Seguros*²¹ define a la acción directa como la «facultad que tiene el perjudicado por un siniestro para reclamar una indemnización directamente contra la entidad aseguradora de la persona que es responsable del daño» Por virtud de la acción directa, el damnificado puede accionar en contra de la compañía de seguros sin que el asegurado tenga ningún tipo de intervención como parte dentro del procedimiento.

HALPERIN²² cita como caracteres de la acción directa los siguientes:

- a) La calidad de acreedor se adquiere desde la fecha del nacimiento de la acción.
- b) Debe tener un crédito contra el asegurado.
- c) La acción es principal.
- d) Se ejerce en nombre propio sin necesidad de declaratoria judicial previa.
- e) Se debe citar a juicio simultáneamente al asegurado y al asegurador.
- f) Se le pueden oponer al tercero las excepciones o defensas del asegurador contra el asegurado que hayan nacido antes de la acción directa, pero no las nacidas con anterioridad.

La sentencia hará cosa juzgada si se cita al asegurado y al asegurador.

- g) No existe solidaridad entre el asegurador y el asegurado porque contra el asegurador no hay un crédito, sino meramente una acción para cobrarse sobre lo adeudado al asegurado.
- h) Se halla limitada por el importe adeudado según el contrato y por la indemnización debida.
- i) Si los titulares son varios, el importe se debe dividir entre ellos.
- j) El ejercicio de la acción directa contra el asegurador no excluye el ejercicio de la acción contra el asegurado por el saldo de la indemnización no satisfecho.

Su reconocimiento en el Derecho comparado

La acción directa aparece en varias legislaciones americanas y europeas. En Latinoamérica, la acción directa se encuentra expresamente regulada en la legislación boliviana, la chilena, la colombiana, la mexicana y la argentina e, implícitamente, en la brasileña.

En Bolivia se prevé en el Código Comercial²³ la posibilidad de ejercitar la acción contra el asegurador como beneficiario de la indemnización desde el momento en que se origina la responsabilidad del asegurado, con la salvedad de que ésta será procedente cuando el asegurado se haya ausentado, fugado, tenga impedimento o haya fallecido, lo que se complementa con el seguro obligatorio de accidentes de tránsito establecido por la Ley de Seguros²⁴.

En Chile se reguló mediante la Ley 18.490²⁵, para el caso del seguro obligatorio de accidentes personales que deben tener todos los vehículos motorizados que circulan por las vías públicas.

En Colombia²⁶ se establece que los damnificados tienen acción directa contra el asegurador, y dicha acción podrá ejercitarse demandando en forma conjunta y en un sólo proceso para demostrar la responsabilidad del asegurado y el pago de la indemnización del asegurador.

Por su parte, para México se contempla la posibilidad de que el tercero pueda accionar de forma directa en contra de la institución del seguro²⁷, pero esta acción no es transmisible a terceros por acto entre vivos, y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

En Argentina coexisten lo que hoy se ha dado en llamar «acción directa autónoma» y «acción directa no autónoma». Por la acción directa autónoma²⁸ se prevé la circunstancia de que el asegurador de los seguros de responsabilidad civil «voluntarios», sea citado en garantía, y en cuyo caso la sentencia que se dicte en el juicio en el cual fue citado en garantía, tendrá efectos de cosa juzgada para la aseguradora, mientras que por la acción directa no autónoma²⁹, el perjudicado de seguro tiene acción directa contra el asegurador en caso del seguro de responsabilidad civil obligatorio de automotores.

Detengámonos en el país austral, pues es digno y necesario comentar someramente el proceso que conllevó a lo que tan brevemente anunciamos. La acción directa del damnificado contra el asegurador se encontraba prevista en el artículo 121 del Anteproyecto de Ley de 1958, que se realizó bajo la dirección de

HALPERIN, aunque para ejercitarla se planteaba que debía citarse a juicio al responsable civil (asegurado). La Comisión asesora, consultiva, y revisadora designada en el año 1961 para cumplir tales fines respecto al referido anteproyecto, determinó modificar el texto y sustituyó la acción directa por la citación en garantía del asegurador como mecanismo de derecho procesal. De este modo, la acción de derecho sustancial debía mantenerse contra el responsable civil (asegurado) como presupuesto para poder llamar a juicio al asegurador y lograr, de este modo, sus dos efectos sustanciales, el privilegio absoluto sobre la suma asegurada, y hacer ejecutable la sentencia contra el asegurador. Esta fue la fórmula que mantuvo la Comisión revisadora de 1967 (COLUMBRES, MICHELSON y FONTANARROSA), y que derivó en Ley 17.418, hoy vigente, complementándola únicamente respecto a las actuales referencias a la «medida del seguro», como límite de la responsabilidad del asegurador llamado a juicio y al carácter de las defensas que éste puede oponer.

En Brasil, se encuentra implícita en varias normas legales³⁰, y se discute³¹, si la interpretación del artículo 788 del nuevo Código Civil³² otorga acción directa, pero para evitar dudas, aparece expresamente en el proyecto de ley de contrato de seguro no. 3555 del año 2004³³, redactado por TZIRULNIK y CAVALCANTI, y presentado por CARDOZO, hoy en tramitación en el poder legislativo. De promulgarse el mismo, sería otro país más quien implante, explícitamente y sin dudas, la acción directa como un mecanismo superior de protección los derechos del perjudicado, y sobre principios modernos que rompen reglas pretéritas.

En Europa, el tema se encuentra expresamente regulado en legislaciones como la comunitaria, la española,

El ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado... y la inglesa, y recogido de alguna manera en otras como la francesa y la italiana.

España, uno de los países donde explícitamente está legislado, aparece por primera vez en sentencias del Tribunal Supremo³⁴ antes de su inclusión en la legislación, mediante la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y tomó fuerza en su Texto Refundido³⁵, manteniéndose en las sucesivas modificaciones de la ley³⁶. Posteriormente se amplía a todos los seguros de responsabilidad civil mediante la promulgación de la Ley del contrato de seguro.

En Gran Bretaña se encuentra reconocida en la s.1 de la *Tirad Parties (Rights against Insurers) Act 1930*, que permite el ejercicio de esta acción, si el asegurado resultare insolvente, si bien su ejercicio queda condicionado al supuesto de la insolvencia del asegurado responsable del daño, salvo que se trate de responsabilidad derivada de la circulación de vehículos de motor. En cambio, la s. 149 (1) de la *Road Traffic Act 1972*, no exige la previa insolvencia del asegurado³⁷.

En Francia, el *Code des Assurances* no recoge explícitamente la figura de la acción directa, pero sí se establece que el tercero puede recibir la indemnización si no ha sido debidamente satisfecho, lo que en la práctica es una manera de protegerlo y equipararse con la acción directa³⁸. En el marco judicial, son varias las sentencias que la reconocen.

En Italia, el artículo 1917 del Código Civil otorga la facultad al asegurador, previa comunicación al asegurado, de pagar directamente al tercero que sufre un daño, mientras el artículo 2767³⁹ establece un privilegio sobre la indemnización debida por el asegurador a favor del tercero, lo que constituye un reconocimiento tácito a su existencia sin tener una mención expresa. Sin embargo, si se reconoce esta acción en materia de seguro obligatorio del automóvil⁴⁰.

En la Unión Europea y desde fecha tan temprana como 1972, por entonces Comunidad Económica Europea, se dictó la obligación a sus Estados miembros de incorporar a sus legislaciones nacionales un sistema obligatorio de cobertura en el seguro de vehículos a motor⁴¹, dada la importancia creciente de la circulación, así como por las responsabilidades derivadas de los accidentes ocasionados con su utilización. Este proceso se ha desarrollado de manera gradual, con la incorporación de legislaciones nacionales a las normativas europeas que se dirigen a garantizar el ejercicio de los derechos del perjudicado.

Excepciones oponibles por el asegurador

La posibilidad de oponerse a la acción directa por parte del asegurador, está consagrada en determinadas legislaciones y en sentencias judiciales. En el *Code des Assurances* se estipula que el asegurador puede oponer al tenedor de la póliza, o al tercero que invoque su beneficio, las excepciones oponibles al suscriptor originario—entendiéndose como tales—las existentes en el propio contrato y las derivadas del alcance de la garantía nacida de este. En Italia, señala HILL PRADOS⁴², la existencia de sentencias que

reconocen la posibilidad de oponer al perjudicado aquellas excepciones que hubiera podido alegar frente al asegurador. Este es un elemento interesante, por cuanto ya habíamos señalado que la legislación italiana no consagra la acción directa, sino que ve un privilegio sobre la indemnización debida.

El Derecho anglosajón entiende que los derechos del asegurado sólo son transferibles al tercero por ley, sujetos a las condiciones del contrato de seguro, por lo que el asegurador puede alegar aquellas excepciones derivadas del contrato de seguro. Sin embargo, sostiene que el asegurador no podrá oponer la falta de pago de las primas, por lo que se entiende que los derechos que se transfieren son los referentes a la responsabilidad incurrida frente a terceros.

Unido a lo anterior, existe unanimidad en consagrar la oponibilidad de las denominadas excepciones objetivas, basadas en la existencia y vigencia del contrato, la cobertura pactada o el límite de la indemnización, y que hayan surgido con anterioridad al nacimiento de esa acción directa. No así las nacidas con posterioridad⁴³, lo que es lógico, por cuanto el acreedor es titular de un derecho propio, independiente del de su deudor.

Las caducidades convencionales operan como cláusulas resolutorias, y por tanto su efecto es retroactivo, en consecuencia, oponible al titular de la acción directa. El asegurador no debe la indemnización sino cuando se han cumplido todas las condiciones del contrato⁴⁴. Ello es importante, porque el contrato es quien marca las condiciones en que nacen y se ejercitan los derechos, especialmente, los de la víctima por lo que no es posible desconocer las condiciones estipuladas, en tanto sería negar el contrato mismo.

Por otro lado, generalmente no se aceptan las excepciones subjetivas⁴⁵, basadas en la conducta del asegurado, como son:

- el incumplimiento del deber de declaración del riesgo,
- la suspensión de cobertura por impago de prima (la que sí se puede alegar si se produce con antelación a la ocurrencia del siniestro, y siempre para seguros voluntarios. En el caso de los seguros obligatorios, el legislador defiende al perjudicado sin importar el actuar del asegurado)
- el incumplimiento del deber de comunicar el siniestro al asegurador,
- el incumplimiento del deber de salvamento, o el referente a la defensa jurídica
- la falta de comunicación de la existencia de varios seguros.

De la implementación de la acción directa

El tema de la acción directa ha constituido material de estudio y confrontación de numerosos juristas españoles⁴⁶, franceses⁴⁷, italianos⁴⁸, argentinos⁴⁹, y latinoamericanos varios⁵⁰, fundamentalmente.

El ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado...

En sentido general, la negación de la acción directa a favor del tercero se justifica tradicionalmente sobre la base del principio de la relatividad de los contratos, *Res inter alios acta aliis neque prodest neque nocere potest*, el que se proclama desde el *Codex de Justiniano*. El contrato de seguro se perfecciona entre el asegurador y el asegurado, y el tercero perjudicado—por muy víctima que resulte del daño

producido—no es parte del contrato, sino totalmente ajeno a él. Este principio, tan radical en el derecho romano, no permitía su creación y funcionamiento.

Pero ese principio encontró fisuras a inicios del siglo XIX, y sus antecedentes aparecen en 1819, cuando DELVINCOURT⁵¹ hace referencia a la acción directa, al tratar la locación de obra, atribuyéndole dos caracteres: acción ejercida a nombre propio y en provecho exclusivo del titular. La jurisprudencia francesa, primera en analizar la acción directa, tardó hasta 1833⁵², para hacer expresa referencia en materia de locación de obra, y en 1845⁵³, en la relativa a la sustitución del mandato, en un litigio sobre comisión de transporte.

En la ley francesa de 19 de febrero de 1899 se establece que el asegurador del riesgo locativo y el asegurador contra la reclamación de los vecinos no pueden abonar la indemnización al asegurado antes de que éste haya acreditado haber pagado al tercero víctima del siniestro. Más adelante, se concede privilegio a la víctima de cualquier accidente contra el asegurador del responsable mediante la Ley de 28 de junio de 1913, que modificó el artículo 2101 del código napoleónico. Por su parte, SILVEIRA KARMA⁵⁴ expone que la Corte de casación francesa el 14 de junio de 1926, después de varios debates, acabó por admitir la acción directa propuesta por la víctima en contra del asegurador. Finalmente, en la Ley de 13 de julio de 1930, se incluye el controvertido tema mediante el artículo 53⁵⁵.

Esta sucesión de normas francesas constituye respaldo para la opinión de teóricos franceses⁵⁶ de que ellas conceden acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil. Sentir que choca con el criterio de VITERBO⁵⁷, para quien lo enunciado en el artículo 53 de la Ley de 1930 no le otorga al tercero más que un derecho negativo: el de que el asegurador no pague a otros antes de que él quede pagado, con eso el asegurador no se convierte precisamente en deudor del tercero, ni éste en acreedor directo de aquél.

En la doctrina italiana de inicios del siglo XX, VITERBO menciona a LORDI⁵⁸ y AZZARITI⁵⁹, como defensores del ejercicio de acción directa, y como detractores a ASCARELLI, GRAZIANI y BONELLI.

RUIZ QUIROZ⁶⁰ opina que el contrato de seguro de responsabilidad civil, es un contrato a favor de tercero, que se basa en la propia acción directa que se concede al tercero víctima de algún hecho dañoso previsto en este tipo de contratos; similar al criterio de ANGELONI, quien considera que es un seguro a favor de tercero, «en contemplación a los superiores intereses sociales» que tutela, estamos en presencia de una asunción preventiva por parte del asegurador de las deudas eventuales del asegurado a favor de los terceros. ASCARELLI y GRAZIANI coinciden en juzgar que la acción directa es inejercible fuera

de los rigurosos presupuestos que son necesarios para que pueda ejercer la acción subrogatoria, lo que utiliza VITERBO para reforzar su criterio de que no estamos en presencia de un seguro a favor de tercero, y apoyándose en la Ley francesa de 1930, valora que este no tiene frente al asegurador más que un derecho negativo: el de que el asegurador no pague a otros antes de que él quede pagado. Lo anterior le sirve de base a VITERBO para apoyar los planteamientos de ASCARELLI y de GRAZIANI; nada de acción directa, sino eventualmente acción subrogatoria cuando concurren todos los extremos⁶¹. Siguiendo el curso de los opositores, DUPUICH⁶² tampoco acepta su presencia en el seguro de responsabilidad civil. Sin negar el principio de la relatividad de los contratos, se justifica su aparición y desarrollo en aras de proteger a las víctimas, aunque la controversia de si es o no un seguro a favor de tercero continua. GARRIGUES, SÁNCHEZ CALERO-TIRADO SUAREZ⁶³ no lo estiman así, y HILL PRADOS⁶⁴ lo señala como un contrato concertado en beneficio del propio asegurado que teme ver su patrimonio afectado por alguna responsabilidad.

Por nuestra parte, entendemos que el seguro de responsabilidad civil no es un contrato a favor de tercero, por cuanto la futura víctima es solo un espectador «no conocido» con un derecho expectante, y sólo aparecerá si le ocurre a él un daño y reclama. No presenta ningún medio de influir, modificar o rescindir la relación contractual que existe entre asegurado y asegurador, como tampoco de exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas del mismo.

En el terreno de las definiciones, SOLUS⁶⁵ ofrece una de las primeras, considerando que «es la acción que una persona posee contra otra en razón de la intervención de un tercero, y que ejerce sin recurrir a esta última», mientras que COLIN⁶⁶ entiende que es «la acción que posee una persona contra otra con la cual no tiene personalmente ningún vínculo de derecho en razón de la intervención de una tercera, y que ejerce sin haber recurrido a esta última»

No faltan las definiciones vagas e imprecisas, que no destacan la particularidad de la acción directa, y la colocan en un plano en la que es confundible con otras acciones, como la misma acción oblicua⁶⁷.

El momento del nacimiento de la acción directa también ha suscitado interrogantes y discusiones⁶⁸, afiliándonos al criterio de que la acción directa nace con el ejercicio de la misma.

Consideramos que el titular de la acción directa debe ostentar un crédito contra el deudor, que esté vinculado al de éste contra el tercero, de acuerdo a los supuestos legales expresamente previstos. Se trata de una acción de la que es titular el deudor en razón del interés mismo que está llamado a proteger: asegurar el pago a su titular, independizándolo de las vicisitudes del paso por el patrimonio del deudor. Se trata de una acción principal, pues no se subordina a la contratación de la insolvencia del deudor principal,

a la excusión, ni su papel es el de caución, por más que se otorga en garantía de un crédito. Es una acción ejercida a nombre propio, sin invocar título alguno del deudor, ni requerirse ninguna declaración judicial previa⁶⁹.

En un principio se estimó necesario que el titular tuviera un crédito exigible⁷⁰, aunque la Corte de París en sentencia de fecha tan lejana como el 10 mayo de 1849, valora que el crédito no necesita ser ejecutivo. Este criterio se ha mantenido, pues de lo contrario esta situación perjudicaría claramente al tercero si el asegurado no le indemniza, porque el seguro voluntario de responsabilidad civil no es un contrato con estipulación a favor de tercero, sino un contrato concertado en beneficio del propio asegurado que teme ver su propio patrimonio afectado.

Es cierto que el tercero, en tanto que acreedor del responsable civil, posee otros mecanismos tendentes a obtener una satisfacción, la acción directa contra el responsable, la acción subrogatoria y la acción revocatoria, pero resultan insuficientes, y esa necesidad de ofrecer una protección superior al tercero, un derecho propio, se justifica por la propia evolución producida en el seguro de responsabilidad civil. El único destinatario de la indemnización es el tercero, quien tiene derecho a exigirla, con independencia de que la ley consagre la acción directa.

Y aquí entra a relucir el principio indemnizatorio del seguro, por cuanto si el asegurado no ha pagado al tercero, aún no ha sufrido el daño contemplado en el contrato, y, si recibe la indemnización y no paga al tercero se está lucrando con el seguro, lo que atenta contra el mencionado principio indemnizatorio.

En este sentido, la consagración de la acción directa sería una solución equitativa al problema de la protección del tercero o de sus herederos, si se parte de considerar que en el seguro de responsabilidad civil el asegurador debe indemnizar al asegurado. Y ante esta visión, se precisa proteger al tercero, tesis esta defendida por MARTÍNEZ ESCOBAR⁷¹, quien al analizar la sentencia del Tribunal Supremo de España de fecha 4 de noviembre de 1932, afirmó: *«Para mi, no necesita el damnificado demandar, en primer término, al asegurado. Le basta dirigir directamente su acción contra la entidad aseguradora, como beneficiario del seguro, como interesado en el contrato después de ocurrido el daño, según reconoce acertadamente la sentencia, y como tercero favorecido por un convenio, lo que le da derecho a exigir su cumplimiento, conforme al párrafo segundo del artículo 1,257 de Código Civil (español), siempre que haga saber su aceptación al obligado, antes de que aquél haya sido revocado, lo que hace al promover su demanda, según declaró el Tribunal Supremo. Y con mayor razón, si se trata de un seguro obligatorio»*.

Esta acción funciona como un procedimiento de pago con subrogación, una especie de vía de ejecución, que da al acreedor una posición preponderante, fuera del Derecho común de todos los acreedores. Por esta razón debe estar bien delimitada por la ley, no existiendo si no aparece expresamente en alguna

norma jurídica, en el caso que nos ocupa, una ley específica de la actividad de seguros por el vínculo analizado a los seguros de responsabilidad civil. Elemento de apoyo encontramos en ZUNINO⁷² quien destaca que no puede hablarse en rigor de acción directa cuando no existe en la ley posibilidad de traer a juicio al asegurador sin demandar previa o contemporáneamente al asegurado, criterio que previamente defendió FONTANAROSA⁷³ en su Exposición de motivos de la Ley de Seguros.

De la acción directa en Cuba

En nuestro país se debaten posiciones discordantes sobre si está presente la acción directa en el seguro de responsabilidad civil sobre la base del ordenamiento legal actual.

Una interpretación se da del artículo 452 del Código Civil⁷⁴ donde se declara la posibilidad de ejercitar la acción directa⁷⁵. Analicemos entonces los sujetos activos de la relación aquí existentes. El asegurador, «pagada la indemnización», por tanto acreedor, actúa «contra los autores o responsables del daño», quienes son deudores del asegurado. Aquí el asegurado es un sujeto pasivo, no es deudor del asegurador, no ostenta ni se le otorga posibilidad alguna de ejercitar ninguna acción, por lo que descartamos entonces la mención de acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador.

Queda entonces analizar si se refiere a acción directa por parte del asegurador contra los autores o responsables del daño, y en su defecto, determinar que derechos y acción otorga la legislación analizada. Como quiera que se refiere a una disposición general del seguro, para todo seguro civil, independientemente de la existencia de responsabilidad, intencionalidad, culpa o dolo, o incluso ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas, iniciamos descartando la acción de repetición del asegurador⁷⁶. Por nuestra parte, entendemos entonces que el mencionado artículo 452—al igual que el artículo 413 del Código de Comercio⁷⁷—lo que otorga es una acción de subrogación a favor del asegurador, tal y como el verbo subrogar impone en su letra, acción netamente indemnizatoria, de origen contractual y en aplicación específica de los mecanismos ordinarios de la subrogación. La aseguradora paga y automáticamente salvo que se produzcan los efectos de la confusión, se sitúa en idéntica posición que su asegurado, pudiendo ejercitar la misma acción correspondía a este, y debiendo soportar las mismas excepciones que pudieran oponérsele. La obligación es la misma, con el solo cambio de uno de sus elementos personales. Ejemplos tenemos en la jurisprudencia cubana, en las sentencias No. 113⁷⁸, de 30 de Abril de 1999; No. 311, de 31 de julio de 1998; No. 392, de 20 de octubre de 1998, y el Auto No. 10, de 27 de diciembre de 1991, todas de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular.

En tal supuesto, mención aparte supone la controversia de que si es subrogación o mera acción reclamatoria, pues no son pocas las ocasiones en que el límite máximo de indemnización pactado en la póliza es de inferior al daño recibido. ¿Qué hacer? ¿Quién reclama la diferencia? Si el asegurador paga, reclama, vence, y obtiene el pago íntegro del daño que sobrepasa el importe por el indemnizado, debe entonces transferir al asegurado la diferencia de lo cobrado pues si el asegurador no pagara al asegurado, incurriría en enriquecimiento indebido. Pero subrogar significa que la aseguradora asume la posición activa de la relación obligatoria, detentando la titularidad del crédito que antes correspondía al asegurado – acreedor, con la consecuente modificación subjetiva de dicha relación. Por ello se discute si el asegurado es quien debe reclamar la diferencia, si el asegurador debe transferir la diferencia o si el asegurador puede ingresarlo totalmente.

Otra es la situación en la interpretación del artículo 463.2⁷⁹ de la propia norma jurídica, que se concibe como obligación del pago del asegurador de una obligación ya nacida y, por ende, como resultado de una reclamación o demanda judicial, no acogiendo planteamiento explícito referente a la posibilidad de actuar del perjudicado en caso de incumplimiento, y si así fuere, solo sería, reiteramos, la obligación de pago⁸⁰. En realidad es un derecho de cobro que tiene el tercero afectado, y que hoy se realiza, indistintamente, a través de la Caja de Resarcimiento cuando media sentencia judicial, o directamente por el asegurador cuando se alcanza un acuerdo extrajudicial. En nuestra opinión, no consagra la acción directa.

Invocando el citado artículo, en nuestro país se pretendió acción judicial por parte de un perjudicado contra una aseguradora, a lo que la sentencia del Tribunal Supremo Popular⁸¹ resultó categórica: *«Con respecto a lo alegado en el párrafo tercero sobre el ejercicio de la acción directa del perjudicado frente al asegurador, oponemos que la recurrente se adelanta a lo previsto en el ordenamiento jurídico cubano, que hasta el presente no ha aceptado esta novedosa figura, a la que no avizoramos posibilidades de ser acogida en las condiciones actuales de nuestro país, sin dejarle de reconocer el interés que tiene desde el punto de vista técnico y doctrinal»*

Todo análisis actual requiere retrotraernos a los antecedentes, valorando por nuestra parte la letra de la Resolución 166-A, de 1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, que reglamentó lo previamente establecido en la Ley No 1089⁸², con relación al requisito del seguro de responsabilidad civil que deben suscribir los diplomáticos y personal consular para poder circular un vehículo automotor en la República de Cuba.

Posteriormente, mediante la Resolución No 14/1989, de 5 de abril, del Presidente del extinto Comité Estatal de Finanzas, se dictaron las condiciones generales y especiales y las tarifas aplicables al seguro contra los daños que puedan ocasionar a terceros y bienes ajenos, los vehículos matrículas diplomáticas, exenta y consular; la que en su apartado Sexto, estableció que: «Las personas naturales y

jurídicas, según proceda, que a partir de la vigencia de esta Resolución resulten perjudicadas en su integridad personal o en sus bienes como consecuencia de un accidente causado por alguno de los vehículos a que se contrae la presente, **deben dirigirse a la empresa aseguradora** con los (...) documentos probatorios de que intenten valerse»

En su enunciado se delata un atisbo de la acción directa, al otorgar a los perjudicados la opción de dirigirse a la empresa aseguradora y hacer valer su derecho. No es necesario otro trámite que no sea la solicitud expresa. Nuestra presunción, sin embargo, encuentra un duro valladar al no encontrarse presente en una ley o norma jurídica de similar rango, y no instrumentarse una vía de solución de conflictos en caso de inconformidad por lo requerido o el incumplimiento de la aseguradora de resarcir el daño. A pesar de los elementos en su contra, es dable y placentero encontrar que en algún momento el ánimo del legislador se encaminó a defender y proteger a la víctima, aún cuando rudimentario y fragmentado, y ello merece resaltar y estudiar detenidamente en futuro.

Sin embargo, la mencionada Resolución fue derogada mediante la Resolución 48/2000, de 15 de febrero, de la Ministra de Finanzas y Precios, y aunque hoy se continúa ofertando el seguro por la Empresa de Seguros Nacionales, ESEN, con las mismas condiciones que aparecían en la resolución derogada, conspira contra la protección de la víctima y el buen funcionamiento del seguro la falta de publicidad, pues solo el asegurado y la aseguradora conocen las condiciones particulares, ya que al no ser publicada en Gaceta Oficial ninguna norma jurídica que lo ampare, se dificulta para el perjudicado conocer cuales son su derechos.

La ausencia de mención expresa en la legislación actual, constituye, a nuestro criterio, el elemento principal que nos permite observar que la acción directa no se encuentra regulada en nuestra normativa actual, lo que impide que los terceros o sus herederos puedan ejercitarla.

Hoy, cuando una persona es perjudicada por el actuar de otra que se encuentra asegurada y que incluye cobertura de responsabilidad civil, no le está reconocido personarse, directamente, ante el asegurador para instar a que le indemnice, ni de iniciar proceso judicial en su contra, lo que le dificulta ejercer sus derechos y reclamar el pago por el daño recibido.

Sus posibilidades se limitan a interponer proceso judicial contra el asegurado-responsable y que mediante sentencia se declare la existencia y el importe de la responsabilidad civil, o alcanzar un acuerdo extrajudicial con el asegurado bajo la aprobación de la aseguradora.

Ambas actuaciones dilatan la solución, hace intervenir al asegurado—quien intuitivamente pretende evadir o reducir la culpa y el importe, y por consiguiente, disminuye la remuneración al afectado—, y en caso de sentencia judicial, crea un antecedente judicial negativo. Firme la sentencia en materia penal, con expresa mención a responsabilidad civil, la Caja de Resarcimiento abonará la indemnización de los

perjuicios a las personas naturales solo cuando haya satisfecho el crédito que con ella presenta el obligado. Esto es un motivo más para propugnar por la acción directa, en este caso, de persona jurídica contra la aseguradora, por el daño recibido del actuar negligente de un asegurado persona natural, sobre el que la persona jurídica no va a poder cobrar ni en vía judicial.

Todo lo anterior pretende enfrentarse hoy. En el anteproyecto del Decreto Ley del Contrato de seguro, en el capítulo de seguros de responsabilidad civil, se propone: *«El tercero tendrá acción directa contra la entidad de seguros hasta el límite de las obligaciones garantizadas por la póliza»* Caso de ser aprobado, ya no cabrá más interpretación y estará explícitamente regulada la acción directa en beneficio del perjudicado. Pero ello nos obliga a estudiar a fondo sus características, exclusiones y alcance, pues no serían pocas las dificultades y dudas en su implementación. Permitiría al perjudicado dirigir sus esfuerzos contra el asegurador, directamente, y disminuiría la carga de trabajo de la Caja de Resarcimiento por reclamaciones, con el consiguiente beneficio económico pues las personas perjudicadas, pues ya estaría conformado un fondo, mediante el pago de las primas, para indemnizar y no sería necesario que la Caja cobrara para después pagar, tal y como hoy se concibe, lo que si perjudica a los afectados.

El desarrollo de los seguros de responsabilidad civil en sus diferentes modalidades y productos, y el ejercicio de la acción directa por parte del perjudicado, constituyen instrumentos de elevada protección jurídica a sus derechos.

Con su implementación se cumplirían las ideas de HALPERIN⁸³, quien estaba seguro que el problema de la acción directa no solo ofrece importancia teórica, sino también práctica, porque la aplicación de tal norma hará más efectiva la indemnización de la víctima, permitiendo encontrar un remedio a la pérdida temporal o definitiva de la capacidad de quien atendía al sustento familiar.

Bibliografía

- BENÍTEZ DE LUGO, Luis, *Tratado de seguros*, volumen II, Editorial Reus, Madrid, 1955.
- BORRÁS ATIENZAR, Francisco, Rafael MARTÍNEZ RIVERÓN, y Ana María CARABALLO ESPINOSA, *CUBA: Banca y Seguros. Una Aproximación al mundo empresarial*, editado por Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante, 1998.
- DONATI, *Los seguros privados*, edición española, s. e., Barcelona, 1960.
- DUPUICH, «El seguro de responsabilidad», *Revista de Seguros*, año 1, No. 2 al 4, La Habana, 1911.
- HALPERIN, Isaac, *La Acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- HALPERIN, Isaac, *Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*, actualizado por Juan Carlos FÉLIX MORANDI, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.
- HERRMANNSDORFER, Fritz, *Seguros Privados*, Ed. Labor, Barcelona, 1933. (Trad. de R. Luengo y W. Neuman).
- HILL PRADOS, Ma. Concepción, «Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- HUNG, Daniel, «*Seguros Comerciales y Responsabilidad civil*». Conferencia del Diplomado de Seguros, Centro de Estudios Contables, Financieros y de Seguro, La Habana, 2004.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel, *Los Seguros*, ed. Cultural, La Habana, 1945.
- MEDINA MAGALLANES, Pablo, «La acción directa del tercero en contra del asegurador en los seguros de responsabilidad civil en México», ponencia presentada en el I Foro de Derecho de Seguros José Sollero Filho del Instituto Brasileño de Derecho de Seguros, en Sao Paulo, Brasil, septiembre de 2000, publicada en I Foro de Derecho de Seguros «José Sollero Filho», Anales, ed. Max, Sao Pablo, 2001.
- MESINA DE ESTRELLA GUTIERREZ; Graciela N., «La responsabilidad civil: tendencias actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano», en *Revista Jurídica. Boletín mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXI, no. 91, enero-abril/1998. Consultada en www.juridicas.unam.mx el 12 de octubre del 2006.
- OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría General de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*. Editorial Félix Varela, La Habana 2001.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Del contrato a favor de tercero*, Ediciones Dike, Mendoza, 2001.

- PÉREZ LOBO, Rafael, *Código de Comercio y Legislación Mercantil*, Editorial Cultural, S.A., La Habana, 1945.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, vigésimo segunda edición actualizada por Rodríguez del Castillo, Ediciones Porrúa, México DF, 1996.
- ROITMAN, Horacio, *El seguro de responsabilidad civil*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1974 STIGLITZ, Rubén: *El Siniestro*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1980.
- SOBRINO, Waldo A., «Las nuevas Responsabilidades legales derivadas de Internet & E-Commerce y los actuales desafíos para el Seguro», en www.estudio-sobrino.com, consultada el 4 de septiembre del 2006.
- SOBRINO, Waldo A., « Las Víctimas de los Accidentes de Tránsito como Consumidores de Seguros (y sus consecuencias frente a la Acción Directa Autónoma y las Causales de eximición de responsabilidad)», en www.estudio-sobrino.com, consultada el 4 de septiembre del 2006.
- TZIRULNIK, Ernesto, «El futuro del seguro de responsabilidad civil», Ponencia para el VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros – CILA 2000, Cartagena de Indias, mayo, 2000.
- TZIRULNIK, Ernesto, «En torno al interés asegurado en la responsabilidad civil», *Seguros: una cuestión actual*, Editorial Max Limonad, Sao Paulo, 2001.
- URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VALDÉS DÍAS, Caridad del Carmen (coordinadora) et al., *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- VITERBO, Camilo, *El Seguro de la Responsabilidad Civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

Notas

¹ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, Editorial Trivium, Madrid, 1998, p. 273.

² LASARTE, *op cit.*, p. 243.

³ OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, en capítulo V, Defensa y protección del crédito, OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y TERESA DELGADO Vergara, *Teoría General de las obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, ed. Félix Varela, La Habana 2001, p. 128.

⁴ SOLER ALEU, Amadeo, *El Nuevo Contrato de Seguro*, Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos, Buenos Aires, 1970, p. 246.

⁵ HALPERIN, Isaac, *Seguros*, 3ª actualizada por Nicolás H. Barbato, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, pp. 732-733.

⁶ SOLUS *cit. pos* HALPERIN, Isaac, *La acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*, ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1944, p. 22.

⁷ Según el art. 1.597 del Código Civil español: “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”.

⁸ Según el art. 1.721 del propio Código Civil español: “El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto:

- Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.

- Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo”.

Por su parte, el art. 1.722 estipula que: “En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante **dirigir su acción contra el sustituto**”. (la negrita es nuestra).

⁹ Los art. 15 y 16 del Decreto Nº 4104, de 24 de diciembre 1964, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos dictan que:

Art. 15: “En los subarriendos totales o parciales, el arrendador podrá exigir del subarrendatario el abono directo de la renta y de su participación en el precio del subarriendo, en cuyo caso, al hacer éste el pago al subarrendador, hará el oportuno descuento. Cuando el arrendador no lo exigiere así, el pago hecho por el subarrendatario al inquilino será liberatorio, sin perjuicio de la acción que asista al arrendador contra el inquilino para reclamarle la renta y la participación que en su caso corresponda, pero no la resolución del contrato de arrendamiento por la falta de pago de aquélla”.

Art. 16: “Compete al arrendador **acción directa** contra el subarrendatario para exigirle la reparación de los deterioros que éste hubiera causado dolosa o negligentemente en la vivienda, sin perjuicio de la que le asiste contra el inquilino, pudiendo ejercitarlas simultáneamente. El inquilino que resultare condenado podrá repetir contra el causante de los daños”. (la negrita es nuestra).

¹⁰ Art. 76, Ley del contrato de seguro

¹¹ Cfr. Ley de caza, de fecha 4 de abril de 1970, Reglamento, de fecha 25 de marzo de 1971.

¹² Cfr. Ley de energía nuclear, de fecha 29 de abril de 1964, Reglamento de fecha 22 de julio de 1967.

¹³ Art. 1.592 del Código Civil: “El arrendador originario recíprocamente, tiene **acción directa** contra el subarrendatario por el cumplimiento de las obligaciones resultantes de la sublocación”. (la negrita es nuestra).

¹⁴ Art. 1.645 del Código Civil: “Los que ponen su trabajo o materiales en una obra ajustada en un precio determinado, no tienen acción contra el dueño de ella, sino hasta la cantidad que éste adeuda al empresario”.

¹⁵ Art. 1.926 del Código Civil: “El mandante en todos los casos tiene una **acción directa** contra el sustituto, pero sólo en razón de las obligaciones que éste hubiere contraído por la sustitución; y recíprocamente el sustituto tiene acción contra el mandante por la ejecución del mandato”. (la negrita es nuestra).

¹⁶ Art. 2.305 del Código Civil: “El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión, hizo con terceros aunque los hiciese a nombre del dueño del negocio, si éste no hubiese ratificado la gestión. Los terceros, mientras el dueño del negocio no ratifica la gestión sólo tendrán derecho contra el gestor, y sólo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra éste correspondían al gestor”.

¹⁷ Ley 24.449, Ley de Defensa de Tránsito.

¹⁸ Art. 298 del Código Civil, apartado 1): “La obligación que consiste en entregar un bien determinado se extingue cuando se pierde o destruye sin culpa del deudor y antes de haber éste incurrido en mora”; apartado 2) “Corresponde al deudor probar el hecho o la circunstancia determinante de su inculpabilidad”.

¹⁹ Art. 407, 2) del Código Civil: “En el contrato de mandato en que se autoriza la sustitución con designación del sustituto, si el mandatario sustituye el mandato a favor de esa persona, no responde por los actos del sustituto”.

²⁰ PLANQUEEL cit. pos HALPERIN, I., La Acción directa de la víctima ...op cit., p. 24

²¹ CASTELO MATRÁN, Julio y Antonio GUARDIOLA LOZANO, Diccionario Mapfre de Seguros, 3ª Ed.; Mapfre S.A., Madrid, 1992, p.6.

²² HALPERIN, Isaac, Seguros, op. cit., pp. 745-746.

²³ El art. 1090 del Código Comercial de Bolivia, establece: “En el seguro de responsabilidad, el tercero damnificado puede, en caso de ausencia, fuga, impedimento o muerte del asegurado, **ejercer acción contra el asegurador** como beneficiario de la indemnización desde el momento en que se origina de responsabilidad del asegurado para percibir la suma correspondiente. En caso de muerte, sus herederos percibirán la indemnización que corresponda”. (la negrita es nuestra).

²⁴ El art. 37 de la Ley de Seguros de la República de Bolivia, Ley 1883, de fecha 25 de junio de 1998, dicta que: “Se establece como obligatorio, que todo propietario de vehículo automotor en el territorio de la República, sea cual fuere su tipo, cuente con un seguro de accidentes de tránsito. Dicho seguro será indisputable, de beneficio uniforme, irreversible y **su acción será directa** contra la entidad aseguradora. El seguro obligatorio tiene como objetivo el otorgar la cobertura uniforme y única de los gastos médicos por accidentes y la indemnización por muerte de cualquier persona individual, que sufra los eventos de accidente o muerte originada por vehículos automotores en el territorio de la República”. (la negrita es nuestra).

²⁵ El art. 10 de la Ley chilena 18.490, de 1986, establece: “En la cobertura de accidentes personales, las víctimas de un accidente de tránsito y sus beneficiarios tendrá **acción contra el asegurador**, no siéndoles oponibles las excepciones que éste pueda alegar contra el tomador del seguro que se basen en hechos o circunstancias imputables a este último.” (la negrita es nuestra).

²⁶ Art. 1133 del Código de Comercio Decreto 410 de 1971, modificado por la Ley 45 de 1990, en su numeral 87.

²⁷ Conforme con el art. 147, Ley sobre el Contrato de Seguro, de 1935: “El seguro contra la responsabilidad atribuye el derecho a la indemnización directamente al tercero dañado, quien se considerará como beneficiario del seguro desde el momento del siniestro. En caso de muerte de éste, su derecho al monto del seguro se transmitirá por la vía sucesoria, salvo cuando la ley o el contrato que establezcan para el asegurado la obligación de indemnizar, señale los familiares del extinto a quienes deba pagarse directamente la indemnización sin necesidad de juicio sucesorio”.

²⁸ Así, el art. 118, segundo párrafo, Ley de Seguros 17.418, establece: “El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador”.

²⁹ El art. 68 de la Ley 24.449, Ley de Defensa de Tránsito, establece el Seguro Obligatorio, definiendo que “Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no. Igualmente resultará obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rige para los automotores (...) Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes (...)”.

³⁰ Art. 9 de la Ley No. 6.194 de 1974, que derogó el Decreto Ley 814 de 1969, referido al seguro de responsabilidad civil relativo a los accidentes provocados por vehículos automotores en vía terrestre, en el art. 20 del Decreto Ley 73 de 1966, y en el art. 101, II, del Código de Defensa del Consumidor, Ley No. 8.078 de 1990.

³¹ Vid debate entre Donald Armelin y Rubén Stiglitz, publicado en, III Forum de Derecho de Seguros “José Sollero Filho”, Sao Paulo, 2003, pp. 169-188.

³² Art. 788: “En los seguros de responsabilidad legalmente obligatorios, la indemnización por el siniestro será pagada por el asegurador directamente al tercero perjudicado”.

³³ En el proyecto de Ley No. 3555 del año 2004, del Señor José Eduardo Cardozo, que establece normas generales en contratos de seguro privado y revoca dispositivos del Código Civil, del Código Comercial Brasileño y del Decreto Ley No. 73 del año 1966, el Art. 115 establece que: “Son acreedores de la garantía el asegurado o el tercero que use legítimamente el bien y los perjudicados, que tendrán **acción directa** contra la aseguradora, siempre respetando el límite garantizado por el contrato”. (la negrita es nuestra).

³⁴ Ya desde antes de la promulgación de la Ley de contrato de seguro, el Tribunal Supremo de España venía admitiendo la posibilidad de que en todo caso de responsabilidad civil, o sea, no solo la derivada de circulación de vehículos a motor, la víctima del daño, al ejercitar la acción contra el causante del mismo, lo hiciese también, conjunta y subsidiariamente, contra la compañía aseguradora. Una de las precursoras es la Sentencia de 4 de noviembre de 1932, otras lo son, la de 31 de enero de 1935, analizadas ambas por Martínez Escobar, las de fechas 18 de febrero y 23 junio de 1967 publicadas en Revista Jurídica año 1967, página 787; la de 14 de octubre y 25 de noviembre de 1969, en Revista Jurídica, Madrid, 1969, pp. 4706 y 5508, y las de 26 de marzo, 15 de abril y 30 de junio de 1977. Más recientemente, la Sentencia de 26 de octubre de 1984 (accidente ocurrido antes de la promulgación de la Ley del contrato de seguro) que aparece en Revista Jurídica, Madrid, 1984, página 5070.

La sentencia del 4 de noviembre de 1932 dispuso que: “por el contrato de seguro de circulación de automóviles, las compañías aseguradoras toman sobre si, mediante una prima voluntariamente convenida por los asegurados, las responsabilidades de estos por ciertos riesgos, constituyéndose en obligados principales del pago de las indemnizaciones debidas a los damnificados por acción u omisión de que deben responder los asegurados, y pudiendo consignar todos los pactos lícitos, por lo cual es palmario que las estipulaciones estampadas en la póliza no se refieren de presente a otras personas que a los contratantes, pero lo es también que, constituyendo el riesgo daños causados a terceros, no pueden ser estos considerados como extraños en absoluto al contrato en que aparece asegurado un posible riesgo futuro que la realidad ha convertido en presente y al damnificado en acreedor de una cantidad indeterminada en la póliza, si bien cierta, y a la que, indiscutiblemente, tiene derecho, como justa reparación del daño sufrido.

No es posible negar al damnificado el derecho de reclamar la indemnización correspondiente. Si no puede ejercitarla por acción directa contra la compañía aseguradora, por lo mismo que no existe entre ambos vínculo contractual, es incuestionable que tiene expedito el ejercicio de la misma contra el asegurado, como directo obligado, conjunta y subsidiariamente y contra la compañía aseguradora, por cuanto una vez producido el daño a tercero, este es, interesado en un contrato cuyo objeto ha sido el daño que sufre y la indemnización por el debida, pudiendo la sociedad demandada ejercitar todas las acciones que viere convenirles, sin que por ello se violen los preceptos normales de la materia

contractual, toda vez que, como va dicho, el perjudicado, una vez producido el siniestro, no es extraño al contrato de seguros concertado entre asegurador y asegurado”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de España de 31 de enero de 1935, señaló que: “No es tan absoluto en cuanto al seguro de cosas el principio jurídico de que los contratos no producen efectos contra terceros, porque la excepción la establece el párrafo 2^{do}. del artículo 1257 del Código Civil, y como el contrato cuestionado no es de prestación a tercera persona, en la que esta sea mero destinatario de aquella, sino un contrato a favor único del tercero, en el que este es el titular del crédito, está asistido de la necesaria acción para lograr hacer efectiva la promesa hecha al contratante, a cuyo cargo era el pago del equivalente económico de lo prometido, acción que no es subrogada, sino directa, cual corresponde a esta modalidad contractual, en la que el contratante a favor del tercero no lo hizo por éste, ni en su representación, sino para asegurar su interés al tercero, al que no se impone ninguna clase de deberes, que es lo que garantiza el artículo 1259 del Código Civil”.

³⁵ El art. 4, del Texto Refundido de la Ley 122/1962 aprobado por Decreto 632, de fecha 21 de marzo de 1968 dispone que: “Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán **acción directa** contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan”. (la negrita es nuestra).

³⁶ El Texto Refundido resultó sustituido luego por el que aprobó el Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986, de adaptación al ordenamiento jurídico comunitario, que fuera modificado mas tarde por la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y que incluso le cambiara el nombre, ahora por Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, constituyendo la última modificación el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, publicado en Boletín Oficial del Estado No. 267, de fecha 5 de noviembre del 2004, pp. 36662-36695, quedando redactados los siguientes artículos de la siguiente manera.

Art. 7: “El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado, o sus herederos, tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1.

Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por el perjudicado en su persona y en sus bienes.

En todo caso, el asegurador deberá, hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio, afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que exigiera la autoridad judicial a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Art. 11. 3: “El perjudicado tendrá **acción directa** contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y este podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquel”. (las negritas son nuestras)

Art. 27: “... el perjudicado no podrá presentar una reclamación a Oficina Española de Aseguradores de Automóviles, en su condición de organismo de indemnización, si ha ejercitado el derecho de **acción directa** contra la aseguradora”. (las negritas son nuestras)

³⁷ Cfr. COLINVAUX, R., *The Law of insurance*, 5ta. ed., London, 1984, pp. 401 y ss.

³⁸ Art. L-124-3, *Code des Assurances*: “El asegurador no podrá pagar a otro que no fuera el tercero lesionado cualquier parte de la suma debida por él, mientras que ese tercero no haya sido reembolsado hasta un total de dicha suma, de las consecuencias pecuniarias del hecho dañoso que haya comportado la responsabilidad del asegurado”.

³⁹ Art. 2767, Crédito por el resarcimiento de los daños contra el asegurado, “En el caso del seguro de responsabilidad civil el crédito de la víctima por el resarcimiento tiene privilegio sobre la indemnización debida por el asegurador”. Código Civil.

⁴⁰ Art. 18, Ley 990, de 24 de diciembre de 1969, sobre responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y buques, así como el *Codice della Navigazione*.

⁴¹ Directivas europeas:

- Directiva 72/166/CEE del Consejo de 24 de abril de 1972 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, publicada en el Diario Oficial L 103, de 2 de mayo 5 de 1972.
- Directiva 84/5/CEE del Consejo de 30 de diciembre de 1983 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, publicada en el Diario Oficial L 008, de 11 de enero de 1984.
- Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1990 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, publicada en el Diario Oficial L 129, de 19 de mayo de 1990.

- Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de mayo de 2000 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles), publicada en el Diario Oficial L 181, de 20 de julio del 2000.
 - Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo.
 - Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, publicada en el Diario Oficial L 149, de 11 de junio del 2005.
- ⁴² HILL PRADOS, Ma. Concepción, “Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.1744.
- ⁴³ Cfr. HALPERIN, I., *La Acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 33.
- ⁴⁴ BINEY, cit. pos HALPERIN, *La Acción directa de la víctima ...*, p. 34
- ⁴⁵ HILL PRADOS, op. cit., p. 1748
- ⁴⁶ BAILLO y MORALES – ARCE, J., “La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística”, *Publicaciones del Real Colegio de España*; BATALLER GRAU, J. et al., “El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ed. Tirant Lo Blanch; BOQUERA OLIVER, V., “Nota al artículo 76 de la nueva Ley de Contrato de Seguro”, en *Revista General de Derecho*, Junio, 1982, nº 453; CALZADA CONDE, M.A., “El seguro de responsabilidad civil”, Editorial Aranzadi, S.A., CARRO del CASTILLO, J. A., “La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Dir. E., Verdera. Madrid 1982; HILL PRADOS, Ma. Concepción, “Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil”, en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.; FONT SERRA, E., “La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80 del Contrato de Seguro”, en *Revista General de Derecho*, 1990, p. 6.310; SÁNCHEZ CALERO Fernando, Acción directa del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, no. 10, Bogotá; SÁNCHEZ CALERO F. y F. J. TIRADO SUÁREZ, “Comentarios a la Ley de Contrato de seguro”, en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Dir. Motos-Albaladejo, vol. 2, arts. 45 a 79, Madrid, 1985.
- ⁴⁷ COURTIEU-CROQUEZ, *Code des Assurances* 3ra. ED. Annotée París 1981; LAMBERT-FAIVE, Y. *Droit des Assurances*, París 1992.
- ⁴⁸ PICARD, en *Revue Générale des Assurances Terrestres*, 1930 ; STOLFI, en *Assicurazioni*, 1936, I. 301; SOLUS, Henry, *L'action directe*, DEMOGUE, *Obligations*, t. VII, no. 1013; ANTINOZZI, M., *Azioni diretta contro l'assicuratore: esclusione dell'olidarieta con l'assicurato. Scopo della sua presenza in giudizio*, en *Assicurazioni* 1977, I ; LA TORRE, A. *Azione Dirett e Assicurazione*. Decimo Convegno per la Tratazione di Temni Assicurativi. Milano 1972.
- ⁴⁹ HALPERIN I., *La Acción directa de la víctima contra el asegurador del responsable civil del daño*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944; SOBRINO, Waldo A., “Las Víctimas de los Accidentes de Tránsito como Consumidores de Seguros (y sus consecuencias frente a la Acción Directa Autónoma y las Causales de eximición de responsabilidad)”, <http://www.estudio-sobrinio.com>; VITERBO, Camilo, *El seguro de responsabilidad civil*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- ⁵⁰ El mexicano MEDINA MAGALLANES, Pablo, “La acción directa del tercero en contra del asegurador en los seguros de responsabilidad civil en México”, Ponencia Presentada en el I Foro de Derecho de Seguros José Sollero Filho del Instituto Brasileño de Derecho de Seguros, en Sao Paulo, Brasil, septiembre de 2000, publicada en *I Foro de Derecho de Seguros “José Sollero Filho”*, *Anales*, ed. Max Limonad, Sao Pablo, 2001, p. 241; el peruano VILLA ZAPATA, Walter, “La acción directa y solidaridad derivada del seguro de responsabilidad civil en el Perú”, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, no. 5, Bogotá; el colombiano JARAMILLO, Carlos Ignacio “La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles: su proyección en América Latina – radiografía de una lenta conquista-. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, no. 7, Bogotá; la brasileña SILVEIRA KARAM, Fabiana, “Acción indemnizatoria. Acción directa en el Derecho comparado”, *Derecho de seguros*, coord. Eduardo Mangialardi, ed. JURIS, Rosario, 2001.
- ⁵¹ DELVINCOURT cit. pos HALPERIN, p. 22.
- ⁵² SOLUS, cit. pos HALPERIN, op. cit., p. 23, señala la sentencia de la Corte de Douai, de fecha 30 de marzo de 1833.
- ⁵³ HALPERIN, op. cit., p. 23, resalta la sentencia de la Corte de París, de fecha 12 de julio de 1845.
- ⁵⁴ SILVEIRA KARMA, Fabiana, “A cao indenizatória. A actio directa no direito comparado”, *Derecho de Seguros*, Eduardo Mangialardi, coord., VII Congreso Iberoaltinoamericano de Derecho de Seguros, ed. Juris, Rosario, 2001, p. 297.
- ⁵⁵ El Art. 53 dictó que: “*L'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou patie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé*”.
- ⁵⁶ Entre ellos, MAZZEAUD, PICAD, JOSSERAND cit. pos, VITERBO, op. cit., p. 202.
- ⁵⁷ VITERBO, op. cit., p. 203.

⁵⁸ LORDI, *cit. pos* VITERBO, p. 200, considera que la obligación de pago por parte del asegurador está condicionada a la satisfacción de la víctima.

⁵⁹ AZZARITTI, *cit. pos* VITERBO, p. 198, considera que el asegurador no tiene que pagar a la quiebra del asegurado más de lo que la quiebra paga al tercero.

⁶⁰ RUIZ QUIROZ, Humberto, Ponencia presentada durante la Asamblea General Ordinaria de la Asociación Mexicana de Instituciones de Seguros (AMIS) el 20 de marzo de 2002, tomado de www.amdsyf.org.mx, consultada el 18 de octubre del 2006.

⁶¹ Cfr. VITERBO, *op. cit.*, pp. 202-203.

⁶² DUPUICH, P., en “El seguro de responsabilidad”, en *Revista de Seguros*, año 1, no. 2, La Habana 10 de julio de 1911, pp. 9-10, analiza, en materia de seguro colectivo, una sentencia de la Corte de Lyon en la que un grupo de obreros víctimas de accidente reclaman el pago a una aseguradora, donde expresa que el contratante de un seguro de responsabilidad no tiene otro objeto que garantizarse el mismo contra la acción que un tercero pudiera intentar contra él, en razón de un acontecimiento ulterior, y agrega que “*el asegurador por su parte, no conciente en tener como acreedor al tercero que pudiera eventualmente ser víctima de un daño, y del conjunto de tales consideraciones, saca esta consecuencia: que concediendo una acción directa a la víctima del daño, se llegaría a desconocer la voluntad de los contratantes y a destruir la economía del contrato*”. p.9-10; mientras que en la culminación del citado artículo, en el no. 3 de la propia revista, La Habana 10 de agosto de 1911, p. 15, declara que “*Puesto que el seguro de responsabilidad cede, exclusivamente en beneficio del contratante, no debe conferir a nadie mas que a él, acción contra el asegurador: la víctima del accidente no debe ser admitida a invocar contra este asegurador un derecho personal al beneficio del seguro que ni ha contratado ni provocado*”.

⁶³ SÁNCHEZ CALERO, F., y F.J.TIRADO SUÁREZ, *Ley de contrato de seguros*, vol. 2, ed. Edersa, Madrid, 1985, p. 265.

⁶⁴ HILL PRADOS, Ma. Concepción, *op. cit.*, p.1732.

⁶⁵ SOLUS, *cit. pos* HALPERIN, *op. cit.* p. 22.

⁶⁶ COLIN *cit. pos* HALPERIN, *op. cit.* p. 22.

⁶⁷ para PLANQUEEL *cit. pos* HALPERIN, *op. cit.* p. 23, es: “una acción acordada a un acreedor contra el deudor de su deudor, aunque este último jamás se haya obligado hacia él con referencia al derecho que invoca, de manera permita a este acreedor eludir, en cierta medida, los inconvenientes que le resultarían del único recurso de la acción oblicua”, mientras JEAN VICENT *op. cit.* HALPERIN, p. 23, considera que: “hay acción directa cuando el acreedor recibe de la ley la posibilidad de accionar contra el deudor de su deudor por una acción que le es propia y personal; gracias a ella, llega a ser acreedor del deudor de su deudor”.

⁶⁸ PICARD, SOLUS *cit. pos* HALPERIN *op. cit.*, p. 25.

⁶⁹ Cfr. HALPERIN, La acción directa ...*cit.*, pp. 26 a 28.

⁷⁰ SOLUS y DEMOGUE, *cit. pos* HALPERIN *op. cit.*, p. 27

⁷¹ MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel, *Los Seguros*, ed. Cultural, La Habana, 1945, p. 229.

⁷² ZUNINO, *Régimen de seguros*, ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires, 1994, p. 183.

⁷³ FONTANAROSA, Exposición de motivos de la Ley, punto XXIX, 8) *cit. pos* ZUNINO, *Idem*.

⁷⁴ Art. 452: “*El asegurador, pagada la indemnización, se subroga en los derechos y acciones del asegurado contra los autores o responsables del daño*”.

⁷⁵ OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad, *op cit.*, p. 137.

⁷⁶ Acción recuperatoria, independiente y autónoma, carente de apoyo contractual alguno, y que se concede al asegurador en los caso en que paga a pesar de la inexistencia de contrato, o en aquellos en que aún existiendo contrato, hay causa legal o contractual de exclusión de cobertura. En estos casos, y partiendo de que al perjudicado hay que indemnizar, el pago que realiza el asegurador sería objetivamente indebido, pero inmediatamente, o cuando el asegurador conozca de circunstancias que lo ameriten, se concede al asegurador el derecho de repetición. En la legislación española aparece en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y en el Código Civil cubano en los art. 458.2, 462 y 465.2.

⁷⁷ Art. 413: “*El asegurador, pagada la indemnización, se subrogará en los derechos y acciones del asegurado contra todos los autores o responsables del incendio por cualquier carácter y título que sea*”.

⁷⁸ **CONSIDERANDO:** *Que examinadas las pruebas documentales aportadas al proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo ciento cuatro del Decreto ochenta y nueve de mil novecientos ochenta y uno “Reglas de Procedimiento del Arbitraje Estatal”, y, cumplidos los trámites de rigor establecidos en el supradicho artículo cuatrocientos cincuenta y dos y siguientes de la Ley cincuenta y nueve, resulta apreciable la culpa imputable a la demandada por los hechos que se valoren, teniendo que responder por tales incumplimientos de conformidad con lo regulado en los artículos treinta y siete y cuarenta del Decreto ley número quince “Normas Básicas para los Contratos Económicos”, de tres de Julio de mil novecientos setenta y ocho.* Biblioteca electrónica de seguros, 2007.

⁷⁹ Art. 463.2. “*La obligación del asegurador (en el seguro de responsabilidad civil) se cumple efectuando el correspondiente pago a los terceros afectados, directamente o a través de la entidad estatal designada por la legislación especial*”.

⁸⁰ DUPUICH, P., en “El seguro de responsabilidad”, en Revista de Seguros, año 1, no. 3, La Habana 10 de agosto de 1911, p. 12 es concluyente al exponer que “*la estipulación de un pago directo a la víctima no debe confundirse, en efecto, con la concesión de una acción directa en provecho de esta misma víctima*”.

⁸¹ Sentencia 593, de 30 de septiembre del 2003, de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular.

⁸² Ley de exenciones y franquicias de carácter diplomático, Ley 1089, de 31 de diciembre de 1962, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Ordinaria No 3, de fecha 7 de enero de 1963, p. 113.

⁸³ HALPERIN, Isaac, *La acción directa* ...cit., p. 5, considera que las indemnizaciones “*repercuten intensamente en el medio social, con proyecciones insospechadas, pues evitan las situaciones extremas de miseria, con la secuela ordinaria de otros males aún mas graves, y alivia al Estado de la pesada carga de asistencia social. Indudablemente, el solo otorgamiento de una acción directa a la víctima del daño no importa solución de tales problemas sociales. Pero si cabe afirmar, que un régimen de responsabilidad civil del propietario o usuario de máquinas y vehículos peligrosos, con su complemento necesario de seguro obligatorio de la responsabilidad civil, o del seguro facultativo, complementado con una caja de garantía servida por el Estado, pueden ser soluciones adecuadas a tan arduo problema.*”

PROPIEDAD INDUSTRIAL

APUNTES BREVES PARA LA PROTECCIÓN DE LA MARCA RENOMBRADA

Point Brief for the protection of the renowned mark

MSc. Milkos L. Gual Díaz

Profesor Instructor y especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

El siguiente trabajo aborda brevemente el origen de las marcas y dentro de estas, aquellas que constituyen una categoría especial dentro del sistema marcario por su importancia económica, jurídica y social: las marcas renombradas. Se brindan varios conceptos vistos desde la óptica doctrinal y legislativa y cómo ha sido su protección también desde estos puntos de vista; explica como algunas marcas han llegado a superar los productos que representan, otorgándoles a estos sus nombres. Se hace referencia también al sistema de prohibiciones del ius prohibendi, y al principio de especialidad, explicación necesaria para tratar de comprender los pilares sobre los que se asienta el derecho marcario. Igualmente se aborda una de las funciones de la marca, la función psicológica, el papel que jugó la doctrina en la salvaguardia de estos signos renombrados, los criterios que desarrolló para fundamentar la protección de los mismos a partir de los sistemas jurídicos del Benelux, del sistema de Derecho Germano y del Derecho Anglosajón, así como los diferentes puntos de vistas y criterios elaborados para proteger la marca renombrada. Se comentan los elementos del sistema marcario, las diferencias entre los conceptos de marca notoria y renombrada, y se brinda un análisis amplio de la conveniencia de la protección de la marca renombrada desde el punto de vista jurídico y económico a partir de diversas teorías elaboradas al respecto por estudiosos foráneos del tema.

Point Brief for the protection of the renowned mark

Palabras claves: Marcas, Marcas Notorias, elementos del sistema marcario, funciones de la marca, concepto de marca notoria, concepto de marca renombrada/.

Abstract

The following work approaches the origin of the marks shortly and inside these, those that constitute a special category inside the system marcario, for its economic, artificial and social importance, the renowned marks, offering²⁵ several concepts seen from the doctrinal and legislative optics and like it has also been its protection from these points of view, it is explained as some marks they have ended up overcoming the products that represent granting

to these its names. A brief reference is made to the system of prohibitions of the *ius prohibendi*, and the principle of specialty, necessary explanation to try to understand the pillars on those that he/she settles the right *marcario* and reference is made to one of the functions of the mark, the psychological function and the paper that it played the doctrine in the safeguard of these renowned signs and the approaches that it developed to base the protection of the same ones starting from the juridical systems of the Benelux, of the system of German Right and of the Anglo-Saxon Right and the different points of views and approaches elaborated to protect the renowned mark. The elements of the system *marcario* are commented and the differences are offered between the concepts of notorious mark and renowned mark and you it offers a wide analysis of the convenience of the protection of the renowned mark from the juridical and economic point of view starting from diverse theories elaborated in this respect for studious strange.

Key Words: You mark, mark notorious, elements of the System *marcario*, functions of the mark, concept of notorious mark, concept of renowned mark.

I. Historia de las Marcas

Una marca es un signo distintivo que indica que ciertos bienes o servicios han sido producidos o proporcionados por una persona o empresa determinada. Su origen se remonta a la antigüedad, cuando los artesanos reproducían sus firmas o «marcas» en sus productos utilitarios o artísticos. Las marcas se puede decir que han tenido dos momentos, antes del auge de la publicidad y el marketing y después de este. Las marcas se originaron con el nacimiento de los productos envasados en el siglo XIX. La industrialización trasladó la producción de muchos productos de consumo de las comunidades locales a fábricas centralizadas. Estas plantas dedicadas a la fabricación de productos de consumo masivo, necesitaban vender sus artículos en mercados más amplios, pero contaban con una base de consumidores familiarizados tan sólo con producciones locales. Los fabricantes de productos envasados necesitaron convencer al público de que podían depositar su confianza en un producto que no era local. Muchas marcas que encontramos en dicha época, como los cereales de desayuno Kellogg's, representan un claro ejemplo de esta situación. El fabricante quería que sus productos aparecieran y se hicieran sentir tan familiares como la producción local de los demás productores. De ahí, con la ayuda de la publicidad, los fabricantes enseguida aprendieron a asociar otros tipos de valores en las marcas, tales como calidad, prestigio, sectores comerciales y lujo con sus productos. Ello propició el lanzamiento de lo que hoy

conocemos como gestión de marca.

En un inicio la capacidad pequeña de producción de las empresas unido a la no utilización de la publicidad, fueron factores que coadyuvaron a la escasa relevancia de las marcas notorias y renombradas, ya que alcanzar este estatus de marca notoria o renombrada requería que transcurriera un largo periodo de tiempo, y esto trajo como consecuencia su desatención normativa que en esos momentos fue exigua. Pero el desarrollo de la ciencia y la técnica, condujo a la diversificación de la producción y al aumento del comercio mediante vías y formas desconocidas hasta entonces, lo que junto a las grandes campañas de marketing y de publicidad llevadas a cabo por las PYME y por las grandes empresas, motivó que una entidad comercial, de servicios o de productos pudiera desarrollar en poco tiempo una marca notoria o renombrada.

II. Elementos estructurales del sistema de marcas

Para comprender el sistema marcario, hay que explicar que este se sostiene sobre los pilares de principios de registro y de especialidad. El primero, al nacer, otorga seguridad jurídica, ya que tiene la ventaja de impedir la incertidumbre jurídica que originaría acudir al principio de prioridad en el uso. El segundo principio se sostiene en el fundamento de que el Derecho marcario se apoya en dos pilares básicos que se relacionan entre sí: el signo o marca y los productos o servicios que van a distinguir determinada marca en el comercio de otros productos o servicios semejantes que operen en el tráfico monetario mercantil. Ambos principios tienen sus limitaciones; el principio de registro al aplicarse, irracionalmente, puede conllevar a que un empresario escamotee, escudado en la prioridad registral, una marca que ya era utilizada por otro y se había afianzado en el tráfico mercantil. Por su parte el principio de especialidad limita la posibilidad de oponer una marca ya registrada frente a otra que se utilice para productos similares o idénticos. La vigencia de los principios antes expuestos motiva la creación de dos fenómenos bien diferenciados: de una parte, la protección de una marca no registrada, y de otro, la protección de una marca más allá del principio de especialidad. Los procedimientos son conocidos. Cuando una persona natural o jurídica sea el operario en el tráfico monetario mercantil de una marca y esta adolezca de registro y pruebe el conocimiento notorio o renombrado de la marca entre los consumidores o destinatarios del producto, podrá solicitar la anulación de la marca registrada anteriormente ya que puede inducir a error o confusión con la marca renombrada.

Ahora bien la notoriedad de los signos distintivos en el comercio, hace que estos se instalen efectivamente en la imagen del receptor final y puedan cumplir la función distintiva que la marca otorga al cliente; ya que los orienta en parámetros tales como origen, calidad, prestigio, precios, entre otros factores. El Derecho de marcas otorga a estas consecuencias una importancia especial, en tanto la notoriedad de la marca puede prevalecer por encima de algunas prohibiciones absolutas, y la notoriedad o renombre de la marca puede operar como causal de convalidación de la nulidad absoluta de la marca registrada, ello permite además hacer los cálculos de indemnizaciones cuando se use la marca sin autorización.

III. La importancia económica de la marca

La importancia económica de la marca no puede ser negada, mucho menos a la luz de las teorías antes expuestas pero a pesar de las múltiples funciones asociadas a estas, la economía no le ha brindado a los signos notorios o renombrados, toda la atención que merecen. La ventaja de la tutela jurídica del renombre —a partir de la función económica o informativa— ha sido siempre cuestionada desde este punto de vista. A pesar de que en base al renombre y prestigio de marcas renombradas se han tratado de cometer actos de competencia desleal por terceros, aprovechándose del prestigio de estas, la marca se encarga además del éxito comercial de la empresa, y de que el triunfo del signo que ella representa redunde en beneficios para el empresario.

La configuración del fenómeno publicitario está asociada a la función comunicativa o informativa de la marca, ya que algunas de estas son capaces de imprimir en el producto o servicio una imagen que lo independiza o particulariza de los de su misma especie. Esto se puede lograr por factores tales como fuerza de la imagen publicitaria, fascinación de la marca, reputación, o goodwill, lo cual va siempre asociado a elementos tales como, canales selectos de distribución y una exquisita presentación del producto lo que aumenta su valor económico o valor agregado, y el grado de conocimiento del público por la marca que se oferta. Este renombre de la marca se traduce en la posibilidad de ampliar la oferta de productos o servicios, amparándose en el prestigio que la marca tiene en el mercado por la aceptación que le brindan los consumidores o en obtener mas ganancias de la misma autorizándose su uso a terceros. Pero esa misma característica del prestigio es lo que hace que terceros, sin el consentimiento del titular, utilicen la marca renombrada , originando lo

que se conoce como transferencia de reputación de la marca , que no es más que asociar por cualquier fórmula, productos o servicios de una marca reputada con otros que salen al mercado con la misma marca renombrada, sin el consentimiento del titular y que el consumidor va a asociar con la marca prestigiosa. Esto se basa en el contenido o función psicológica de la marca y en la publicidad; la utilización será exitosa cuando los falsos productos amparados con la marca renombrada alcancen el mismo prestigio que la original.

La transferencia de reputación puede ser favorable o desfavorable, será exitosa cuando los productos del tercero que utiliza la marca sin la autorización del titular de la misma, se abren paso en el mercado amparados en el prestigio de la marca y en el hecho de que tienen el mismo indicador de calidad que el original al que la marca famosa protege o identifica. De esta manera el consumidor pensará inmediatamente que se trata de una nueva cartera de productos diseñada a partir del prestigio que la marca ha alcanzado, por lo que los destinatarios inmediatamente asociarán la nueva gama de productos con la inicialmente protegida por la marca. Una transferencia de reputación favorable de la marca puede ser beneficiosa tanto para el titular de la marca como para el tercero que la utiliza sin la anuencia del titular.

Pero la transferencia de reputación puede ser negativa cuando las cualidades de los productos del tercero que utiliza la marca sin la autorización, no alcanzan los estándares de calidad que el destinatario del producto creía que esta nueva elaboración tendría, basado en el conocimiento de la calidad de los productos de la marca original. De esta manera la fuerza simbólica de la marca que en ocasiones se traduce en aspectos tales como lujo, modo de vida o identifican parámetros como sexo, juventud, belleza y otras características se ve afectada, provocando un comentario o criterio desfavorable lo que lograría provocar perdidas al titular de la marca original pues el publico podría dejar de sentir preferencia por sus productos.

Si tomamos como ejemplo la teoría de los Property Rights, la misma admite un avance para la fijación de la utilidad económica de la marca, pero no hay un consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de si esta función debe recibir o no tutela jurídica, ya que las funciones económicas y jurídicas de la marca no siempre tienen por qué coincidir, el reconocer la importancia económica de la marca serviría como presupuesto para la futura toma de decisión de acogerla o no, en los pilares del sistema de protección marcario. La teoría de los Property Rights, desde este contexto, sólo protegería mediante el derecho de

marcas los casos en que peligre la propia cualidad de esta. Cuando hubieren supuestos de confusión y engaño, los problemas ocasionados a la imagen no reincidirían en el terreno del derecho marcario, y no delimitaría a quien brindara el resarcimiento debido, ni qué vía se emplearía para el mismo. Esto ocasionaría perjuicios económicos al legítimo titular de la marca.

IV. Conceptos de marcas notorias y marcas renombradas

Con el advenimiento del Derecho contemporáneo fue necesario brindar seguridad de manera especial a determinadas marcas con el objetivo de detener, invalidar y monetario mercantil , y así en la jurisprudencia y sobre todo en la doctrina, empezaron a acuñarse términos como «marcas notorias», «marcas notoriamente conocidas», «marcas de alto renombre», «marcas renombradas» , lo que en la práctica no es lo mismo, pues la marca notoria trasluce y se establece de manera efectiva en la psiquis de los consumidores y destinatarios; tiene la función de identificar los productos o servicios que ampara de otros idénticos o similares en un sector dado, mientras que la marca renombrada es conocida aún fuera de su sector y rebasa el principio de la especialidad. No obstante aunque se reconocían estos términos prevalecía la inclinación hacia el sistema marcario y se respaldaba la regla de la especialidad. Fue necesario, entonces, buscar otras opciones que se segmentaban entre la prudencia y la contención, donde sólo tenía espacio la distintividad del signo y exigía la excepcionalidad de la protección más allá del principio de especialidad.

La prudencia de esta protección en un inicio estuvo determinada por los siguientes aspectos: había partidarios de mantener el apego a nociones ya conocidas del derecho de marcas tanto en su fundamento como en sus presupuestos , y la jurisprudencia fundamentaba la protección más allá del principio de especialidad. Para esto se valió de los argumentos siguientes, el riesgo de disgregación o dilución que conllevaba la utilización del signo para productos o servicios distintos y la apropiación de la reputación ajena, posteriormente, perfeccionó el contexto que definían las condiciones de este tipo de marcas y estos fueron, extraordinaria implantación, extrema similitud entre las marcas enfrentadas y utilización exclusiva de la marca en el tráfico por su titular. La doctrina exigía, por su parte, un alto grado de instauración de la marca, el goodwill, basado en la excelencia de la calidad de los productos o servicios de los que se acompañaba el signo.

Los planteamientos antes expuestos nos llevan a dos posiciones: la primera es la notoriedad,

entendida como conocimiento de la marca por un determinado sector del público consumidor. La notoriedad tiene una connotación cuantitativa, pues si la marca despunta por cierto grado de notoriedad implicará una remoción respecto a los principios que configuran la protección de las marcas tradicionales. La ventaja radica en la seguridad jurídica y la desventaja en la rigidez del concepto; la segunda posición, el renombre que consigue atesorar la marca, basado en que a la mayor parte de los consumidores la marca le resultará conocida y ostentará una reputación más elevada y estará amparada en una mayor distintividad y notoriedad. Su fuerza radica precisamente en la celebridad, resonancia y reputación de ella; es decir, el prestigio o fama de la marca tiene una connotación cualitativa, y es lo que la hace ser susceptible de valoración económica, las ventajas y desventajas son las mismas en esta posición, o sea, la flexibilidad y equilibrio.

Analizadas estas tendencias ya estamos en disposición de definir marcas notorias y marcas renombradas. Las primeras son aquellas cuyos resultados de inserción de la marca han sido extendidos tradicionalmente en el Derecho Marcario, y no rebasan la esfera de su sector de mercado; por consiguiente no se han proyectado más allá del principio de especialidad. La marca renombrada es aquella que acapara una cuantiosa proporción de reputación, autoridad, y estimación ya que su calidad y goodwill será tan alto que le permite trascender— aun fuera de su sector del mercado— y por supuesto, es conocida por todos. Estos factores posibilitan que concentre el presupuesto de superar los lindes de la regla de la especialidad.

V. La marca renombrada. Su protección

La protección de la marca renombrada es uno de los temas más importantes que se aborda en el derecho de propiedad intelectual, y dentro de este en el conjunto de normas jurídicas que regulan a las mismas. A pesar de que las marcas renombradas son un grupo cuantitativamente menor dentro del Derecho Marcario, no hay dudas de su gran importancia jurídica, comercial y económica. Los intereses económicos y jurídicos que se asocian a estos signos no siempre hallaron toda la protección que debía brindarles la doctrina y la jurisprudencia. Este trabajo pretende en lo posible abordar diferentes modelos de protección en distintos contextos jurídicos, y tratará de ejemplificar y explicar, desde una óptica jurídica, y en menor grado económica, como es posible proteger la marca renombrada sin inconveniente alguno.

Para acercarnos a las marcas conviene previamente tratar de realizar un acercamiento de lo

que se entiende conceptualmente acerca de estas pues existen criterios doctrinales y jurisprudenciales disímiles. Marca, es todo aquello que los consumidores reconocen como tal. Es un producto al que se ha revestido de un ropaje tan atractivo que consigue que el producto se desee, se pida, se exija, con preferencia a otros productos. En definitiva, la marca es el nombre, término, símbolo o diseño, o una combinación de ellos, asignado a un producto o un servicio, por el que es su directo responsable. Esta es quien debe darlo a conocer, identificar y diferenciar de la competencia; debe garantizar su calidad y mejora constante.

La marca ofrece del producto, junto con su realidad material, una realidad psicológica, una imagen formada por un contenido preciso, cargado de afectividad: seguridad para unos, prestigio para otros, calidad, etc. A partir de esta última definición es comprensible que algunas hayan llegado a superar el producto que representan, dándoles incluso su nombre y llegando a definir una clase dentro de las mismas, las marcas notorias y las marcas renombradas, que no son lo mismo aunque frecuentemente se les tome por similares.

Esta trama (confusión entre marcas notorias y renombradas y su protección) es un tema clásico en el Derecho marcario. El surgimiento de esta categoría se asocia a los sistemas de regulación normativa de los signos distintivos, pero para hablar de signos distintivos hay que hacer una diferencia entre signos notorios y renombrados, y para ello el sistema marcario consiente de la importancia de estas marcas y de los conflictos que podrían surgir entre las personas naturales y jurídicas que fueran titulares o posibles titulares de signos marcarios, desarrolló un sistema de prohibiciones conocidas como *ius prohibendi*. Esto se desarrolló más con la vigencia del principio de especialidad. Este sistema de protección de marcas estaba diseñado en el modelo registral, pero este diseño no acogía a las marcas renombradas.

Este soporte del sistema marcario no se ajustaba a las necesidades que se requerían, pues han existido objeciones socioeconómicas contrarias a otorgar preeminencia al elemento sugestivo de la marca en detrimento de la calidad y el precio, así pues surgió otra teoría de la función de las marcas, que surge basada en las funciones de la marca y que juzga, incompatible, el reconocimiento jurídico de la dimensión publicitaria con el concepto y función esencial de la misma, la función indicadora de la procedencia. Aún así el sistema jurídico necesitaba ser modificado para brindar protección a las marcas renombradas, aunque el mayor obstáculo para modificarlo era la supuesta inmodificabilidad del mismo.

La doctrina también jugó un papel importante en la salvaguardia de los signos renombrados y desarrolló criterios para fundamentar la protección de los mismos, así tenemos el del riesgo de confusión más allá del principio de especialidad, perjuicio para el renombre, dilución y aprovechamiento de la reputación ajena. Las leyes contra la competencia desleal promulgadas en numerosos países han jugado un rol importante en la custodia de las marcas renombradas, aunque al plantearse el problema de que el sujeto activo y pasivo del acto de competencia desleal fuesen competidores, dificultaba notablemente la protección de las marcas renombradas.

VI. La conveniencia de la protección jurídica de la marca renombrada
Existen perspectivas económicas y jurídicas para proteger las marcas renombradas, y se han construido al efecto varias teorías, haremos énfasis en su protección jurídica y luego en su importancia económica. Según los autores que estudian el derecho marcario, el reconocimiento de su importancia económica es el punto de partida para su aseguramiento jurídico, y se acepta unánimemente que la marca goza de protección jurídica como consecuencia de su condición indicadora de identificar y distinguir prestaciones empresariales. Su naturaleza jurídica radica en ese supuesto básico, lo que no implica que otras características de la marca como su renombre no puedan ser protegidas, así se han elaborado varias teorías al respecto; la primera es la de las funciones de la marca (funciones económicas y función comunicativa y de los Property Rights). Veamos en qué consisten brevemente.

La teoría de las funciones económicas plantea que la marca aglutina en sí varias atribuciones económicas y que todas ellas se pueden proteger en mayor o menor medida. Dentro de estas las más conocidas o defendidas están, la indicativa de origen empresarial del producto o servicio, indicadora de calidad, la aglutinadora de goodwill y la publicitaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden que en esta teoría la función más importante es la de identificar y distinguir productos y servicios, y que esta característica tiene un doble matiz en esta teoría, un carácter económico y un carácter jurídico .

La teoría de la función comunicativa tiene su expositor en Schreiner, y se basa en establecer una tesis que determine el ámbito y contenido de la protección jurídica conferida por el Derecho de marcas, basada fundamentalmente en la importancia de la ciencia económica, y en su capacidad de servir de principal transmisor de informaciones en el mercado y en los

medios de publicidad.

Al ser la marca un instrumento comunicativo, el empresario que la ostente deberá protegerla mediante el Derecho marcario de intromisiones de terceros que generen en el consumidor riesgo de confusión o error en cuanto a la prestación ofertada, sin restar importancia a esta teoría hay que resaltar los matices negativos de la misma, ya que pudiera generar una propagación mayor de la protección de la función comunicativa y , por ende, una superior concesión al titular del signo de facultades de exclusión frente a cualquier utilización referida de la prestación.

Uno de sus exponentes de la teoría de los Property Rights, es Lehman. Ella expone la naturaleza jurídica de la marca, mediante una nueva concepción, (Property Rights), se basa en el análisis económico del derecho. Esta nueva concepción agrupa básicamente el conjunto de facultades que atesora una persona en la explotación en exclusiva de un determinado bien, incluyendo facultades de explotación, uso, disposiciones, e ius prohibendi.

Esta teoría asevera que los derechos sobre bienes inmateriales son derechos de exclusión selectiva y artificialmente creados por el derecho privado, y el carácter absolutista, restrictivo de la competencia, permite que esta favorezca en un plano superior, ya que acrecienta una base común de conocimiento e información económica valiosos, y produce una vía de comunicación entre el proponente que será el titular de la marca (o aquel que la use sin autorización para valiéndose de la reputación de la misma introducir sus productos en el mercados) y comprador, que producto del conocimiento que posee de la marca buscará siempre esta. Esto conllevará a acrecentar la competencia, de un lado, para tratar de imponerse las menos renombradas y desplazar a las más famosas, y de otro las más prestigiosas tratarán de desplazar aún más a las menos conocidas, aumentando la calidad de sus productos, ofertándolos a menores precios y con la misma calidad, o con mayores campañas de publicidad que, debido a lo altos costos de las mismas, las PYME, no podrán realizar.

Las teorías antes expuestas, son teorías jurídicas que se basan en aspectos económicos fundamentalmente, lo que explica que la marca renombrada tiene un alto valor económico, como resultado de su capacidad informativa en el mercado, gracias a su poder de atracción entre los consumidores o destinatarios, y esa es la cuestión por la cual la marca renombrada

requiere de un ámbito especial de protección para evitar que la misma sea utilizada por terceros en el mercado, sin consentimiento del titular, pues debido a su valor económico que será siempre asociado a la calidad, prestigio, buenos precios en algunos casos y lugar de procedencia.

Este derecho de utilización protege al titular de la marca renombrada amparado en el ordenamiento jurídico. A pesar de esto los ordenamientos jurídicos o sistemas marcarios tradicionales no contemplan todavía muchos de ellos la relevancia económica de la marca más allá de la función indicadora de procedencia.

VII. Los modelos de protección jurídica en el derecho comparado
Según el Derecho comparado para la protección jurídica de las marcas renombradas se pueden escoger dos caminos diferentes, optando entre su unificación en los sistemas de marcas en los casos que estos se afiancen a la atención única de la función distintiva, o utilizando el recurso de la protección por el derecho común o mediante las leyes de competencia desleal. Veamos cómo se ha comportado esta protección en algunos sistemas de marcas.

Comencemos por la ley del Benelux. La protección del titular de la marca inscrita en esta norma va más allá de la regla de la especialidad. Esta normativa refrenda una protección más amplia al titular de la marca contra el uso de esta u otro signo idéntico o semejante, que, sin justa razón, se realice en el tráfico económico. La normativa se basa en los siguientes supuestos según la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia del Benelux:

- El riesgo de confusión respecto a la procedencia empresarial de los productos o servicios resultado de la utilización de la marca posterior en el tráfico mercantil.
- Debilitamiento de la fuerza distintiva de la marca prioritaria
- Aprovechamiento indebido del renombre de la marca renombrada
- Pérdida de la posición de privilegio de la marca en el mercado y, por ende, de su idoneidad como referente de los productos para los que ha sido registrada

El Derecho norteamericano ha procurado también protección a las marcas renombradas, y lo ha sustentado en la Ley Federal Norteamericana de Marcas y en los estatutos anti-dilution de

los Estados. De la comprensión del estudio del derecho norteamericano se desprenden valiosas evidencias para entender la necesidad de protección que meritan las marcas renombradas, ya que los norteamericanos y los alemanes fueron lo uno de sus exponentes primeros en el tratamiento de este problema.

La Ley Federal Norteamericana de Marcas, en su esfera de protección trazada, no se ciñe ni al principio de especialidad ni a la exigencia de una relación de competencia entre el titular y quien menoscaba la marca, la exigencia viene dada cuando la infracción se concrete en un manejo de la marca que sea capaz de suscitar confusión o engaño sobre el consumidor respecto a la fuente de procedencia de los productos o servicios. Es de destacar que desde esta óptica la identidad o similitud entre productos o servicios, es sólo una de las incidencias a tener en cuenta para determinar o no la existencia del riesgo de confusión, para encuadrar este riesgo se utilizan diversos criterios, entre ellos, la similitud entre las marcas, la implantación y prestigio de esta, el nivel cualitativo de las prestaciones del infractor, las expectativas y grado de atención de los consumidores y la prueba de una intención confusoria o la relevancia efectiva de la confusión. Para la jurisprudencia norteamericana es muy importante un fenómeno ya abordado en este trabajo, la transferencia de reputación, la vincula con el riesgo de confusión derivada del uso de la marca renombrada para productos o servicios distintos, y hace referencia expresa a que el público al estar pendiente del producto del usuario posterior pudiera pensar que el titular prioritario ha desplegado su esfera de actividad a otro sector comercial en el que actúa el nuevo producto.

La jurisprudencia norteamericana no recurre explícitamente el criterio de la traslación de reputación que conlleva el empleo de la marca para productos diferentes aunque semejantes, pero utiliza de manera indirecta el criterio de confusión. En los casos en que la falta de coincidencia entre los productos o servicios es notable no es de temerse una transferencia de reputación, pues se sobreentiende que no deberá existir riesgo de confusión, aunque para las marcas que poseen un renombre relevante se admite la existencia del riesgo de confusión aun sin prueba efectiva. Los argumentos que se esgrimen por la jurisprudencia al efecto son, que el manejo de la marca por el tercero refleja la autorización de una licencia por parte del titular, lo que basta para ponderar el riesgo de confusión en sentido amplio.

Otro argumento es que en los casos de licencia de marcas pesa sobre el licenciante la obligación de control de la calidad de los productos que bajo la marca licenciada distribuye el

licenciataria, y se invoca la privación al titular de la facultad de controlar las prestaciones del tercero. La protección en este modelo se basa en una figuración para demostrar posteriormente el riesgo que se desprende de la pérdida de facultades del titular para conocer la calidad que amparan los productos bajo dicha marca. En esta línea jurisprudencial el riesgo de la confusión hace un ilícito jurídico válido para proteger el goodwill de la marca, merced a esto, el titular dispone de un ágil y eficaz instrumento ante conductas que puedan demeritar, confundir o causar perjuicio a la marca en el ámbito económico.

La protección frente al riesgo de dilución, se basa en la teoría de Scheter quien pretende la protección de las marcas proporcionadas de una fuerza distintiva sobresaliente frente a la utilización de marcas similares para productos o servicios apropiados de diluir la singular posición de aquellas en el mercado. La protección frente a la dilución se encamina, principalmente, a defender la integridad de la marca debido a su especial aptitud distintiva, que se vería lesionada de diseminarse su utilización para productos o servicios distintos. Pero esta interpretación es susceptible de considerar, ya que la dilución está cargada de dificultades, ya que prima un caos sobre el terreno en el que se despliega esta elemental protección; se tutela la peculiar fuerza distintiva de la marca partiendo de su relevancia y el conocimiento que el público posee de la misma; es decir, su colocación en el destinatario, la jurisprudencia no condiciona ni al renombre del signo, ni a su especial inserción y lo más notorio es la indefinición acerca de si la dilución precisa, al menos, un riesgo de confusión en sentido amplio o si nada tiene que ver con este criterio de ilicitud; la imprecisión que plantea esta figura de la dilución y la amplitud que alcanza el concepto confusión en el derecho federal ha generado su poca trascendencia en la tutela de la marca.

En el modelo alemán se sostienen dos importantes restricciones que explican la necesidad de una protección complementaria a la marca renombrada; de una parte la contracción de la tutela concedida dentro de los límites de la regla de la especialidad, y de otra, la exigencia de utilización de la marca como condición de la violación típica del derecho de marca; resultado de esto sería la falta de una protección suplementaria, la impecabilidad incondicional del registro, la utilización de marca similar para productos o servicios no idénticos o semejantes y el libre empleo de la marca ajena en la publicidad o como elemento ornamental. Cuando no se emplease a título de marca, estas imprecisiones motivaron tempranamente el criterio de una protección adicional y se acudió a un fundamento jurídico mixto: la cláusula general de la normativa contra la competencia desleal y la cláusula de la responsabilidad

extracontractual. La protección contra la competencia desleal intenta impedir que los competidores escamoteen el caudal informativo concentrado en estos signos para promocionar sus productos. La responsabilidad extracontractual se basa en el debilitamiento de la marca y permite a los jueces un amplio margen de apreciación. Esta norma protege la propiedad y otros derechos ante hechos ilícitos; comprende el derecho que tiene la empresa para desarrollar su actividad y, por ende, de realizar actos de comercio .

La doctrina y la legislación alemana se han encargado de determinar los lindes de la protección dispensada , y la defensa concedida a las marcas renombradas con estas características no pretende erradicar ambientes de confusión o engaño con relación al origen o la calidad que la marca avala con los productos o servicios que representa, sino evitar conductas malintencionadas o dolosas, que puedan debilitar o diluir el goodwill de la marca y la lleven a perder su posición y significación exclusiva en el mercado.

La escasez de la protección frente al riesgo de debilitamiento está dada por la propia fundamentación de la figura. La protección se construye a partir de la repercusión que el empleo de la marca de producto o servicio tenga sobre el valor atractivo y la posición de exclusiva de la marca en el comercio. La propia convincente protección sugiere la rigurosidad de sus presupuestos y la sujeción de los mismos en su aplicación, reservándola, solamente para un número reducido de marcas: las marcas renombradas.

Veamos como la jurisprudencia alemana ha acogido el tema de la tutela de la marca renombrada frente a conductas de apropiación desleal.

Para evitar las conductas de este tipo la jurisprudencia alemana acudió a la norma de competencia desleal. Este sistema se caracteriza por dos momentos importantes, y se parte de las sentencias dictadas por los jueces alemanes. En un primer grupo de sentencias o primer momento el criterio de deslealtad concurrencial se apoyaba, esencialmente, en la ocurrencia de un riesgo de confusión evitable, en otro conjunto de casos a la hora de dictar sentencia, el alegato invocado por los jueces para valorar la deslealtad originada de la usurpación de la marca ajena se desplazó hacia elementos subjetivos. Junto a estas sentencias meritan también analizarse los casos en que el legislador consideró que la fuerza de la deslealtad radicaba en el debilitamiento o aguiamiento de la marca, a partir de las conductas desleales y la forma en que se desarrollaron los comportamientos inescrupulosos de los competidores. Del estudio de

estas posiciones jurisprudenciales queda claro que los criterios para tipificar la deslealtad eran diversos y los tribunales y jueces alemanes no estaban aún preparados para un enjuiciamiento unánime que tuviera como principal elemento las conductas engañosas en el propio renombre de la marca y en su ilegal explotación económica, a tenor de las bondades que se derivan de utilizar una marca renombrada para amparar otros productos. Esta situación cambiaría, radicalmente, a partir de la sentencia del caso «Rolls-Royce», donde se dictó sentencia por vez primera al margen de los criterios antes dichos, y el tribunal al valorar donde quedaba configurado el elemento de la deslealtad se pronunció para proteger al titular de la marca renombrada. Rolls-Royce, al considerar que la actuación de su competidor presumía una explotación de la buena reputación de la marca Rolls-Royce, con la finalidad de promocionar los artículos de la parte demandada.

De este pronunciamiento se pueden obtener dos conclusiones interesantes: la primera es que se amplió por el legislador el terreno de aplicación de casos de «aprovechamiento de reputación ajena» a supuestos en que los productos o servicios no son idénticos ni siquiera semejantes, donde el legislador apreció que la deslealtad radica en que se utilizó por el demandado un servicio ajeno de conjunto con el propio para garantizar su éxito publicitario; la segunda conclusión radica en que el legislador apreció la relación de competencia

Esta postura jurisprudencial continuó con otros casos, aunque hay que señalar que esta línea jurisprudencial no ha sido una vía jurídica plenamente fijada. Los enfoques doctrinales comenzados con los casos Rolls-Royce y Dimple originó que la doctrina y jurisprudencia mantuvieran dos posiciones incompatibles; una opuesta y la otra más propicia. En el primer caso, la salvaguardia de una marca más allá de los límites del derecho de marcas, a través del grupo de casos de aprovechamiento de la reputación ajena, admite la formación de nuevos derechos de exclusión ajenos a lo pronosticado por el legislador. La segunda postura motivaría la superioridad de las valoraciones de las normas contra la competencia desleal sobre el derecho de marcas, ya que al considerar la protección de la renombrada más allá del terreno tradicional del derecho de marcas, donde se asegura únicamente la función indicadora de origen, se reconoce la posición emblemática de la marca renombrada en el mercado, por lo que constituye un bien económico que se puede explotar de diversas maneras y por lo tanto es factible su protección mediante las normas de competencia desleal.

Conclusiones

- 1.- Los principios que tutelan el derecho marcario fueron en una primera etapa el principio de prioridad en el uso y posteriormente, el de registro y especialidad, aunque en el caso de la marca renombrada no siempre es así.
- 2.- La notoriedad o renombre del signo hace que este supere determinadas prohibiciones absolutas.
- 3.- La notoriedad de la marca dentro del ordenamiento jurídico de los signos distintivos está vinculada a varias funciones.
 - Función indicadora de procedencia
 - Función psicológica
 - Función económica
 - Función de indicativo de calidad
 - Función de reputación o goodwill
 - Función de publicidad entre otras.
- 4.- La tutela de los signos renombrados se hace más evidente y necesaria a partir del desarrollo del marketing y la publicidad.
- 5.- La marca renombrada en su protección rebasa el principio de la especialidad de los ordenamientos jurídicos.
- 6.- La necesidad de proteger eficazmente a las marcas renombradas ha dado lugar en numerosos países, a recoger en sus leyes contra la competencia desleal artículos que protegen a las mismas.
- 7.- Los conceptos de marca notoria y marca renombrada suelen confundirse en ocasiones pero tienen concepciones diferentes.
- 8.- Existen diversas teorías tanto jurídicas como económicas que defienden la protección de las marcas renombradas.
- 9.- La transferencia de la marca puede generar un tráfico de reputación beneficiosa o no para el titular y el tercero que la use.
- 10.- La pluralidad de componentes que determinan el auge de una transferencia de reputación mediante el uso de una marca renombrada muestran que de no haber una esmerada atención a ellos no se produciría esta.
- 11.- La defensa auténtica de la marca renombrada debe instrumentarse a partir de la evolución de las limitaciones del sistema de marcas tradicionales. La tutela no ha de ser indiscriminada ni favorecer la creación de monopolios absolutos sobre la marca renombrada.
- 12.- La protección de la marca renombrada puede realizarse a partir de diversos criterios

doctrinales y jurídicos, que se complementan entre sí, bien sea mediante su inclusión en las leyes del derecho marcario o acudiendo a las normas de competencia desleal.

Bibliografía

- Baeumer, L. «La Protection de la marque de haute renommée en droit français et allemand» RIDC, 1962, pág. 549
- Casado, Cerviño Alberto. Derecho de Marcas y Protección de los Consumidores, Editorial Tecnos, 2000
- Fernández, Novoa, Carlos. Tratado sobre Derecho de Marca Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2001
- Monteagudo, Monteano. La Protección de la Marca Renombrada, Editorial Civitas, 1995
- Uria, Rodrigo. Derecho Mercantil, Editorial Félix Varela, 2006
- Anónimo «La marca».
- Anónimo. «La marca», Editorial Enciclopedia Libre, 2006.
- Francia, Adriana. «Las marcas, un capital a desarrollar y proteger»

Apuntes del sitio web de la ompí

Una marca es un signo distintivo que indica que ciertos bienes o servicios han sido producidos o proporcionados por una persona o empresa determinada. Su origen se remonta a la antigüedad, cuando los artesanos reproducían sus firmas o «marcas» en sus productos utilitarios o artísticos. A lo largo de los años, estas marcas han evolucionado hasta configurar el actual sistema de registro y protección de marcas. El sistema ayuda a los consumidores a identificar y comprar un producto o servicio que, por su carácter y calidad, indicados por su marca única, se adecua a sus necesidades

Las marcas

¿Cómo actúa una marca?

Una marca ofrece protección a su titular, garantizándole el derecho exclusivo a utilizarla para identificar bienes o servicios, o a autorizar a un tercero a emplearla a cambio de un pago. El período de protección varía, pero una marca puede renovarse indefinidamente más allá del plazo límite del pago de las tasas adicionales. Los tribunales hacen respetar la protección de las marcas y, en la mayoría de los sistemas, tienen la potestad de sancionar la infracción de las marcas.

En un sentido amplio, las marcas promueven la iniciativa y la libre empresa en todo el mundo, y recompensan a sus titulares con reconocimiento y beneficios financieros. La

protección de marcas obstaculiza, asimismo, los esfuerzos de los competidores desleales, —entiéndase también falsificadores— por utilizar signos distintivos similares para designar productos o servicios inferiores o distintos. El sistema permite a las personas con aptitudes e iniciativa producir y comercializar bienes y servicios en las condiciones más justas posibles, con lo que se facilita el comercio internacional.

¿Qué tipo de marcas pueden registrarse?

Las posibilidades son prácticamente ilimitadas. Las marcas pueden consistir en una palabra o en una combinación de palabras, letras y cifras. Pueden consistir asimismo en dibujos, símbolos, rasgos en tres dimensiones como la forma y el embalaje de bienes, signos auditivos como la música o sonidos vocales, fragancias o colores utilizados como características distintivas.

Además de las marcas que identifican el origen comercial de bienes y servicios, existen otras categorías. Las marcas colectivas son propiedad de una asociación cuyos miembros las utilizan para identificarse con un nivel de calidad y otros requisitos establecidos por la asociación. Ejemplo de dichas asociaciones son las asociaciones de contables, ingenieros o arquitectos. Las marcas de certificación se conceden a un producto que satisface determinadas normas, pero no se restringen a los miembros de organizaciones. Pueden ser concedidas a cualquiera que pueda certificar que los productos en cuestión satisfacen ciertas normas establecidas. Las normas de calidad aceptadas internacionalmente «ISO 9000» son un ejemplo de estas certificaciones ampliamente reconocidas.

¿Cómo se registra una marca?

En primer lugar, debe presentarse una solicitud de registro de una marca en la oficina de marcas nacional o regional apropiada. Esta debe contener una reproducción clara del signo que desea inscribirse, incluyendo los colores, las formas o los rasgos tridimensionales. La solicitud debe contener asimismo una lista de los bienes o servicios a quienes se aplicará el signo. El signo debe satisfacer ciertas condiciones para poder ser protegido como marca registrada o cualquier otro tipo de marca. Debe ser inconfundible, de manera que los consumidores puedan identificarlo como atributo de un producto particular, así como distinguirlo de otras marcas que identifican a otros productos. No debe inducir a engaño a los consumidores, defraudarlos ni infringir la moralidad o el orden público.

Finalmente, los derechos que se solicitan no pueden ser los mismos, o similares, que los derechos que hayan sido concedidos a otro titular de una marca. Esto puede determinarse

mediante la investigación y examen por parte de la oficina nacional o mediante la oposición de terceros que reivindican derechos similares o idénticos.

¿Cuál es el alcance de protección de una marca?

La mayoría de los países del mundo registran y protegen las marcas. Cada oficina nacional o regional mantiene un Registro de marcas que contiene toda la información relativa a los registros y renovaciones que facilita el examen, la investigación y la oposición eventual por parte de terceros. No obstante, los efectos de este registro se limitan al país (o, en el caso de un registro regional) a los países concernidos.

A fin de evitar el registro de la marca en cada oficina nacional o regional, la OMPI administra un sistema internacional de registro de marcas. Este sistema está administrado por dos tratados, el Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas y el Protocolo de Madrid. Una persona que tiene vínculo (por medio de la nacionalidad, el domicilio o el establecimiento) con un Estado parte en uno o ambos de estos tratados puede, sobre la base de un registro o solicitud en la Oficina de marcas de dicho Estado, obtener un registro internacional que sea efectivo en alguno o todos de los países de la Unión de Madrid. Actualmente, más de 60 países son parte en uno o ambos de los acuerdos.

Derecho Penal y Criminología

EL FENÓMENO DEL LAVADO DE DINERO. ESTUDIO PARA SU CARACTERIZACIÓN EN EL CONTEXTO CUBANO.

The money laundering. Characterization in the Cuban context.

Dra. Diana Hernández de la Guardia

Profesora Auxiliar y especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

Dr. Antonio Lores González

Ministerio del Interior

Lic. Gustavo Castillo Blatt

Ministerio del Interior

Resumen:

El fenómeno del lavado de dinero emerge dentro del contexto delincuencia internacional como una manifestación muy grave, que permite la perpetuación de actividades ilícitas vinculadas al crimen organizado así como el enriquecimiento de sus ejecutores.

Buscando una aproximación al conocimiento de la situación que confrontamos en Cuba, en relación tanto a la posible presencia del fenómeno de lavado de dinero como a la información que sobre el tema deben tener los funcionarios encargados de prevenirlo y combatirlo, se ha planteado la realización de una investigación cuyo fin principal será descubrir y prevenir las principales manifestaciones de lavado de dinero en Cuba.

Palabras clave: Lavado de dinero, blanqueo de capitales, reciclaje, detección, prevención, derecho penal, criminología, Cuba

Abstract:

The phenomenon of money laundering emerges inside the context international as a very serious manifestation that allows the perpetuation of illicit activities linked to the organized crime as well as the enrichment of its executioners.

The investigation looking for an approach to the knowledge of the Cuba's situation, about the possible presence of money laundering's phenomenon. Also the information about the

El fenómeno de lavado de dinero...
topic must know the functionaries to prevent, researching it and combating i., Its principal purpose will be discovering and preventing the principals manifestations of money laundering in Cuba.

Key words: Money laundering, recycling, detection, prevention, penal law, criminology, Cuba.

Introducción

A raíz del combate de modalidades delictivas vinculadas al crimen organizado, ha surgido la inexorable opción de reprimir también las conductas derivadas de esas actividades ilícitas graves, entre las que aparece esencialmente, el **lavado de dinero**.

Nuestro país, consciente de la importancia de sancionar los actos de lavado, ha creado un andamiaje jurídico esencial, capaz de dar respuesta a las posibles violaciones de la legalidad que se presenten, sin embargo, no se constata que tal articulado tenga una extendida aplicación.

Buscando una aproximación al conocimiento de la situación actual que confrontamos en el país, en relación tanto a la posible presencia del fenómeno de lavado de dinero en nuestro entorno, como a la información que sobre el tema deben tener los funcionarios encargados de prevenirlo y combatirlo, se realizará una investigación durante el término de tres años, pues no hemos encontrado trabajo investigativo que no de manera directa, o de forma mediata, trabaje el tema del lavado de dinero.

Ni siquiera contamos con información de que al menos se haya sancionado a un sujeto por ese delito, aunque tal posibilidad no se excluye y requiere ser analizada a profundidad.

En algunos congresos internacionales de Ciencias Penales celebrados en Cuba han sido presentados trabajos que abordan desde diferentes prismas teóricos el tema del lavado de dinero, pero no hemos hallado ninguno vinculado al objeto de estudio trazado.

Por ello ha sido aprobado en el Centro de Investigaciones Jurídicas un Diseño Investigación aplicada bajo el título: **“Caracterización del fenómeno de lavado de dinero en Cuba”**, la cual puede ser enmarcada como un proyecto institucional, porque surge a partir de intereses manifiestos de una entidad del Ministerio del Interior, específicamente, del Instituto Superior del MININT Eliseo Reyes Rodríguez, “Capitán San Luis”, que se presenta como cliente del Centro de Investigaciones Jurídicas del MINJUS, por lo que se realizará de conjunto entre ambos organismos. Tendrá un contenido transdisciplinario, pues abordará temáticas presentes en diferentes ciencias, como la Criminología, la Criminalística y el Derecho Penal.

1. Fundamentación del problema a investigar

El dinero blanqueado no procede únicamente de las drogas, ya que puede tener su origen en otras actividades ilícitas graves, pero precisamente a partir de esta variante, fueron constatadas incipientemente las manifestaciones de lavado de dinero, que por demás, y para darle más credibilidad al acto de licitar bienes de fuentes ilegales, hubo de trascender más allá de las fronteras de las naciones en que ocurría, con el claro interés de hacer perder todo rastro que delator de su turbio origen.

La entrada de fondos ilícitos reporta ventajas a la economía de cada país¹. Trae empleo y una actividad comercial propia, a la vez que garantiza el mantenimiento del negocio ilícito y el lavado de dinero.

Pero paralelamente las conductas de lavado de dinero ocasionan graves perjuicios, pues afectan el normal desenvolvimiento de las relaciones de mercado, originan la pérdida de confianza en las instituciones financieras y no financieras, engendran corrupción, perjudican el adecuado funcionamiento de las instituciones estatales, pueden llegar a poner en serio peligro la seguridad de los estados, etc.

¹ Como por ejemplo, Costa Rica, BLANCO CORDERO, ISIDORO; *El delito de blanqueo de capitales*, págs. 168-169, o los países andinos. FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.; *El delito de blanqueo de capitales*, pág. 210.

Esas negativas consecuencias han llevado a decidir la represión de tales conductas, pues además, de permitirse actos de lavado de dinero se estaría indirectamente promocionando las actividades delictivas de las organizaciones transnacionales dedicadas al crimen, las cuales gozarían de complacencia para legitimar sus caudales ilícitos.

Las ganancias del crimen organizado son cuantiosas, tanto que han hecho necesario que se combata no sólo el fenómeno delincuencia en sí sino también el derivado de sus ventajas económicas, donde se encuentra el lavado de dinero, implicando al estado y hasta a las entidades privadas² en la realización de esa política.

Los estimados acerca del monto a que ascienden los activos que son objeto de lavado de dinero en el ámbito mundial son bastantes inexactos y oscilantes³, pero lo cierto es que mueven grandísimas sumas de las que se recupera un por ciento muy bajo⁴.

Tanta cantidad de dinero de origen ilícito no puede utilizarse cuando aún está fresco su origen. Los fastuosos beneficios obtenidos de la realización de actividades ilegales tienen que “limpiarse” y quedar libres de todo vestigio que señale su oscura procedencia. Para eso existe una vía compuesta de muchos mecanismos pero que obedece a una sola definición: el lavado de dinero.

Por otra parte, y resulta lo más peculiar, al decir de Hamilton Fazey, experto de Naciones Unidas, nosotros conocemos cómo ocurren las relaciones mercantiles lícitas, pero sabemos muy poco o casi nada sobre cómo se procede en el mundo ilícito. Debido a ello, y para contribuir eficazmente a la detección y evitación de tales conductas, es necesario que se dominen completamente los mecanismos de que se vale la delincuencia para introducirse en el mundo de los negocios y hacer efectivos sus propósitos.

² “La lucha contra el lavado es un caso particular de represión del crimen en la medida en que el Estado delega una parte de sus poderes a las instituciones bancarias y financieras, estimulando así su cooperación para la vigilancia de las operaciones financieras y la detección de las transacciones realizadas por los narcotraficantes. A tal efecto, la ley prevé sanciones contra las entidades bancarias y financieras que no presten su colaboración a las autoridades judiciales”. KOPP, PIERRE; “Dinero de la droga y lavado financiero”, pág. 86. GONZALEZ MONGUI, PABLO ELÍAS; GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS; “Evaluación y proyección jurídica del lavado de activos”, pág. 58.

³ Por ejemplo, Escobar lo sitúa en el orden de los 85 000 millones de dólares al año. (Escobar, Raúl Tomás, *El crimen de la droga*, pág. 392) y Neuman entre los 200 a 300 millones. (Neuman, Elías, *La legalización de las drogas*, pág. 175).

⁴ En documento de Naciones Unidas se sitúan entre los 300 000 y los 500000 millones de dólares anuales, pero refieren que apenas se incautan unos 500 millones. Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito, *Programa Mundial de Naciones Unidas contra el blanqueo de dinero*, Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, Nueva York, 1999, págs. 4 y 21. También CHOISEUL-PRASLIN, Ch. H; “El papel de la represión sobre el mercado de las drogas”, pág. 67.

Ello es debido a las muy diversas formas en que esta tipicidad delictiva puede afectar los bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, planteándose que han sido detectadas unas ciento cincuenta variantes de cometer el delito, sin que con esa relación se lleguen a agotar todas las posibles formas en que puede hacerse patente. Sin embargo, el blanqueo de dinero, como delito, puede considerarse una tipología de reciente creación, aunque las conductas consideradas como de blanqueo de bienes no son un fenómeno propio únicamente de los tiempos presentes, ya que desde antaño muchas fortunas realizadas sobre la base de actividades ilícitas, buscaron la forma de darle a los bienes la apariencia de una absoluta licitud, con maniobras de típico lavado, sin olvidar que también, ha sido utilizado el lavado por gobiernos legítimamente constituidos⁵.

En estos momentos, la comunidad internacional ha ganado conciencia de las graves consecuencias que entrañaría la mera tolerancia de tales actividades, iniciándose un combate de esta modalidad, que comprende la adopción de instrumentos jurídicos en muchos países, tanto de corte administrativo, internacional, o penal.

El sistema económico social cubano, de tipo socialista, de manera general no resulta favorable a tales ilícitos propósitos, aunque las necesarias modificaciones en la economía introducidas a principios de la década de los 90 pueden propiciar sin dudas, la realización de este delito, y fue por ello que ya desde 1999, mediante la Ley 87 modificativa del Código Penal, se estableció el delito de lavado de dinero. Además, nuestro país ha instrumentado certeras políticas preventivas en el ámbito bancario para combatirlo desde un prisma administrativo.

Pero es ostensible que no basta con tener el andamiaje jurídico esencial que permita castigar esas conductas. Es preciso además, que esas regulaciones no se conviertan en “letra muerta” por su inaplicabilidad, en beneficio de los ejecutores de tales formas delictivas. Para evitar que ello suceda, es necesario capacitar a los funcionarios encargados de detectarlas, y esencialmente, al personal policial. Máxime si toda la información con que contamos es de carácter bibliográfico, en tanto, no tenemos investigaciones empíricas acerca de esta temática y además, nuestro país se encuentra rodeado de un extenso grupo de paraísos financieros siendo algunas características de nuestra economía –como por ejemplo,

⁵ Se cita el caso de Alemania e Italia que vendían oro a Suiza durante la Segunda Guerra Mundial para conseguir divisas que requerían para el comercio (Neuman, Elías, *La legalización de las drogas*, pág. 181, tomado de Siegler, Jean; *Suiza lava más blanco*).

la utilización de divisas en transacciones comunes, la frecuente realización de actividades comerciales en moneda líquida, la preponderancia del turismo en la economía nacional, etc.- afines a las de ellos.

En correspondencia con lo expresado, elaboramos el siguiente problema de investigación: ¿Cómo descubrir y prevenir las principales manifestaciones de lavado de dinero en Cuba?, para el que se trazó un objetivo general: Determinar los elementos que permitan la prevención y detección de actos de lavado de dinero con el objeto de contribuir al enfrentamiento de esta actividad delictiva, y cinco objetivos específicos: 1. Valorar el conocimiento que tienen algunos funcionarios sobre el tema de lavado de dinero; 2. Determinar las insuficiencias de las normas penales, financieras y administrativas que puedan favorecer la impunidad de actos de lavado de dinero; 3. Identificar las principales manifestaciones prácticas y modalidades legales en que puede hacerse patente el delito de lavado de dinero según el contexto económico-social cubano y el ordenamiento jurídico; 4. Delimitar las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades con que cuenta el país para enfrentar este delito y 5. Elaborar un producto de dos finalidades: una teórica (base material de estudio) para la enseñanza del tema de lavado de dinero; y otra práctica (instructivo) que permita a funcionarios identificar y detectar de manera rápida y certera la ocurrencia de actos de lavado de dinero.

2. Importancia y utilidad de la investigación para diferentes organismos

El Instituto Superior del MININT Eliseo Reyes, consciente de la importancia de conocer el fenómeno del narcotráfico y las conductas nocivas que genera, ha creado una cátedra que específicamente se ocupa de atender la temática de las drogas. Tal intención se complementa con la actividad que desarrolla el Ministerio de Justicia, que en Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros⁶, se decidió que presidiera la Comisión Nacional de Drogas, que está integrada por representantes de diferentes organismos, entre los que se encuentra el Ministerio del Interior.

⁶ Acuerdo de 18 de junio de 1998, Gaceta Oficial Ordinaria No. 36 de 13 de julio de 1998, página 613.

Pero además, los resultados de esta investigación tributarían a otras instituciones que de una forma u otra también pueden estar relacionadas con el combate y prevención de tal fenómeno, como por ejemplo a:

- La Fiscalía General de la República, pues serviría a los fiscales para comprender mejor esta tipicidad delictiva y las formas en que ocurre.
- Los Tribunales, pues a los efectos de una correcta impartición de justicia debe ser conocido a profundidad este fenómeno y las peculiaridades de su regulación penal.
- El Ministerio de Comercio Exterior, el Banco y la Cámara de Comercio, porque son tres entidades que pueden hacer porque no proliferen actos de lavado de dinero en el país, en la medida en que conozcan mejor las formas en que ocurre y diseñen mecanismos básicamente preventivos al respecto.
- Igualmente serviría para los centros de enseñanza, tanto superior como especializada, entendiéndose cursos de regulares o de postgrado en los que participaran trabajadores bancarios, del comercio exterior, etc., así como para dirigentes y cuadros, los cuales deben familiarizarse con esta tipicidad.

3. Presupuestos teóricos esenciales:

Para abordar el tema de la investigación es preciso adentrarnos en un conjunto antecedentes, de definiciones, etc., que permitirán comprender mejor el fenómeno estudiado y delimitar criterios al respecto.

Como elementos previos es favorable conocer que en el contexto jurídico cubano, el surgimiento del delito de lavado de dinero no tuvo características similares a las acaecidas en el entorno europeo, cuyo origen estuvo muy influenciado por la recomendación de penalización de la normativa internacional.

En Cuba, la relevancia de las graves consecuencias que trae consigo la ocurrencia de este tipo penal, aconsejaron su regulación, no a partir del apremio internacional por sancionar tales conductas, sino porque las normas administrativas, adoptadas previamente, resultaban insuficientes para coactar la ejecución de tan graves conductas.

Por tal razón, a raíz de las regulaciones contenidas en la Ley No. 87 de 16 de febrero 1999, se estableció el delito de Lavado de dinero de la forma en que sigue:

Artículo 346.1. El que adquiriera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de armas o de personas, o relacionados con el crimen organizado, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

2. En igual sanción incurre el que encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los delitos referidos en el apartado anterior.

3. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

4. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.

5. A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.

Conjuntamente con este tipo penal, existen normas establecidas para combatir el fenómeno desde un prisma administrativo, donde sobresale la Resolución No. 91 de 1997⁷, de 19 de marzo de ese año del Banco Nacional de Cuba, se estableció la “Guía a los integrantes del sistema bancario nacional para la detección y prevención del movimiento de capitales ilícitos”, a través de la cual se dictan pautas muy explicativas acerca de cómo han de proceder los empleados bancarios frente a transacciones financieras sospechosas.

En relación con el término de lavado de dinero existen muy variadas definiciones, pero a los efectos de brindar una, lo consideramos como **el proceso mediante el cual se pueden ejecutar variadas acciones con el fin de incorporar íntegramente al sistema económico**

⁷ Gaceta Oficial Ordinaria Número 10 de 18 de abril de 1997, págs. 146-150.

ilícito, aquellos bienes que tuvieron su origen en delito y que gracias a este proceso deberán alcanzar un definitivo aspecto de legitimidad.

Los conocimientos que deben poseer los funcionarios sobre el fenómeno de lavado de dinero estarán dirigidos primordialmente a caracterizar al delito en cuanto a:

- ◇ **Manifestaciones** o formas en que tal tipicidad delictiva se puede hacer palpable en nuestra sociedad.
- ◇ **Modalidades** penales en que puede ocurrir.
- ◇ **Legislación** existente sobre la materia.

Las principales **manifestaciones** de lavado de dinero que consideramos pueden ser encontradas en el país, se referirán a:

- ◇ El fraccionamiento (structuring/smurfing)
- ◇ La complicidad con el Banco
- ◇ La compra de bienes suntuosos
- ◇ La utilización de zonas francas
- ◇ La transportación de dinero en metálico
- ◇ Los cambios de moneda
- ◇ La compraventa de inmuebles
- ◇ La mezcla de fondos lícitos con los ilícitos
- ◇ Las transferencias electrónicas de los fondos
- ◇ La utilización de contadores, notarios y abogados
- ◇ El canje de bienes
- ◇ Las empresas pantalla
- ◇ Los centros promotores y distribuidores de películas o representaciones artísticas
- ◇ Las empresas aseguradoras
- ◇ Los negocios con obras de arte
- ◇ El leasing y el factoring
- ◇ El envío de remesas familiares

Las **modalidades** en que el delito de lavado de dinero se configura estarán encauzadas a partir de la tipología penal cubana, cuyo articulado ya fue esbozado, y que puede desmembrarse en:

- ◇ Características de los culpables (sexo, edad, ocupación, antecedentes penales)

- ◇ Delitos de los que proviene (tráfico de drogas, de armas, de personas, crimen organizado)
- ◇ Acciones típicas (adquirir, convertir, transferir, encubrir e impedir que se conozca el origen de los bienes ilícitos)
- ◇ Modus operandi (según **manifestaciones** del delito)

Cuando nos referimos al **ordenamiento jurídico** positivo estamos hablando del conjunto de normas que regulan la vida social del país, pero que a los efectos del trabajo estará referido a las regulaciones:

- ◇ Penales, según artículo 301 del Código Penal
- ◇ Financieras, a partir del conjunto de normas de obligatoria observancia para este sistema destinadas a evitar que en el país ocurran maniobras de lavado.

Contexto económico social: ordenamiento de la sociedad que bajo lineamientos de un sistema socialista de producción rige la vida comercial del país, pero que ha incorporado ciertas modificaciones de contenido capitalista para insertarse en el comercio mundial.

Instructivo: indicaciones explicativas acerca del fenómeno de lavado de dinero y su regulación, el cual se realiza con una redacción didáctica y fines explicativos, para facilitar orientar el trabajo de detección de esta compleja modalidad delictiva.

Metodología o lineamientos básicos para la enseñanza del tema: conjunto de pautas de carácter general contentivas de los principales aspectos que caracterizan el fenómeno de lavado de dinero para facilitar la enseñanza del tema.

Por su extensión, sólo introduciremos las **principales manifestaciones en que puede ocurrir el lavado de dinero en Cuba:**

El fraccionamiento (structuring/smurfing)

El fraccionamiento como tal ocurre mediante el structuring y el smurfing. La diferencia entre structuring y el smurfing, estriba en que en el primero se depositarán los capitales en cantidad inferior a la que se requiere para prestar la declaración, y en el smurfing se adquirirán instrumentos financieros en cantidades inferiores también a las fijadas.

La complicidad con el Banco:

Puede darse el caso que los empleados bancarios se vean por distintas razones comprometidos con los criminales, haciendo más fácil realizar las maniobras de colocación. Muchas veces los lavadores han encontrado colaboradores entre los empleados bancarios, mediante el pago de dinero, pero en otros los han conminado a prestar sus servicios bajo presión.

Uso exagerado de las posibles excepciones para identificar al cliente o declarar el origen del depósito.

Precisados por el incremento de actividades delictivas que utilizan a los bancos como medio insustituible para realizarlas, estas instituciones se han visto obligadas a dar un vuelco en sus reglamentaciones. De este modo, no sólo contribuyen a prevenir este tipo de sucesos, sino que además, se protegen a sí mismas preservando su reputación y estabilidad. Pero a veces no reportan todos los posibles casos de lavado, contribuyendo a que ocurra.

Compra de bienes suntuosos

Con el dinero obtenido se adquieren valiosas propiedades, como pueden ser autos de lujo, bienes inmuebles, aviones, yates y hasta animales exóticos.

Utilización de zonas francas

En América, la zona más conocida es la Zona Libre de Colón, en Panamá, donde en una operación que fuera realizada por la Policía Montada del Canadá se detectó que allí había “166 empresas que lavaban dinero de procedencia dudosa”.

Transportación de dinero en metálico

Implica el traslado físico del dinero hacia distintos destinos. Es un mecanismo muy sencillo, y comporta pocos riesgos, pues ante el aumento de las transacciones comerciales no puede chequearse toda la carga que se transporta, por lo cual se utiliza bastante.

Cambios de moneda

Los cambios de un tipo de moneda por otra se pueden verificar principalmente en bancos o en casas de cambio, muchas de las cuales se encuentran cerca de fronteras o en zonas turísticas; en otras ocasiones, el canje se realiza en un tercer país. Los cambios permiten a veces obtener un precio superior.

La compraventa de inmuebles

Para la realización de esta forma generalmente se utilizan sociedades interpuestas a las que se les compra el bien, que luego puede ser vendido, a precios ficticios. Otras veces se ha detectado la vinculación del delito organizado a la construcción de grandes edificios o al alquiler de apartamentos, que aunque permanezcan vacíos garantizan el blanqueo.

La mezcla de fondos lícitos con los ilícitos.

Las posibilidades de detección se dificultan aún más si ocurre en un territorio donde la mayoría de las empresas operan normalmente en el mercado legal y en el ilegal. Hoy el dinero sucio y el limpio se logran mezclar de forma que se hace muy difícil deslindarlos.

Comisionistas, Agentes de bolsa, Bolsas de Valores

Si se compran bonos, títulos y acciones en mercados bursátiles con los bienes producto de delito, se garantiza la introducción de 'estos dentro del mundo financiero. Como los valores pueden ser comprados en cualquier país del mundo, se pueden trasladar los fondos sin complicaciones, ya que garantizan el anonimato.

Realizar transferencias electrónicas de los fondos

Por este medio se considera que ocurren principalmente los ensombrecimientos de los fondos, ya que dado el volumen del mercado internacional y la necesidad de que las

actividades comerciales se realicen en el menor tiempo posible, se está utilizando cada vez más el vehículo electrónico, con el que se mueven sustanciosas cantidades de dinero de un país a otro en cuestión de segundos.

Utilización de contadores, notarios y abogados

Estos especialistas pueden ser utilizados en la realización de distintas operaciones comerciales (compraventas o donaciones de bienes, acciones, empresas, etc.) donde pueden romper el vínculo directo de esos bienes con el real propietario, pudiendo fungir incluso como testaferros⁸.

Canje de bienes

Aunque no es muy frecuente, se han reportado algunos casos en que el producto ilícito es intercambiado por otro de similar o de menor valor.

Empresas pantalla

La generalidad de las operaciones que ejecuta son ficticias, es decir, realiza transacciones inexistentes pero con ello mueve volúmenes de ganancias que va legalizando. Utilizan el apoyo bancario, que obtiene casi siempre por medio de un banco del país en que se constituyó la entidad.

Centros promotores y distribuidores de películas o representaciones artísticas

Los interesados en el blanqueo al utilizar este método se apoyan en la dificultad que genera controlar efectivamente y con entera exactitud la cantidad de personas asistentes a los espectáculos artísticos en general, para ingresar fondos ilícitos con la justificación de que son fruto de la participación popular a esos actos.

Confección de facturas falsas por las entidades de exportación o importación

⁸ En Colombia ha sido tan notoria esta posibilidad que ha sido tipificado como delito el testaferro. ALCALÁ ARÉVALO, IVONNE y CASTELLANOS CASALLAS, JAIME RODOLFO; "El lavado de activos", ob. cit., pág. 108. GARZÓN SABOYÁ, EDGAR ALFREDO; "Aspectos legales y praxis del narcotráfico y lavado de dinero", pág. 352.

Esta vía también ha sido utilizada en la medida que se presta para encubrir dinero lavado, al punto que algunos países han decidido la represión penal de esta conducta⁹.

Loterías, centros de juegos, casinos

Como son centros que generan una gran cantidad de dinero líquido son utilizados por los lavadores frecuentemente.

Empresas aseguradoras

Poco analizada esta variante, quizás porque “no es precisamente el producto de seguros el más útil para los lavadores de dinero”, ha sido también contemplada entre las que pueden ser susceptibles de cierta atracción por los blanqueadores.

Adquisición de entidades privadas

Aunque este mecanismo está siendo duramente seguido por los medios policiales, se valen del falseamiento de la información y la documentación para dar cobertura a las operaciones de lavado, lo que puede realizarse también en terceros países, lo que pasaría a constituir una suerte de “inversión extranjera”.

Negocios con metales, piedras preciosas, obras de arte

Con el dinero obtenido se adquieren estos bienes que pueden constituir un medio de cambio¹⁰, y que además tienen la ventaja de su fácil transportación.

Contrabando

El dinero se emplea en los países en los que se vende el producto ilícito, por ejemplo, la droga, o en el país de lavado a través del mercado negro de divisas y mercancías de los países productores, para adquirir bienes materiales que se introducen ilegalmente en el

⁹ Artículo 310 del Código Penal Colombiano: “El que con el fin de obtener un provecho ilícito de origen oficial simule exportación o importación, total o parcialmente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹⁰ Se cita el caso de Uruguay “donde exportar o importar oro era absolutamente legal y carecía de control desde 1979, aunque el país no producía ni un solo gramo”. PASQUINI, GABRIEL y MIGUEL, EDUARDO DE; *Blanca y radiante: mafia, poder y narcotráfico en la Argentina*, pág. 106.

país, por lo que se recibirá, además de la ganancia por la evasión de los impuestos, un capital en la moneda del país.

Tergiversación de la fuente de los bienes

Se hace la conversión del dinero en instrumentos tales como pagarés, letras de cambio, bonos, acciones, cheques, etc., que garantizan la transmisibilidad y secretividad del titular.

Financiación de campañas políticas, corrupción, sobornos, chantajes, extorsión

Estas son formas de lavado muy sui géneris, ya que el producto que se invierte no regresa directamente al delincuente como en los restantes casos, sin embargo, constituye una suerte de “inversión a largo plazo”, que les facilita la tranquila realización de todas las actividades antes descritas, así como aquellas que constituyen el núcleo esencial de su ocupación.

Utilización de órganos judiciales

En las maniobras de lavado se ha relatado que los delincuentes han recurrido incluso a la actividad de los tribunales para legalizar fondos. Para ello inventan daños y perjuicios falsos, o se valen de los cheques y pagarés cuando en la legislación no se obliga a declarar sobre su origen¹¹.

Financiación de la deuda externa, venta de empresas públicas

Aparece como consecuencia de la necesidad que tienen los países pobres de ingresar capitales, debido a lo cual están negociando su deuda externa. Como dan facilidades a los inversores, estas son impudicamente aprovechadas por los lavadores¹².

¹¹ “Tanto el cheque como el pagaré son incausados, es decir, no se obliga a aclarar la causa ni el origen de la deuda. El ardid es simple: se necesitan dos partes de acuerdo. Una reclama el pago judicial y la otra se ‘allana’ y paga. Así de simple. Con tantos juzgados y jurisdicciones resulta imposible detectarlos”. ESCOBAR, RAÚL TOMÁS; *El crimen de la droga*, pág. 397.

¹² ... “Se apresuraron los negocios de privatizaciones con socios que enmascararan su identidad. Ya sea mediante el otorgamiento de licencias a cambio de la venta de títulos de la deuda externa, o la formación de pools de compradores de bonos estatales, a los que se les asegura el anonimato, han aparecido reiteradamente huellas de la participación del narcotráfico en la financiación de los principales objetivos económicos de las orientaciones neoliberales”. BLIXEN, S.; “El negocio de la droga: socio del neoliberalismo”, ob. cit., pág. 110. SINGH, N. K.; “New money-laundering threats for emerging economies”, en *Attacking*

Según hemos analizado, somos de la opinión que no deben ocurrir en nuestro país maniobras de lavado de dinero con modalidades como:

los trusts, la usura, la financiación de peleas de boxeo o carreras de caballos, la adquisición de entidades en quiebra, el uso exagerado de las posibles excepciones para identificar al cliente o declarar el origen del depósito, Comisionistas, Agentes de bolsa, Bolsas de Valores, Loterías, centros de juegos, casinos, Centros promotores y distribuidores de películas o representaciones artísticas, Adquisición de entidades privadas, Negocios con metales, piedras preciosas, Financiación de campañas políticas, corrupción, sobornos, chantajes, extorsión, Utilización de órganos judiciales, Financiación de la deuda externa, venta de empresas públicas, etc.

Aún cuando apenas se ha hecho un esbozo del tema, se puede constatar la complejidad del mismo, de lo que se deriva la importancia de dominar la temática para poder abarcar todo el fenómeno en su justa extensión. Si no se conoce cómo se puede realizar el delito, es muy posible que esté ocurriendo ante nosotros y no sea detectado.

La novedad, actualidad e importancia de esta investigación está avalada por la ausencia de otros estudios sobre el tema. Únicamente se puede acceder a la temática de manera teórica y a través de las monografías citadas en la bibliografía que versan sobre el lavado de dinero, esencialmente las de Fabián Caparrós, Del Carpio Benítez, Blanco Cordero, Aránguez Sánchez, etc.

En cuanto al material legislativo, no se hará pronunciamiento en cuanto al artículo reflejado en el Código Penal, que ya consta, sino que se reseñarán las principales normas de índole financiera vigentes hasta el momento. Ellas son:

Resolución No. 91. “Guía a los miembros del sistema nacional bancario para detectar y prevenir el movimiento de capital ilegal”. 1997.

Instrucción No. 1. “Guía para los miembros del sistema nacional bancario para detectar y prevenir movimientos de capital ilegal (lavado de dinero)”. 20-2-1998.

Acuerdo No. 115. “Sobre las regulaciones que establecen un mínimo de capital para iniciar operaciones”. 1998.

Acuerdo No. 116. “Sobre la constitución de reservas legales para contingencias o pérdidas posibles futuras”. 1999.

Acuerdo No. 186. “Reglas de Concentración en Riesgo”.1999.

Acuerdo No. 227. “Sobre las reglas para garantizar préstamos de personas naturales y jurídicas vinculadas a la dirección o propiedad de instituciones financieras”.

Instrucción No. 2. “Reglas para los miembros del sistema nacional bancario para detectar y prevenir actividades ilegales en pagos”. 26-4-1999.

Acuerdo No. 223-A. “Medidas contra instituciones que violan regulaciones prescritas por el Banco”. 2001.

Instrucción No. 2. “Normas para los integrantes del Sistema Bancario Nacional para la detección y prevención de las actividades ilícitas en los cobros y pagos”. 26-4-2000.

Instrucción No. 8. “Estudio de las Regulaciones vigentes sobre el Lavado de Dinero”. 16-4-2001.

Instrucción No. 17. “Normas complementarias para los integrantes del Sistema Bancario Nacional para la detección y prevención de actividades ilícitas en los cobros y pagos a personas naturales y jurídicas” (sustituye a la Instrucción No. 14 de 18-9-2001). 24-1-2002.

Instrucción No. 18. “Modificación a las Normas para los integrantes del Sistema Bancario Nacional para la Detección y Prevención de Actividades Ilícitas en los Cobros y Pagos” (sustituye a la Instrucción No. 16 de 10-12-2001). 7-2-2002.

Resolución No. 27. “Creación del centro de información de riesgo”. 17-12-1997.

Resolución No. 79. “Regulaciones de supervisión bancaria para bancos, instituciones financieras no bancarias y oficinas representativas”. 1998.

Resolución No. 18. "Reglas para los supervisores bancarios relacionadas con auditorías internas e independientes de instituciones bancarias y no bancarias", 1999.

Acuerdo No. 228. “Sobre las regulaciones de crédito clasificado y su aprovisionamiento policial”. 1999.

Acuerdo No. 27. “Regulaciones para el capital adecuado”. 2000

Instrucción No. 8. Establece obligatorias sesiones de estudio de las regulaciones y medidas sobre el lavado de dinero.

Instrucción No. 9. Normas básicas para el control interno de las instituciones financieras.

4. Presupuestos metodológicos:

En esta investigación se obtendrá información de expertos que tengan como características ser estudiosos o haber trabajado con relación al tema, por un período no menor de un año. Pero esta temática tiene poco desarrollo en nuestro país. En consecuencia, habrá pocas personas a quienes entrevistar, por lo que se utilizará la técnica de la “bola de nieve”, en el sentido de interesar de ellos que brinden los datos de otros expertos que puedan también ofrecer sus conocimientos en el enriquecimiento de esta investigación, a los que igualmente se les aplicará la entrevista semiestructurada que se propone. Por tanto, la población estará compuesta por la totalidad de la cantidad de expertos que se obtengan por la técnica de la bola de nieve.

Se proyecta también aplicar un pequeño cuestionario a miembros de la Policía para explorar el nivel de información que tienen sobre esta temática.

Se emplearán diferentes técnicas como:

1. **Análisis de documentos:** Se analizará la estadística nacional de los tribunales a partir del año 1999, según sujetos sancionados por el delito.

También será estudiada la estadística nacional de la Instrucción Policial del Ministerio del Interior a partir del año 1999, según procesos investigativos a presuntos responsables del delito de lavado de dinero

Posteriormente se analizarán las causas que hayan sido incoadas por este delito, así como los expedientes que hayan sido procesados por la presunta comisión de esta tipicidad delictiva, según guía que consta en anexo.

2. **Entrevista:** Se realizará a los expertos en el tema de lavado de dinero.

3. **Encuesta:** Se aplicará a Policías con el propósito de explorar su nivel de información acerca del lavado de dinero.

4. **Matriz DAFO:** Para determinar por medio de la entrevista a expertos las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades con que cuenta el país para enfrentar este delito.

5. **Método exegético:** Para el análisis de la legislación sobre lavado de dinero y la determinación de las insuficiencias que existen y que puedan favorecer la impunidad de estos actos.

Luego de culminada la investigación se espera haber elaborado u obtenido:

1. La relación de las principales manifestaciones actuales y posibles en que puede hacerse patente el delito de lavado de dinero según el ordenamiento económico-social cubano.
2. La identificación de las modalidades penales fundamentales reguladas por el delito de lavado de dinero mediante las que puede hacerse patente.
3. La elaboración de un marco jurídico-penal, financiero y administrativo que recoja las regulaciones previstas y permita mostrar las insuficiencias de que adolece.
4. Una evaluación acerca del conocimiento sobre el tema de lavado de dinero que tienen actualmente los funcionarios vinculados al tema.
5. Los lineamientos e instrucciones (instructivo) que permitan a los agentes del orden y demás funcionarios dominar con más acierto el fenómeno del lavado de dinero y consecuentemente, a raíz de tal conocimiento, operar con mayor efectividad.
6. Una base material de estudio que facilite la enseñanza del tema de lavado de dinero en el Instituto Superior del MININT y en otros centros educacionales del país.

Este proyecto es realizable, ya que se cuenta con suficiente material bibliográfico, los investigadores están vinculados a la temática y la investigación tiene como ventaja que exige muy pocos recursos.

Conclusiones

La **caracterización** del lavado de dinero es necesaria y de gran relevancia si se toma en cuenta que debe redundar tanto en el enriquecimiento del conocimiento del fenómeno del lavado de dinero en sí, como en el del delito establecido en el Código penal cubano, ya que se trata de un tipo muy interesante debido a que se aparta de los esquemas existentes hasta la fecha: se ejecuta de muchas maneras, por lo que sus formas de detección en la realidad no logran estandarizarse totalmente, a lo que se añade que los recicladores están continuamente cambiándolas e innovando otras, de manera tal que se haga enormemente

difícil seguirles el rastro, lo que obliga a los que participan en su combate a una permanente actualización y en ocasiones, a una consecuente especialización. Estos actos ilícitos son muy nocivos, pues generalmente se ejecutan en más de un país, implicando a varios en su seguimiento y demandando una imprescindible cooperación internacional. Además, los daños que ocasiona son tan graves que la comunidad internacional se ha implicado en su lucha, solicitándose a los estados la adopción de regulaciones que penen e impidan su proliferación.

Estas características denotan la importancia de su estudio, lo cual puede verse reforzado por el hecho de que es necesario acercarnos aún más a la comprensión del tipo, ya que es muy difícil enmarcar un acto de lavado de dinero como hecho ilícito en sí, entre otras razones, porque esa misma novedad en la conformación del delito, ha propiciado una serie de interpretaciones y lagunas jurídicas que pueden contribuir a su no aplicación.

Hay que tener siempre muy en cuenta que la riqueza que detentan los grandes ejecutores del delito se utiliza además para corromper y sobornar a los funcionarios estatales, resquebrajando las estructuras de poder e imbricándose cada vez más con el crimen organizado, por lo que también afecta a la economía de las naciones, y contribuye además a garantizar el ciclo productivo de la conducta ilícita inicial, debido a lo cual, tanto las organizaciones internacionales como los estados en particular, aúnan fuerzas en su combate.

Bibliografía

- ABEL SOUTO, MIGUEL;** *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.
- ALIAGA MÉNDEZ, JUAN ANTONIO;** “Un modelo de responsabilidad compartida: la colaboración entre instituciones, entidades y profesionales”, en *Ciencia Policial* No. 63, Dirección General de la Policía, Madrid, mayo-junio 2002.
- ALONSO PÉREZ, FRANCISCO;** *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: aspectos penales y criminológicos, legislación, comentarios, jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2003.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS;** *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.

- ARMAO, FABIO;** *Il sistema mafia: dall'economia, mondo al dominio locale*, Ed. Bollati Boringhieri, Torino, 2000.
- ÁVILA SOLANA, ESTEBAN;** “Las tipologías de blanqueo en España (II): Casos prácticos específicos del blanqueo”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- BLANCO CORDERO, ISIDORO;** *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, Segunda Edición, 2002.
- BRUCHEZ, MARC y BRINDLE, PILAR;** “Sistema de información y de cooperación en Suiza y en el seno de la Unión Europea en la lucha contra el blanqueo de dinero”, en *Diario La Ley*, Año XXIV, Número 5830, 23 de julio de 2003.
- CALLEGARI, ANDRÉ LUÍS;** *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, Livraria do advogado Editora, Porto Alegre, 2003.
- COLECTIVO DE AUTORES;** *Vindicación de Cuba*, Editora Política, La Habana, 1989.
- CHOISEUL-PRASLIN, Ch. H;** “El papel de la represión sobre el mercado de las drogas”, en *Drogas, Desarrollo y Estado de Derecho*, Bilbao, Editorial Universidad de Deusto, 1995.
- DA SILVA, CESAR ANTONIO;** *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*, Libreria Do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001.
- DE MORAES PITOMBO, ANTÔNIO SÉRGIO A.;** *Lavagem de dineiro: A tipicidade do crime antecedente*, Dos Tribunais, Sao Paulo, 2003.
- DE SOUZA NETTO, JOSÉ LAURINDO;** *Lavagem de Dinheiro: Comentários à Lei 9.613/98*, Juruá Editora, Curitiba, 2000.
- DEL OLMO GÁLVEZ, JUAN;** “El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- DELEPIERE, JEAN CLAUDE;** “Estrategias de la delincuencia económica y financiera y lucha contra el blanqueo”, en *Ciencia Policial* No. 63, Dirección General de la Policía, Madrid, mayo-junio 2002.
- DONINI, MASSIMO;** “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- ESCOBAR, RAÚL TOMÁS;** *El crimen de la droga. Tóxicos. Depresores. Estimulantes. Drogadicción. Narcotráfico. Lavado de dinero. SIDA. Mafias. Geoestrategia*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995.
- FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.;** *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, COLEX, 1998.

- FUENTES GONZÁLEZ, GABRIEL**; “El proceso económico del tráfico de drogas”, en *Ciencia Policial* No. 63, Dirección General de la Policía, Madrid, mayo-junio 2002.
- GARZÓN REAL, BALTASAR**; - “Cooperación jurídica internacional en el ámbito del blanqueo de dinero y espacio de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- GARZÓN SABOYÁ, EDGAR ALFREDO**; “Aspectos legales y praxis del narcotráfico y lavado de dinero”, en *Drogas Ilícitas en Colombia, su impacto económico, político y social*, Santafé de Bogotá, D.C., Ariel Ciencia Política, 1997.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS**; “Evaluación y proyección jurídica del lavado de activos”, en *Segundo Simposio Creditario sobre la prevención del Lavado de activos*, Colectivo de autores, Santafe de Bogotá, Caja Agraria, 1997.
- GONZÁLEZ, SEVERINO**; “Las tipologías de blanqueo en España (III): Investigaciones policiales sobre blanqueo de dinero y problemática más frecuente”, en *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS**; “Del bien jurídico a la necesidad de la pena en los delitos de Asociaciones Ilícitas y Lavado de Dinero”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Dos Tribunais, Ano 8, N. 30, abril-junho de 2000.
- HERNÁNDEZ LORES, MARIO**; “El blanqueo de capitales, fuentes de financiación”, en *Ciencia Policial* No. 63, Dirección General de la Policía, Madrid, mayo-junio 2002.
- HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL**; “La persecución de los delitos en los casos supranacionales”, en *Fenómenos delictivos Complejos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- KOPP, PIERRE**; “Dinero de la droga y lavado financiero”, en *Revista Nueva Sociedad*, Caracas, No. 145, septiembre-octubre 1996.
- LOBATO MASA, CARLOS**; “Flujos de dinero negro procedente del crimen organizado en España”, en *Ciencia Policial* No. 63, Dirección General de la Policía, Madrid, mayo-junio 2002.
- LÓPEZ BLANCH, HEDELBERTO**; “Los oscuros hoyos de los paraísos fiscales”, en *Semanario Opciones*, La Habana, de 29 de febrero de 2004, Año 11, Número 8.
- MAGRO SERVET, VICENTE**; *Guía práctica y casuística de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico: Formularios de preguntas-respuestas ante los supuestos que se presentan ante los órganos judiciales en los artículos 234 a 304 del Código Penal*, La Ley, Madrid, 2002.

- NEUMAN, ELÍAS;** *La legalización de las drogas*, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Oficina de las Naciones Unidas de Fiscalización de Drogas y Prevención del Delito,
Programa Mundial de Naciones Unidas contra el blanqueo de dinero,
Departamento de Información Pública de Naciones Unidas, Nueva York,
1999.
- OLIVEIRA ASCENSÃO, J.;** “Repressão da Lavagem do dinheiro em Portugal”, en
Revista da EMERJ, V. 6 N. 22, Rio de Janeiro, 2003.
- PALITOT BRAGA, ROMULO RHEMO;** “Branqueio de bens procedentes do tráfico de
drogas: aplicação na Espanha”, en *Revista In- CONSULEX*. Año XVII,
núm. 6, Brasília, 10 de febrero de 2003.
- PALITOT BRAGA, ROMULO RHEMO;** “La cooperación jurídica internacional y el
tratamiento del delito de blanqueo de capitales”, en *Perversiones y
Alternativas de la emigración, Estudios Centroamericanos*, Universidad
Centroamericana “José Simeón Cañas”, Nos. 669-670, San Salvador, Año
LIX julio-agosto 2004.
- PALMA HERRERA, JOSÉ MANUEL;** *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa,
Madrid, 2000.
- PASQUINI, GABRIEL y MIGUEL, EDUARDO DE;** *Blanca y radiante:
mafia, poder y narcotráfico en la Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1995.
- PINILLA RODRÍGUEZ, ÁLVARO;** “Las tipologías de blanqueo en España (I): Estudio
de las tipologías más frecuentes en nuestro país”, en *Prevención y
represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000,
Consejo General del Poder Judicial.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO;** “La respuesta del Derecho penal moderno al delito: del
Derecho penal de doble vía ¿al Derecho penal de cinco vías?, en *Nuevos
retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch
alternativa, Valencia, 2004.
- ROSADO DOMÍNGUEZ, FERNANDO;** “El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas
internacionales de riesgo”, en *Prevención y represión del blanqueo de
capitales*, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del
Poder Judicial, Madrid, 2000.
- SOLER DEVILLE, MAYBEL;** “Globalización neoliberal y lavado de dinero”, en
Semanario Opciones, Año 11, No. 16, de 25 de abril de 2004.
- TORRES-DULCE LIFANTE, EDUARDO;** “El blanqueo de dinero en paraísos fiscales”,
en *Fenómenos delictivos Complejos*, Consejo General del Poder Judicial,
Madrid, 2000.

LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO DEL ABOGADO DEFENSOR DE UN SUJETO BLANQUEADOR DE CAPITAL

Possible criminal liability in the offense of money laundering of the defense attorney representing a money launder

Dra. Diana Hernández de la Guardia

Profesora Auxiliar y especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

En nuestro país no ha sido sancionado ningún sujeto por el delito de lavado de dinero, pero a nivel internacional, en estos momentos se discute si a los inculcados por este delito se les debe reconocer el derecho a la defensa en un proceso penal, para evitar así que por medio de abogados se blanqueen capitales. Tales consideraciones han sido muy polémicas. Este trabajo busca presentar algunas de las más importantes y brindar nuestras valoraciones al respecto.

Palabras claves: Abogacía, lavado de dinero, responsabilidad penal.

Abstract *Nowadays, the right of the suspects inculpated for money laundering to be defended by lawyers in criminal processes is being questioned on the world, thus arising a series of very polemic considerations. The article aims to present the most important of them and to offer our criteria.*

Key words: *Legal profession, money laundering, penal responsibility*

DESARROLLO

El lavado de dinero es un proceso que se realiza progresivamente en el tiempo, a través de fases que han sido caracterizadas luego de la detención y el procesamiento de agentes blanqueadores, así como de la infiltración de efectivos policiales en el mundo del lavado.

Esta fragmentación del proceso mediante el cual se realiza el lavado de dinero, facilita el estudio mesurado del fenómeno y ha hecho comprensible su interpretación. El objetivo primordial de blanquear es desvirtuar el origen ilegal de los fondos obtenidos, y comprende la realización de distintas actividades que se superponen, unas a otras, buscando el alejamiento efectivo de las huellas que puedan evidenciar su suciedad. Por tanto, comprende un proceso ininterrumpido y constante, a través del cual los bienes espurios pasan de un estado a otro hasta que se eliminen todos los vestigios que pudieran delatar su origen.

El lavado está constituido por un conjunto de etapas o fases por medio de las cuales se realizará la limpieza de la riqueza. El punto final de esas fases es muy difícil de determinar, debido a que una etapa aparentemente puede ser la final, pero a ésta le pueden suceder otras más. Siempre será posible realizar una nueva maniobra de lavado, siempre será factible realizar una actividad que mejore ese anhelado distanciamiento.

La fórmula generalmente considerada como la más ilustrativa, es la que diseñara el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que se refiere a tres etapas:

- 1.- A partir de la enorme acumulación de capital ilícito aparece la fase inicial denominada de «colocación», que es la más compleja o peligrosa, pues comprende la primera inmersión de los fondos en el mercado lícito, utilizando para ello esencialmente a la red financiera, por ejemplo, a través de depósitos bancarios, adquisición de instrumentos financieros, etc.
- 2.- Posteriormente viene la etapa de «conversión», que globaliza la ejecución de distintas transacciones económicas y financieras, las que se sustituyen unas a las otras.
- 3.- Por último, cuando ya se ha desvirtuado suficientemente el origen de los fondos, ocurre la «Integración», que implica una total apariencia legítima a través de su reincorporación definitiva a la economía regular.

La característica principal de estos actos estriba en que se realizan mediante una sucesión de operaciones, por ejemplo, la adquisición de acciones, compra de inmuebles, cambio de divisas, creación de sociedades ficticias, etc.). Estos actos se suceden en el tiempo y constituyen un proceso compuesto de variadas etapas —algunas repetidas— en las que resulta muy difícil colocar el punto final. Cada una de ellas y de sus sub etapas respectivas persigue reintegrar los ingresos ilícitos dentro de los cauces económicos habituales. En la medida en que más operaciones se realicen, se obtendrá un mayor nivel de lavado.

Si se analizan con detenimiento los mecanismos por los que se pone en acción la actividad de lavado de dinero, se comprueba que existen algunos elementos de carácter repetitivo en ellos. En la actualidad han cambiado mucho las características que evidencian las operaciones de lavado, si se comparan con las manifestaciones iniciales de este fenómeno, cuyo desarrollo fue originalmente graficado de la siguiente manera:

- «lavado a mano» (la forma más simple)
- «lavadora familiar» (realizado por la familia)
- «lavadora común» (realizado por varias familias)
- «tintorería» (a través de una organización dedicada al lavado).

Pero además, puede haber otro tipo de especialización y clasificación. La actividad de lavado de dinero también puede verificarse tanto dentro de una organización criminal (por grupos destinados a ella), como fuera de la misma (haciendo uso de otras empresas que se dediquen específicamente al lavado de activos). Como las organizaciones criminales tienen su nivel de especialización por actividades delictivas (así por ejemplo, producción de drogas, secuestro, tráfico de armas, etc.), también el blanqueo constituirá una actividad delictiva específica más, muestra de la división del trabajo que en ellas opera.

La simpleza de realizar un delito, obtener la ganancia y luego también, de reciclarla, ha dado paso –en esta última actividad- a formas mucho más sofisticadas y complejas que precisan de un elevado nivel de conocimiento tanto del comportamiento y funcionamiento de los mercados, como de las regulaciones jurídicas que los norman. Ello ocurre esencialmente o a través de asociaciones integradas por banqueros, economistas, etc., o mediante firmas de abogados, cuando no, de ambos. Con esto el blanqueo pasa a ser una actividad superior.

En relación a esto último, Colombo ha considerado que tal nivel de especialización puede ser valorado como una manifestación de debilidad de las organizaciones criminales, incapaces de dar respuesta por sí mismas a la entrada lícita de los capitales, por lo que acuden a terceros, ajenos a ellos, para realizar el blanqueo de los bienes que han generado ilícitamente. Sin embargo, en realidad tal situación debe verse como una necesidad propia de esas grandes organizaciones económicas que, al producir un volumen tan elevado de activos, pueden acudir a otros que poseen suficiente preparación como para garantizarles una adecuada gestión, discreción, esmerada atención, profesionalidad, así como certera inversión de los fondos, a cambio de una comisión previamente establecida.

Se ha comprobado que cada vez más las organizaciones delictivas hacen uso de cuerpos de profesionales dedicados a las finanzas o a las leyes, capaces de afrontar –y solucionar- todas las situaciones que se presentan y se requieran, con un máximo de eficacia y seguridad. Es

decir, que ya no se tratará de entidades destinadas únicamente a realizar operaciones de lavado para una sola organización criminal, sino que se constituirán en entes independientes capaces de satisfacer las necesidades de varias de ellas.

De manera dolosa se utilizan contadores, notarios y abogados que conscientemente se prestan para lavar fondos, ya que este tipo de profesionales pueden manejar los bienes de sus clientes, en tanto participan en la realización de distintas operaciones comerciales (compraventas o donaciones de bienes, acciones, empresas, etc.), pueden romper el vínculo directo de esos bienes con el real propietario, y pueden fungir, incluso, como testaferros. Además, como esos juristas—entiéndase notarios y abogados—están amparados por el secreto profesional, no tienen que declarar las ilicitudes que conozcan.

De igual manera, pueden tomar los fondos provenientes del delito, a pesar de conocer su espuria procedencia y colocarlos en cuentas creadas por los clientes, a fin de que de ahí deduzcan sus remuneraciones. Posteriormente, el profesional devolverá al cliente las sumas «no utilizadas» mediante distintos instrumentos financieros, distorsionando el origen de las mismas, con el amparo, como se ha expresado, de la confidencialidad profesional.

Entre las maniobras de lavado vinculadas al mundo de la justicia, se ha relatado que los delincuentes han recurrido incluso a la actividad de los tribunales para legalizar fondos. Para ello inventan daños y perjuicios falsos, o se valen de cheques y pagarés cuando en la legislación no se obliga a declarar sobre su origen.

Otras veces los blanqueadores recurren a cuentas bancarias en las que se nombran a los abogados —que deben observar el secreto profesional— para que, en representación de los titulares del dinero, le protejan su identidad. Un ejemplo de ello son las cuentas Formulario B de Suiza que, aunque se mantienen en otros países, allí ya fueron suprimidas, pues se requiere una declaración escrita que identifique al titular.

Como se puede apreciar, existen distintas maneras de utilizar a los juristas en maniobras de lavado, pero específicamente en este trabajo se analizará aquella en la que los blanqueadores, cuando hacen uso del derecho que asiste a todo acusado a la defensa letrada, realizan maniobras de lavado de dinero en combinación con aquellos que los representan. El rechazo que generan las actividades del blanqueo ha inclinado a algunos a combatir la posibilidad de que incluso este delito se verifique bajo una apariencia de legitimidad.

Debido a que el ilícito de blanqueo tiene múltiples formas de manifestarse, en el momento actual se alzan voces que plantean la eventualidad de que los grandes lavadores se aprovechen del derecho a la defensa para reciclar sus bienes. Esta posibilidad aparece porque una vez que ha sido encausado penalmente un sujeto dedicado al crimen organizado, éste

podría aprovechar la incoación de un procedimiento penal para utilizar fondos ilícitos en el pago de los honorarios del abogado encargado de la defensa.

Esta acción, susceptible de ser considerada como constitutiva del delito de lavado de dinero, a nuestro entender, podrá verificarse esencialmente de dos maneras: una, mediante el acuerdo con el letrado defensor que aceptará un monto por el pago real de sus servicios, y otra por garantizar el lavado de dinero de recursos del cliente, todo lo cual quedaría inmerso en una suma que aparentemente sería debida al pago de sus honorarios.

Por otra parte si, por ejemplo, un conocido narcotraficante contrata un letrado para que lo represente en un proceso legal, estará pagando con fondos sucios sus servicios, y por tanto, puede entenderse que se estará lavando dinero. Por tanto, según estas dos posibilidades se aprecia que el abogado conoce que se trata de un sujeto conocido como narcotraficante, por ejemplo, pero en un caso actúa dolosamente realizando el delito de lavado de dinero, y en el otro acepta por sus servicios un dinero posiblemente «sucio», por ello, algunos autores han propuesto que se castigue al abogado defensor.

Tal posibilidad ha generado preocupación en naciones como Italia y los Estados Unidos, donde se ha planteado trancar los beneficios que por partida doble pueden obtener los blanqueadores: por una parte reciclar «legalmente» sus bienes y por otra, recibir una «defensa Rolls Royce», ya que como resultado de su riqueza se les permite pagar a los más expertos y costosos penalistas, lo que ha conducido a que, incluso, se hayan hecho pronunciamientos extremos e inadmisibles en pos de eliminar el derecho del acusado a recibir los servicios de los abogados.

Con razón, algunos autores como Del Carpio plantean que la solución del problema no puede ser tan radical que prohíba el derecho a la defensa, ya que si bien es cierto que por medio del pago de los servicios profesionales pueden ser lavados bienes, también ha de tomarse en cuenta que las legislaciones prevén el derecho de todo acusado a la defensa, por lo que de limitarse esta posibilidad se incurrirá en una grave arbitrariedad. Por eso, ya en los Estados Unidos se estableció la exclusión de la punibilidad para cualquier

«transacción necesaria», que hubiera de realizar un sujeto procesado penalmente a fin de preservar el derecho de una persona a la defensa, como garantía de la sexta enmienda a la constitución.

La doctrina alemana tiene posiciones divididas en cuanto a la figura del abogado defensor. Unos opinan que el abogado, una vez que conozca del origen ilícito de los bienes, debe rechazar esos honorarios «sucios». En cambio, otros consideran que ese pago no debe ser sancionable, como tampoco el del notario o el de un perito, ya que forma parte de una

actividad profesional recogida en la legislación penal.

El asunto del secreto profesional también está en controversia, y recientemente fue elevada una petición de queja de la abogacía española ante el Parlamento Europeo, preocupada por evitar que en la nueva Directiva de blanqueo que se está elaborando, se lacere el derecho de defensa y el secreto profesional, al interesar de los abogados que denuncien a los clientes que consideren presuntos blanqueadores.

Consideramos que la conducta del abogado que recibe un monto por su trabajo profesional no ha de ser tipificada como un delito de lavado de dinero cuando se trata del pago por la prestación de un servicio, pues hemos de descartar como delito aquello derivado de actividades propias de la vida cotidiana y que, además, están previstas en la legislación penal. Además, si se le prohíbe al presunto culpable el pago de la defensa a un abogado, se le estará cercenando no sólo el derecho generalmente recogido en las constituciones acerca de que todo individuo debe contar con asistencia letrada en un proceso criminal en su contra, sino que también será afectada una presunción recogida para todo acusado: la de inocencia, pues se estará dando por cierto la ejecución de un delito que aún no habrá probado el órgano jurisdiccional, cuando lo adecuado es que debe presumirse inocente todo procesado hasta que no reciba sanción penal por tribunal competente.

Por ello se propone que cada caso sea valorado muy detenidamente. Si se constatará que por medio del pago de los servicios profesionales del letrado—sustentados en el derecho a la defensa—se están realizando dolosamente actos de blanqueo, el abogado y su cliente habrán de responder por tal; pero si, por el contrario, se trata de una actuación dentro del marco de la más simple legalidad, no podrían ser inculcados. Esto se adecua a lo establecido en la Directiva 2001/97/CE, pues se trata de un supuesto de cumplimiento de un deber, como acertadamente ha expresado Vidales Rodríguez, que Palma Herrera ha tratado de acotar expresando que se trata del «ejercicio legítimo de un derecho a la percepción de honorarios por los servicios profesionales prestados».

En contra, Suárez González considera que «nada impide castigar por el delito de blanqueo de capitales al abogado que, en cobro de sus honorarios profesionales, admite dinero de un cliente a sabiendas de su procedencia del tráfico de drogas». Tal parecer no lo compartimos por dos razones principales, primero porque negaría el principio de presunción de inocencia y segundo, porque son actos necesarios de la vida cotidiana, pues aunque los fondos fueran procedentes de un sujeto que ya ha resultado sancionado por narcotráfico, habrá que demostrar en cierta manera la ilicitud de los bienes que posee a los efectos de inculpar al abogado por el delito de lavado de dinero, ya que deben presumirse lícitos salvo que se

demuestre lo contrario. Por tanto, eso únicamente se logrará en el proceso penal por un delito de lavado, por tanto, los honorarios del letrado no pueden ser entendidos como de procedencia ilícita.

Si efectivamente los honorarios fueran de procedencia ilícita, tampoco correspondería sancionarlo, pues resulta extremadamente exagerado castigar a todos los sujetos que, por una u otra coyuntura, entren en contacto con esos bienes en razón de la vida ordinaria, pues sería llevar la participación en el ilícito a límites muy lejanos.

Sin embargo, a nuestro parecer, el problema tiene aún otras complejidades, ya que aunque efectivamente el letrado esté dolosamente blanqueando capitales, lograr probar y demostrar que un avezado abogado está participando en actos de reciclaje no será un asunto sencillo. Y por otra parte, si el cliente es ampliamente solvente y el profesional de gran prestigio, será muy difícil trazar la pauta de hasta qué límite el pago es excesivo o adecuado para el caso en cuestión, lo que será elemento de preocupación en aquellos países donde el pago de los servicios se produce por libre acuerdo entre partes (en Cuba están fijadas tarifas que no dan pie para tales excesos, salvo de forma ilícita).

Por eso, no resultaría despreciable analizar la posibilidad de alguna modificación legislativa a partir de la cual se facultara a los fiscales a proponer, y a un tribunal superior a decidir si, en determinados casos, se limitará la defensa letrada de libre elección, obligando a recibir una defensa letrada de oficio. Solución que, sin incurrir en injusticias ni violación de los principios más elementales del Derecho penal, evitaría la continuación de conductas de lavado de dinero ante el mismo aparato judicial, por no ser esa defensa susceptible de pago alguno.

No obstante, hemos de reconocer que en el caso de los países europeos esta propuesta no es posible, ya que en el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales se recoge el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a recibir la asistencia de un defensor por él elegido. Por tanto, el principio regula no sólo el derecho a la defensa, sino también el de decidir quién ha de realizarla. Por tanto si se obligara a recurrir un defensor de oficio se violaría este precepto.

Bibliografía

- Abel Souto, Miguel; El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002.
- Alcalá Arévalo, Ivonne y Castellanos Casallas, Jaime Rodolfo; «“El lavado de activos»», en Segundo Simposio Creditario sobre la prevención de lavado de activos, Caja Agraria, Santafé de Bogotá, 1997.
- Aránguez Sánchez, Carlos; El delito de blanqueo de capitales, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.
- «La abogacía europea denuncia la directiva sobre blanqueo de capital», en Diario Jurídico La Ley, martes 12 de octubre de 2004.
- Batty, Simon; «La experiencia de las autoridades británicas en la lucha contra el lavado de activos», en Segundo Simposio Creditario sobre la prevención de lavado de activos, Caja Agraria, Santafé de Bogotá, 1997.
- Bautista Rivera, J. E.; «Lavado de dinero: una actividad ilícita en permanente innovación tecnológica» en Revista Colombiana Fiesta a la vida, Dirección Nacional de Estupefacientes Año 3, No. 4, julio de 1995.
- Bermúdez, Norberto; La pista siria, Ediciones de la Urraca, Montevideo, 1993.
- Blanco Cordero, I.; Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Comares, Granada, 2001.
- Blanco Cordero, Isidoro; El delito de blanqueo de capitales, Segunda edición, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- Bruchez, Marc y Brindle, Pilar; «Sistema de información y de cooperación en Suiza y en el seno de la Unión Europea en la lucha contra el blanqueo de dinero», en Diario La Ley, Año XXIV, Número 5830, 23 de julio de 2003.
- Cabal, T. y Wucker, M.; «Tequila com coca», en Revista brasileña America economia, No. 125, Noviembre 1997.
- Castillo Saavedra, Humberto; «La Policía Nacional frente al lavado de activos», en Segundo Simposio Creditario sobre la prevención de lavado de activos, Caja Agraria, Santafé de Bogotá, 1997.
- Colombo, Gherardo; Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- Cuisset, André; La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el

lavado de dinero, Procuraduría General de la República, México, 1996.

De Feo, M. A.; «Il riciclaggio dei proventi illeciti: le esperienze statunitensi, en Il riciclaggio dei proventi illeciti, tra politica criminale e diritto vigente», Edizioni Scientifiche Italiane, Milán, 1996.

Del Carpio Delgado, Juana; El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

Fabián Caparrós, Eduardo A.; El delito de blanqueo de capitales, Madrid, Colex, 1998. Garzón Saboyá, Edgar Alfredo; «Aspectos legales y praxis del narcotráfico y lavado de dinero» en Drogas Ilícitas en Colombia, su impacto económico, político y social, Ariel Ciencia Política, Santafé de Bogotá, D.C., 1997.

Gómez Iniesta, Diego J.; El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español, Cedecs Editorial S.A., Barcelona, 1996.

Henry, James S.; Banqueros y Lavadólares, Tercer Mundo Editores, Santafé de Bogotá, 1996.

Jonckheere, A.; Le blanchiment du produit des infractions, Bruselas, Éditions De Boeck & Larcier, 1995.

Kopp, Pierre; «Dinero de la droga y lavado financiero», en revista Nueva Sociedad, No. 145, Caracas, septiembre-octubre 1996.

Neuman, Elías; La legalización de las drogas, Depalma, Buenos Aires, 1997.

Palma Herrera, José Manuel; Los delitos de blanqueo de capitales, Edersa, Madrid, 2000.

Pasquini, Gabriel y Miguel, Eduardo De; Blanca y radiante: mafia, poder y narcotráfico en la Argentina, Planeta, Buenos Aires, 1995.

Queralt Jiménez, Joan J.; Derecho penal español: parte especial, 4ª. Edición, revisada y puesta al día, Atelier, 2002.

Rocha García, R.; «Aspectos económicos de las drogas ilegales», en Drogas Ilícitas en Colombia, Su impacto económico, político y social, Ariel Ciencia Política, Santafé de Bogotá, 1997.

Roldán, j. María; «La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)», en Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

Seminara, Sergio; «La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea» en La Política criminal en Europa, Atelier, Barcelona, 2004.

Suárez González, Carlos J.; «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones

críticas a la luz de la legislación española», en Cuadernos de Política Criminal, No. 58, Edersa, Madrid, 1996.

UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION;
Financial Havens, Banking Secrecy and Money-laundering, Double issue 34 and 35 of the
Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter, issue 8 of the UNDCP Technical
Series, United Nations, New York, 1999.

Vélez, Ricardo; La conexión Eisemann y el caso Samos. Editora Renovación S.A., Panamá,
1987.

Vidales Rodríguez, Catalina; Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el
Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Zanchetti, Mario; Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, Dott. A. Giuffrè Editore,
Milán, 1997.

ESPACIOS DE LA PREVENCIÓN SOCIO-CRIMINOLÓGICA: UNA MIRADA EN EL ÁMBITO DE UNA CIRCUNSCRIPCIÓN HABANERA

Socio-criminological prevention spaces within the scope of a district from Havana

Dra. Caridad Navarrete Calderón

Profesora e Investigadora Titular del Centro de Investigaciones Jurídicas

Lic. Alina Mourelle Soto

Profesora del Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona

Resumen

El propósito de este artículo es referir los resultados de una investigación-acción participativa realizada con la finalidad de describir el desarrollo del trabajo científico concebido desde la conjugación del conocimiento académico de la Criminología con otros saberes disciplinarios y de sentido común, con vistas a relatar el proceso psicodinámico de las sesiones de reflexión periódicas de un grupo de prevención constituido por doce participantes permanentes en la Circunscripción N° 89 del Consejo Popular El Carmelo, sito en el municipio Plaza de la Revolución. Este Grupo de Prevención ha sido coordinado por la Delegada de dicha circunscripción durante todo su mandato. El Grupo realiza una actividad profiláctica y preventiva de comportamientos antisociales, contravencionales, infractores y delictivos.

Desde la representación social del Grupo, en su concepción de prevención general, se estudia y caracteriza socio-criminológicamente a la comunidad, imbricando los procesos de salud, educación, seguridad ciudadana, justicia social, convivencia comunitaria, situación organizacional y laboral de los centros de trabajo y otros procesos socio-culturales que pueden afectar la convivencia sana de la población y el desarrollo sostenible. Asimismo, realiza observaciones y controles del estado de edificaciones, y se interesa y ocupa, especialmente, cuando ocurren catástrofes, entradas del mar a la ciudad, incendios, suicidios y delitos. Busca siempre la paz y la convivencia sana y culta, partiendo de valores éticos y de justicia social, velando por el cumplimiento de la legalidad y el proceder moral en la toma de decisiones que siempre se producen tras los debates colectivos del Grupo.

En el Grupo participan representantes del control social formal, pero también del informal; de las organizaciones de masas, sociales y políticas; se apoya en profesionales, técnicos y otros

ciudadanos conocedores e interesados en ayudar a resolver problemas del pueblo. Indicamos algunos resultados obtenidos de la investigación-acción participativa durante el año 2006, la caracterización socio-criminológica, la representación social, el diferencial semántico, el diagnóstico comunitario participativo y las acciones propuestas para enfrentar las problemáticas que así lo requieran. La teoría de la complejidad nos ha ofrecido instrumentos para reconocer los patrones de interacción social que es posible ir generando en aras de desarrollar con eficacia y eficiencia el trabajo preventivo y profiláctico comunitario, cada vez previendo mejor calidad en el alcance de los objetivos y la solución del problema de investigación científica.

Palabras claves: Grupo de prevención, caracterización socio-criminológica, actividad preventiva y profiláctica, redes y patrones de interacción social, teoría de la representación social

Abstract

The main purpose of this article is to provide the results of a participating- action research done for describing the development of the scientific work, which has being conceived by corresponding the academical knowledge of Criminology with other disciplines, in order to report the psychodynamic process made at periodical sessions of discussions and reflexions of a Prevention Group which permanently has 12 participants in Circunscripción 89 (electoral district 89), Consejo Popular El Carmelo (Popular Council El Carmelo), located in Municipio Plaza de la Revolución (Municipality Plaza de la Revolución). This Prevention Group -which has been coordinated by the Delegate or representative from electoral district 89- is involved in activities of precaution and prevention of social misbehaviors, infringements and criminal attitudes as well

From the social representation of this group, in its preventing function, community is being studied and typified in a social – criminological way, overlapping processes of health, education, citizen security, social justice, good relationship among community members, organization and work situation of labour places and other social and cultural processes which can affect people relationship and a sustainable development. Likewise, the group includes remarks and control of the building-construction status. The Group particularly cares and takes charge when misfortunes or disasters take place like sea flood, fires, suicides and criminal behaviors. The Group is always searching for good and proper relationship among people, following ethical and fair values of social justice, keeping watch over the fulfillment of legality and moral procedures when making decisions after discussions among the members of the Group.

In the Group there are participants of the formal social control, but also of the informal, from the mass and social and politics organizations as well. It has the support of professionals, technicians and other citizens who know and are interested in helping people to solve their problems. We also indicate some results reached through the participating- action research made in 2006, also the social-criminological characterization, the social representation, the semantic differential, the comunitary participating-action diagnosis and the proposed actions to face any problem which can emerge, The Theory of complexity brought us the instruments for recognizing the patterns of social interaction which can be generated for developing the comunitary prevention and precaution with efficiency, preventing each time a better quality in reaching objectives and solution of the scientific research problem

Key words: Group of Prevention, social-criminological characterization, precautionary and preventive activity, nets and patterns of social interaction, theory of social representation.

Introducción

Es nuestro propósito con este artículo, dar a conocer algunos resultados de nuestra investigación científica del año 2006, así como ubicar, sintéticamente, al lector en elementos teóricos que estimamos de necesario conocimiento, y que preocupa a estudiosos y prácticos a interesados en la realidad contemporánea. Abordar los aspectos relacionados con el crecimiento de la delincuencia y sus consecuencias para nuestro pueblo, es nuestra manera de ayudar en la interpretación de fenómenos antisociales como la desviación social de los principios que animan la construcción de una sociedad sana y culta para las actuales generaciones, y que promete el desarrollo sostenible, en aras de que asimismo, sean felices y productivas, las generaciones venideras.

A partir del principio de la necesidad de desarrollar una prevención social temprana, efectiva, de dichos comportamientos, también deseamos ofrecer algunos resultados de la actividad preventiva y profiláctica desarrollada por uno de los Grupos de Prevención con el cual trabajamos, investigamos, reflexionamos, y mancomunadamente, nos preocupamos por ayudar en el diagnóstico preventivo comunitario. Este trabajo estuvo sustentado en una investigación – acción para así decidir actividades en torno a la búsqueda de soluciones a las problemáticas del micromedio social, durante el pasado año 2006, de esa manera corroborar la trascendencia que refleja su accionar sobre la población en la solución también de conflictos, muchos de los cuales son ilegalidades, expuestos, a través de sesiones de reflexión y análisis colectivos. Debemos destacar la participación de los integrantes del Grupo de Prevención, sin cuyos serios y comprometidos aportes, sería irrealizable la redacción de este trabajo.

Desarrollo

De la investigación científica de la delincuencia y de su prevención se ocupa la Criminología como disciplina científica. Mas, de la lucha contra ella, han de preocuparse todos los ciudadanos que poseen un saber socio-cultural y muchos otros saberes. La política deja de ser una esfera de acción preferencial sólo del Estado, cuando estamos ocupándonos de los fenómenos delictivos. De política debemos conocer todos los cubanos (as). Como asegura D'Angelo, ella «se estructura a partir de la relación primordial entre los sujetos sociales autónomos y las instituciones estatales y sociales; es el vínculo necesario de unidad-oposición entre hegemonía-contrahegemonía, ya enunciado por Gramsci» (D'Angelo, 117).

Nosotras/os, criminólogas/os nos incluimos entre los que consideran la Criminología como una ciencia política, y en consecuencia nos pronunciamos, investigamos, problematizamos, reflexionamos, formulamos propuestas de solución y actuamos en consecuencia.

Cuando se analiza, contemporáneamente la delincuencia, se constata que los grupos sociales más vulnerables resultan los niños/as, adolescentes y jóvenes, dado el crecimiento cuantitativo y la elevación de la gravedad de la delincuencia como fenómeno, debido a que en dichas poblaciones se hallan los más altos indicadores de criminalización y victimidad. Nuestras investigaciones han corroborado que la represión no contribuye grandemente a la disminución en las oscilaciones dinámico-estructurales de los delitos más violentos y organizados. Asimismo, diversos programas de prevención temprana nos permiten sostener la convicción de la necesidad de garantizar una formación personológica apoyada en valores morales abrazados por una gran multidiversidad de pueblos a escala planetaria, alcanzados en su infancia, en edades tempranas. Es por esto que, desarrollamos y permanecemos inspirados en las bondades del control social comunitario armonizando, en su unión, a los representantes del control social formal y los del informal, en los barrios.

En el marco criminológico, son muy diversas las polémicas acerca de las bondades del control social formal y del informal, así como sobre la prevención y la represión e infinitas las discusiones, pero los frutos civilizadores de la aplicación en la actividad preventiva como producto de las investigaciones criminológicas, garantizan la certeza de las palabras de nuestro Comandante Fidel Castro, cuando se pronunció por trabajar consecuentemente privilegiando la prevención. En lugar de la represión, creemos firmemente que es mejor el ayudar personológicamente, en la motivación, en la satisfacción de las necesidades y en el respeto a los derechos humanos, y evitar lo más posible la punición; luchar por

alcanzar el Desarrollo Sostenible y que un mundo mejor resulte posible para las generaciones que nos sucedan.

El 27 de agosto de 1990, en nombre del Gobierno y del pueblo de Cuba, nuestro Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, pronunció el Discurso de Bienvenida para los participantes en el octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre *Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Al respecto de nuestro tema de investigación, destacamos algunos de sus planteamientos que justifican plenamente el abordaje investigativo- interventivo.

Fidel expuso cómo Cuba «brinda también su experiencia práctica concreta en materia de justicia penal», refiriéndose «específicamente a la experiencia en temas tales como el enfoque del delito como fenómeno en el que intervienen profundas causas sociales, el énfasis en la prevención más que en la represión de las conductas delictivas, las garantías procesales, el papel de las masas en la prevención del delito y el tratamiento del delincuente, y las experiencias en el empleo de las sanciones alternativas a la privación de libertad» (Navarrete, C., 2005)

En dicha oportunidad, Fidel concedió gran importancia a la prevención, al subrayar que «...Nuestro trabajo en la lucha contra el delito descansa en la prevención, en el conocimiento temprano de las actitudes pre-delictivas, en el esfuerzo concentrado en la solución de dichas actitudes mediante la atención diferenciada de cada caso » (Castro F.)

Destacamos, en la contemporaneidad, la vigencia internacional de este tema que se ha revelado en los debates del campo de la política criminal, donde ha quedado subrayada la importancia de los mecanismos informales de control para la prevención del delito, aunque por diversos motivos, su efectividad ha sido puesta en evidencia, en países desarrollados y en aquellos en vías de desarrollo.

Nuestra Criminología ha enfatizado la prevención de la conducta delictiva y de la delincuencia. En nuestro afán preventivo, desde la década del sesenta, hemos investigado e intentando descubrir los procesos latentes, con tónica multidisciplinaria, que a finales del siglo XX pasó a ser para nosotros, con la problematización científica, no únicamente la incorporación de saberes procedentes de la filosofía, de historia, de semiología, de la ciencia política, de la crítica jurídica, sino priorización de la categoría «problema científico» Esto subraya nuestra intención, como investigadores científicos transdisciplinarios.

Enfatizamos también, desde la Psicología Social, las adquisiciones para nosotras (os), recientes, de la Teoría de las Representaciones Sociales.

Notas históricas

La historia de la delincuencia es al mismo tiempo, la historia de diferentes enfoques hacia la lucha contra ella, tanto en la ciencia, como en la práctica. Por tanto, los enfoques teóricos y prácticos siempre se han interpenetrado. (Dalgova A., p. 5)

Ya desde los tiempos más antiguos se conformaban criterios acerca del origen de los delitos: tanto sobre la formación de la conducta delictiva, como sobre las condiciones de la actividad de los seres humanos, de su vida y condiciones de vida, al tiempo que la Humanidad se planteaba la necesidad de prevenir los delitos mediante cambios en dichas condiciones. No obstante, es a mediados del siglo XIX que predominó otra visión: la conducta delictiva como resultado de la «libre voluntad», precisamente incluso de una «mala voluntad» del delincuente.

Se afirmó la idea de que debía castigarse a los culpables, por medio de la eliminación, el alejamiento o el aislamiento, del que ya hubiere transgredido la prohibición penal o se infiriera su posible infracción, como represalia o castigo, que se justificaba o se defendía, en nombre de la cultura religiosa. La instrucción de cargos y el examen judicial acerca de los delitos se reducía solamente a las acciones para descubrir a los individuos culpables y aplicarles la sanción.

En el desarrollo histórico de la ciencia, se aplicaron métodos de las Ciencias Naturales que a veces, resultaron útiles, pero también llevaron a algunas sobreestimaciones que soslayaban los aspectos del desarrollo social. Se atribuyó a elementos morfogenéticos, el comportamiento antisocial. También fueron utilizados métodos estadísticos que ayudaron al desarrollo de las investigaciones sociales. Con el devenir, a la conducta delictiva, a la delincuencia inclinaron su atención distintos especialistas: filósofos, juristas, sociólogos, psicólogos, pedagogos, psiquiatras y otros. (Dalgova, p. 5)

La utilización de métodos estadísticos a estudios sociológicos, permitió sustentar la tesis acerca del condicionamiento de la delincuencia por una serie de factores sociales. Las investigaciones de los psicólogos y de los psiquiatras obligaron a conceder atención al mismo delincuente y a estimar las circunstancias desfavorables bajo cuya influencia se habían conformado personológicamente algunas de sus características individuales. Todo esto condujo al desarrollo del punto de vista acerca de la delincuencia como resultado de la influencia de causas objetivas no dependientes de una «mala voluntad» genética o congénita de los infractores, hacia el reconocimiento de la necesidad de ejercer influencia ante todo sobre sus causas. (Dalgova, p. 6)

La Criminología logró establecerse en calidad de ciencia independiente. Literalmente la palabra «criminología» significa: estudio acerca de los delitos. A diferencia de los criminalistas que se ocuparon de los problemas de la revelación de los delitos, de su esclarecimiento, los criminólogos concibieron, analizaron, discriminaron como su tarea en el estudio de la conducta delictiva y de la delincuencia, la revelación de sus causas y la determinación de las medidas de lucha contra la delincuencia ante todo, sobre la base de la prevención. (Dalgova, p. 6)

Nosotros reconocemos como principales categorías científicas de la Criminología, la delincuencia, su condicionamiento, el par dialéctico transgresor – víctima, los procesos criminógenos y los elementos victimales, también le conferimos gran importancia a la organización de la lucha contra la delincuencia sobre la base, ante todo, de su prevención. Asimismo, sociológicamente orientados, pensamos que el control social formal también ejerce influencia dada la multiplicación de errores en la aplicación de las normas legales y por el ejercicio incorrecto del proceder de funcionarios que aplican la ley. Asimismo, es preciso tomar en consideración la gran importancia que revisten las redes de los grupos familiar, escolar, para el ocio y el tiempo libre y la actividad en las organizaciones sean estas las laborales, los centros de trabajo o también las de masas. En nuestro país funcionan redes de querer, saber, poder de intenciones diversas. En los grupos de prevención está la representación de la salud, de la vivienda, de la educación, de los jóvenes, de las mujeres, de los comités de defensa de la revolución y de los centros de trabajo que funcionan en cada barrio. (Navarrete, 1982)

Desde el triunfo de la Revolución, en Cuba, la prevención social ha estado íntimamente vinculada al Desarrollo Social y Humano. Satisfacer las necesidades de todos los ciudadanos es voluntad política del estado, el gobierno, el partido, o sea, de todo el pueblo, representado en todas partes.

El sistema social cubano se empeña en garantizar el respeto a las identidades de todos, y a todas las identidades sin privilegios por el género, la procedencia de clase o grupo social o de residencia, étnico, racial, de ingresos económicos, o que impliquen la subordinación de unos seres humanos a otros. En los principios éticos y valores humanos que sustentan el Desarrollo Sostenible, se hallan cimentados los que facilitan la prevención social, y también la criminológica. Podemos asegurar que el saber criminológico se desarrolla en la medida en que se aplican las normativas legales que protegen aquellos principios. La prevención social se practica siempre que se solidifica el quehacer humanista de nuestro pueblo.

Del Sistema de Prevención y Atención Social en la actualidad

Recientemente se ha sustituido el Decreto - Ley N° 95/ 1986 por el Decreto – Ley N° 242/2007, mejorándose el primero a partir de las experiencias de su aplicación y de los resultados de diversos

estudios, entre ellos, investigaciones criminológicas acerca de la práctica de la prevención social y criminológica. Podemos decir que el estado de la teoría criminológica se refleja esencialmente en la legislación y por la práctica de la lucha contra la delincuencia. Por otra parte, ambos se encuentran en íntima dependencia.

La amplia introducción de las recomendaciones criminológicas ha ido facilitando una práctica basada en el saber científico, pero también en el saber de los legos, de los miembros de los Grupos de Prevención en las circunscripciones y los consejos populares. No obstante, estimamos necesario, el contribuir dando a conocer cada vez en mayor medida, las prácticas que facilitan una actividad preventiva socio-criminológica más participativa, más activa.

Del Sistema de Prevención y Atención Social

Mediante la aprobación del Decreto-Ley N°. 242 por el Consejo de Estado, en el ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas por el inciso c) del Artículo 90 de la Constitución de la República, aprobó y se instituyó el Sistema de Prevención y Atención Social en los niveles nacional, provincial, municipal y en los territorios de los consejos populares y de las circunscripciones. (Gaceta Oficial)

El Sistema supraseñalado quedó definido como un centro de coordinación de los esfuerzos de las instituciones que lo integran para lograr los objetivos que se propone, sin suplantar las facultades y atribuciones de aquellas.

Dicho sistema es dirigido por una Comisión Nacional adscrita al Consejo de Ministros y en cada provincia y municipio del país se crea una Comisión de Atención y Prevención Social que dirige las actividades en las respectivas demarcaciones.

En el Capítulo II queda indicado, entre los objetivos principales, el siguiente: -Desarrollar el trabajo de prevención y atención social de forma directa, organizada y planificada sobre aquellas personas que así lo requieran.

También quedó establecido, como en el anterior ya derogado Decreto-Ley N° 95, al promulgarse este 242, en el inciso g) actual el siguiente objetivo principal:

g) Promover estudios e investigaciones científicas con vistas a identificar las causas y condiciones que influyen en la existencia de conductas antisociales y delictivas, utilizando sus resultados en el trabajo preventivo y educativo.

En el Capítulo XI, Artículo 26.1, quedó establecido que «Los grupos de trabajo del Sistema de Prevención y Atención Social que sean creados en la demarcación de los Consejos Populares y Circunscripciones se integran por representantes de las instituciones y organizaciones que actúan en dichas demarcaciones

territoriales y rinden cuenta de su gestión con la periodicidad que se establezca por el presidente del Consejo Popular».

Así también esos grupos tendrán como función principal, coordinar y controlar las acciones de prevención y atención social que se realizan en los territorios por los representantes y activistas de las instituciones y organizaciones sociales y de masas, que integran el sistema para su mejor desempeño en el ámbito de la comunidad.

La participación en el territorio de la Circunscripción y la cultura de la participación

Nuestra experiencia en la actividad preventiva comunitaria desarrollada por los Grupos de Prevención en los Consejos Populares y también estar de acuerdo con otros especialistas (Valdés Paz J. , p. 62) nos permite pensar que para ejercer eficazmente la participación incluida activamente en nuestro proyecto socialista, es necesario alcanzar un más alto nivel de conciencia de los sujetos preventivos, que son los actores y decisores en la ayuda a muchos ciudadanos, lo cual implica la necesidad de que se capaciten y adquieran una información mayor; se preparen en aspectos de carácter social transdisciplinarios que incluyan conocimientos sociológicos, criminológicos, de psicología social, pedagógicos y los jurídicos más importantes, y comprendan, cabalmente, el perjuicio enorme que produce la violencia social, de modo muy especial, la doméstica e intrafamiliar que genera la victimización de mujeres, de ancianos y niños dentro de sus propios hogares.

Es muy necesario dominar en mayor medida, el conocimiento de la realidad social y criminógena de la comunidad, de la vida en la circunscripción, utilizando, asimismo, los participantes, miembros de los grupos o activistas, sus creencias humanistas, colectivistas, para hacer buen uso de ellas, en el análisis y toma de decisiones dados los casos que deberán estudiarse de conjunto en el grupo de prevención. En la medida en que conjuguen mejor sus sentimientos e ideas, serán capaces de proponer alternativas favorables, más eficaces y efectivas.

Prácticas sociales y representaciones. Conocimiento social y sentido común

En la realización de nuestra investigación acerca del trabajo preventivo en una circunscripción del Consejo Popular El Carmelo, la N° 89, de Plaza de la Revolución, decidimos aprovechar útilmente la noción de **representación social** mediante la cual en el trabajo de S. Moscovici (1961) quedó cimentado un nuevo campo de estudio en psicología social, muy útil para la investigación socio-criminológica, dada

su transdisciplinariedad que ya hace tiempo le imprimimos, asomándonos también al **enfoque de la complejidad**.

Dada la utilidad que le concedemos a la idea de que las representaciones sociales constituyen guías para la acción, y a pesar de la limitación del espacio en la magnitud de un artículo, hemos decidido dar a conocer algunos aspectos que usamos en la práctica investigativa.

Es una característica esencial de las representaciones sociales su esencia como guías para la acción en la práctica social

Perspectiva metodológica

Justificación de la elección del problema formulado

En nuestras investigaciones concretas anteriores, se cuestionaba continuamente entre los miembros de los grupos de prevención de los consejos populares, la insuficiente información procedente de los grupos de las circunscripciones lo cual afectaba la coordinación de las tareas preventivas.

Este planteamiento permanente nos llevó a considerar como oportuno, incursionar en el funcionamiento de dichos grupos que apoyan a los delegados en cada circunscripción para la ejecución de importantes tareas que, vinculadas al desarrollo social, de los vecinos, en sentido general, de los ciudadanos, favorecieran simultáneamente la prevención temprana de comportamientos antisociales y/o delictivos.

Estrategia de indagación para el estudio de caso

La introducción de métodos y técnicas cualitativos que utilizamos en nuestro proyecto de investigación resulta positiva ya que, con el entendimiento mutuo, la tensión disminuye, se fortalece la confianza y se asegura la unidad de acción, como se produce en la investigación – acción participativa, por su esencia. Se opera el intercambio de experiencias, se hacen solidarias las actividades, se desarrollan capacidades, habilidades y hábitos, socializándose los resultados y beneficiándose los objetos – sujetos de la prevención y/o actividad profiláctica. En todas las formas de interacción estas juegan el rol de «intermediarias» entre los representantes de los organismos y organizaciones.

La cohesión y la solidaridad van integrando la representación social y favoreciendo la creatividad como manifestación de una comunidad de sentimientos, afectos, estados de ánimo, además de las opiniones y puntos de vista que entran en el debate y alimentan la inteligencia emocional. Van surgiendo diversas maneras de producir el autocontrol. En esos casos, la interacción se transforma en instrumento para elevar la eficacia de la actividad preventiva y profiláctica.

Además de lo planteado, consideramos útil la investigación porque entrena a los sujetos que toman decisiones para el control necesario en la prevención social. Los representantes de los organismos y organizaciones ejercen control sobre las dimensiones a las que están asignados y, por tanto, en el caso, por ejemplo, de las organizaciones de masas, que resultan tan importantes para el trabajo preventivo, en el nivel de circunscripción, un control debidamente organizado con la introducción de las técnicas de grupo de discusión, o de grupo focal, también con las entrevistas semi – estructuradas o en profundidad, ayudan a extirpar el enfoque estrecho del autoritarismo, y a promover una participación protagónica que implica la formación del sentido de pertenencia, la autoafirmación y ciertos valores importantes de colectivismo, de empatía, entre otros, así como el de la actividad preventiva más profunda, intencional y temprana, eliminando insuficiencias o dificultades en la correspondiente comunicación.

Consecuentes con la dinámica del sujeto y el objeto de estudio, desde 1994, en este tema de la investigación permanente, nos adscribimos a la investigación – acción participativa de nuevo para realizar por nosotros, por segunda vez, un estudio de caso específico de la actividad preventiva en el territorio de otra circunscripción, la N°. 89 del barrio de El Vedado, perteneciente al Consejo Popular El Carmelo, en el Municipio Plaza de la Revolución, y nuevamente, tratando de lograr un análisis creativo de la actividad en el Grupo de Prevención que ha venido coordinando la delegada de la Circunscripción que nos ocupa.

La investigación – acción participativa tiene como su objetivo más explícito el luchar por el logro de una sociedad más justa donde no haya personas que sufran por no tener el modo de satisfacer las necesidades esenciales de la vida (alimentación, salud, vestido, vivienda, empleo); una sociedad donde se respete la dignidad humana.

El conocimiento que produce el científico social «puede y debe volverse un instrumento para el cambio que, mediante el despertar y desarrollo de la conciencia crítica, creativa, capacite a los que no tienen

poder», a cuestionar primero, y luego a modificar lo que les rodea. Para ello el investigador debe pasar de ser observador participante a producir un cambio: hacerse observador militante. (Stavenhagen, 1971)

Ya se ha establecido a escala mundial la investigación- acción participativa como un concepto, como una filosofía y como una metodología de transformación y aprendizaje. En los países del Tercer Mundo no solo se atrae a los residentes en las barriadas y trabajadores comunitarios o a educadores populares, también se acercan empresarios, planificadores políticos, educadores y académicos, dado que esta filosofía investigativa se halla basificada sobre una crítica de la investigación convencional en las Ciencias Sociales y también de los métodos de enseñanza. (Gómez M., 1999, p. 35).

El investigador surge de la gente afectada por los problemas sociales y cuyo interés exige una solución. Como el problema social coincide con el científico, exige soluciones colectivas, por lo cual resulta imprescindible atender a la exigencia participativa.

Nuestra indagación se puede definir como **estudio de caso** dado que se trata de «una organización» que ha sido estudiada detallada y comprehensivamente, profundizando en los aspectos de acuerdo con el eje temático de la investigación permanente. También lo consideramos como caso objeto de interés porque se desarrolla dentro de un límite físico y social, única exigencia que se plantea para que le confiera entidad de tal. (Rodríguez, 2002, p. 92). Como características esenciales del estudio de caso podemos indicar su carácter descriptivo, heurístico e inductivo porque se centra en un programa concreto de realización conforme a las especificidades que implican problemas prácticos, situaciones, procesos y acontecimientos que transcurren en la cotidianidad comunitaria y le confieren entidad como tal.

Tomando en consideración la clasificación de Guba y Lincoln (1981), a partir de los propósitos que perseguimos, nuestro estudio puede reconocerse como factual, interpretativo y evaluativo implicándose acciones de registrar, construir representaciones sociales, presentar cogniciones y examinar hechos. Es también interpretativo porque permite sintetizar significados y obtener constataciones de los presupuestos teóricos. Es finalmente evaluativo, dado que se delibera alrededor de evidencias y se hace una representación, en cierta forma, como un retrato de un momento en el desarrollo de la actividad preventiva en la comunidad, y al mismo tiempo, se sopesan juicios de los participantes.

Se realiza un Estudio de caso único. Es un estudio o examen que trata de ser «intenso» y de aproximarse lo más posible a un examen «completo» de la actividad preventiva correspondiente al grupo de prevención de la circunscripción objeto de interés seleccionado para el momento de la indagación permanente en nuestro tema. El examen parte de la caracterización socioeconómica cultural sociológica – criminológica de la Circunscripción de su territorio, esto es, en su marco geográfico. Es detallado y comprensivo en el

sentido de la proyección sistemática que reviste la concepción teórica de la prevención social, en nuestro país y que pretende la profundidad de la representación social que hayan logrado alcanzar los miembros del Grupo de Prevención que ha apoyado a la delegada durante varios mandatos.

Este trabajo es obra de la participación activa y entusiasta de los siguientes compañeros: Alina Mourelle Soto (Delegada), Silvia Díaz Valdés, Nancy Baden Báez, Norma Menéndez Sánchez, Pedro E. Urra Medina, Milagros Samón Quiala, Magali Castiñeira Torres, Sara Mejías Izquierdo, Orlando Ortega Delgado, Cristina Betancourt Zamora, Oraldo Gil Moreno, María C. Cuza Pérez y Osvaldo Figueredo Caballero. Las tareas realizadas en cuatro sesiones de reflexión colectiva contaron con la participación de los miembros del grupo, representantes de los Comités de Defensa de la Revolución (CDR), la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), la Asociación de Combatientes de la Revolución Cubana (ACRC) y como invitados permanentes, los representantes de los núcleos del Partido Comunista de Cuba (PCC). También participó una profesora invitada. No pudieron asistir a todas las sesiones el jefe de sector y la oficial de menores, el representante de salud y la directora de la escuela.

En este artículo, consignaremos algunos resultados en el cumplimiento de los objetivos propuestos, buscando el aumento de los conocimientos, a partir de las representaciones sociales de los miembros del grupo de prevención de la circunscripción, de vivencias, y percepciones, conocimientos compartidos principalmente de carácter económico, histórico, geográfico, antropológico sociológico y criminológico sobre la caracterización de la población y del territorio que comprende el objeto de estudio, su propia realidad humana y de desarrollo socio – cultural. Asimismo, adquirir, aplicándolos en los análisis de las sesiones de reflexión, algunos conocimientos teórico - científicos sociológicos y criminológicos de la actividad preventiva social y profiláctica, y técnicos – instrumentales de herramientas participativas, también de algunos implicados por sus funciones en la formación educativa formativa que faciliten la prevención temprana de comportamientos antisociales en la comunidad.

Se observó también cómo se socializan, se multiplican y se da a conocer la actividad preventiva comunitaria que va realizándose por el Grupo, aprovechándose las redes de poder-saber comunitarias que facilita la actividad de los vecinos miembros o no de las organizaciones de masas, cederistas, federadas, maestros, trabajadores sociales, médicos, enfermeras, técnicos de salud e instructores de cultura, residentes de la circunscripción o empleados en los centros de trabajo radicados en ese territorio..

La consecución de este objetivo permitirá el contribuir al conocimiento fundamentado científica y técnicamente para la elevación de la eficacia y efectividad del trabajo preventivo del Grupo de Prevención Comunitaria sujeto y objeto de estudio e indagación profunda y multimetodológica., en su

próxima etapa prevista. En este artículo, al cumplirse los objetivos teórico y práctico se le da respuesta a la pregunta del problema y a las interrogantes en que el mismo se sub-dividió.

El problema científico formulado es el siguiente: «Cómo se expresa la actividad preventiva social del Grupo de Prevención Comunitaria de la Circunscripción N°. 89 del Barrio El Vedado, radicado en él, el Consejo Popular El Carmelo del Municipio Plaza de la Revolución, en Ciudad de La Habana. Se desdobra en “la Caracterización Socio-Criminológica de la Circunscripción N°. 89 y en la representación social que expresan los miembros del Grupo Preventivo de la Circunscripción en cuanto al concepto de «Prevención Comunitaria».

Procedimiento, métodos y técnicas utilizados

Todo el tiempo intentamos aplicar un enfoque transdisciplinario y complejo, aunque partimos de los conocimientos principales de índole disciplinaria criminológica, de orientación sociológica – política.

La investigación se realizó mediante la triangulación metodológica que implica la utilización de varios métodos, técnicas y procedimientos para la interpretación de los resultados. Entre ellos utilizamos dos cuestionarios, dos guías de entrevistas y aplicamos la Matriz DAFO, (Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades), así como dinámicas grupales en cuatro sesiones de reflexión.

El Grupo estuvo integrado por la delegada, como coordinadora y en su función de controladora de la actividad preventiva, que realmente también la dirige, pues aún no ha sido nombrada la persona que va a presidir en lo adelante, en cumplimiento de lo establecido por el nuevo Decreto-Ley N° 242. También asistió la Secretaria del Grupo de la Circunscripción estudiada. Las sesiones duraron desde dos horas hasta cuatro. Participaron repetidamente algunos compañeros. En total, estuvieron presentes, al menos una sola vez, diez compañeros.

Estuvieron participando diez compañeros como promedio, en las cuatro sesiones. El objetivo giró alrededor de realizaciones del trabajo preventivo, problemas, necesidades sentidas y dificultades.

Dadas las limitaciones que impone la extensión de un artículo, a continuación exponemos algunos resultados interesantes, sin pretender que pudieran considerarse los más reveladores de la realidad concreta que indagamos. Comenzamos por las revelaciones en la aplicación de la Matriz DAFO ya que ella es un reflejo del sentir, la percepción y las creencias del Grupo de Prevención. Expresa los criterios principales de todos sus integrantes con respecto a las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades.

1ª y 2ª sesiones de reflexión

Resultados de la aplicación de la Matriz DAFO

Debilidades

1. Insuficiente cultura e indisciplinas sociales visibles en la vida cotidiana de la población
2. Pobres condiciones materiales de vida y promiscuidad en medida significativa y su reflejo negativo en tres edificios en muy mal estado constructivo y habitacional.
3. Roturas cíclicas en las redes albañales.
4. Cuatro áreas de microvertederos de basura.
5. Alcohólicos en Calle 18 desde Calzada hasta Línea.
6. Muchas personas que permanecen durante largas horas injustificadamente en la Cafetería El Niágara.
7. Inestabilidad en el cargo del Jefe de Sector de la Policía Nacional Revolucionaria (por cambios muy frecuentes).
8. Demasiado contenido de trabajo y áreas de atención de los Jefes de Sector de la Policía Nacional Revolucionaria (PNR).

Amenazas

1. Afectaciones ecológicas auditivas que dañan la tranquilidad ciudadana por ruido y música muy alta en los centros de recreación.
2. Población flotante excesiva.
3. Penetraciones frecuentes del mar.
4. Insuficiente atención de los profesionales municipales que atienden las distintas áreas de trabajo y programas sociales, ya que no visitan con frecuencia la circunscripción y ofrecen insuficientes orientaciones e indicaciones metodológicas de trabajo.
5. Ausencia de responsables de áreas de trabajo (directivos) para concurrir a las convocatorias de la delegada, con el objetivo de discutir la puesta en práctica de algunas decisiones consideradas necesarias para dar solución a problemas de la comunidad.
6. La recepción y exigencia de cumplimiento inmediato de muchas tareas emergentes que dificultan el desarrollo de tareas permanentes de gran importancia preventiva.
7. Insuficiente participación del juez ejecutor en el control de la aplicación de las medidas alternativas a sancionados.

8. Micromedios sociales que presentan condiciones económicas desfavorables y bajo nivel económico y de la alimentación infantil que no garantiza un desarrollo saludable por insuficiencias en la satisfacción de necesidades y de un desarrollo sano en muchos niños escolares.
9. Diferentes grados de posibilidades de satisfacción de necesidades infantiles fundamentales lo que facilita una diversidad que acusa ciertas actitudes de exclusión social entre los propios alumnos de la escuela perteneciente al barrio en estudio.

Fortalezas

1. La ayuda mutua y la actitud activa inmediata para darle solución a los problemas planteados, dados los factores de la comunidad, dos Núcleos PCC, dos Bloques FMC, la zona CDR y la ACRC, y la Casa del Mártir José Ramón Rodríguez.
2. Se toman en consideración los puntos de vista diferentes que es preciso consultar o con los que es necesario contar para dar solución a las problemáticas o dificultades analizadas por el Grupo, lo que va facilitando el establecimiento de redes entre los vecinos, profesionales y los trabajadores de los centros ubicados en el territorio.
3. Cuando se necesitan puntos de vista diferentes, del médico u otro técnico o profesional, se consulta al que resulte necesario y se toma en cuenta su parecer.
4. Si hay un problema que requiere de mucha discreción, no se da participación nada más que a los vecinos que se consideran imprescindibles para limitar el conocimiento de la situación y no producir efectos de exclusión social en la población.
5. Se alcanza un nivel de conocimiento adecuado para contar con los elementos necesarios en el análisis casuístico.
6. Disposición a ayudar y solucionar de forma inmediata los problemas planteados ante el Grupo de Prevención comunitario.
7. Constituyen un grupo unido y con una buena comunicación para discutir los problemas en los que pueden intervenir de acuerdo con sus responsabilidades y deberes.
8. Los miembros del Grupo funcionan como líderes directos en la comunidad y a la hora de tomar medidas presentan la identidad como tales.

Oportunidades

1. La posibilidad de reincorporación de adolescentes y jóvenes desvinculados de los estudios o del trabajo mediante el modelo pedagógico de «continuidad de estudios» les ha permitido incorporar a muchos también laboralmente, concretándose en la municipalización universitaria.
2. El funcionamiento del Programa «Educa a tu Hijo», para las madres de niños en edad pre-escolar que no trabajan. Escuela para niños con retraso en el desarrollo. Cuatro secundarias básicas y residencia estudiantil de los profesores generales integrales.
3. Área deportiva de Línea y 12 y Taller de impedidos físicos en Calle 18 esquina a 19.
4. El establecimiento de la universalización de la educación universitaria para el Adulto Mayor, a través del Programa «Universidad para Todos».
5. Buena asistencia y puntualidad de los maestros a su jornada laboral docente.
6. La preocupación y atención de los maestros dirigida a garantizar la asistencia y puntualidad de los niños a clases.
7. La realización de escuelas de padres donde interactúan los maestros con los familiares de los niños para dar soluciones a problemáticas que se presentan en la actividad de la escuela.
8. El trabajo persuasivo que se realiza con los niños y sus padres por parte de los maestros para obtener firmeza en el cumplimiento de las reglas organizativas de la escuela.
9. Se procura dar a conocer el Reglamento Escolar a los padres en aras de obtener el respeto suyo y de sus hijos.
10. Realización de entrevistas en el hogar y la comunidad por parte de los maestros.
11. Buena coordinación del centro escolar y de los maestros con el Centro de Diagnóstico y Orientación de Educación en el Municipio.
12. La posibilidad de que participen algunos niños de la escuela en grupos talentos.
13. Atención a los niños de cuatro años en las Vías No Formales como preparación para ingresar en el grado pre-escolar.

3ª Sesión de Reflexión

Problemas y necesidades sentidas de la comunidad

El contenido de la Sesión de Reflexión incluyó los problemas y necesidades sentidas de la comunidad, así como sus observaciones, percepciones, experiencias y vivencias contenidas en sus reflexiones al respecto, manifestándose en una actitud de producir análisis colectivos con vistas a generar cambios favorables de

las situaciones problemáticas observadas, planteándose la importancia de ir fortaleciendo las redes de deseo, poder, saber, que van paulatinamente produciendo cambios favorables en la comunidad para procurar la seguridad ciudadana y la participación más activa en actividad preventiva comunitaria, cultural en sentido general y de cooperación.

El Grupo mantiene, como preocupación permanente, el análisis de algunos ciudadanos que no tienen familiares directos para ocuparse de su cuidado y atención, por lo que humanamente siempre están pensando desde una actitud de protección indispensable para ellos, y de ayuda de la comunidad, mediante recursos subjetivos de solidaridad, y materiales, para satisfacer sus necesidades de subsistencia por invalidez mental o física.

4ª Sesión de reflexión: Problemáticas y necesidades sentidas por el Grupo de Prevención ampliado

En cuanto a prevención secundaria: Se ha atendido a reclusos y a otros sancionados, manteniéndose informados sobre su situación y realizándose visitas.

En cuanto a prevención social primaria, la preocupación y ocupación por la mortalidad infantil no ha cesado, y por ello, este indicador evidencia que no ha habido muertos fetales en los últimos tres años.

Otro indicador de desarrollo que implica la prevención en salud ha sido la atención a las embarazadas. No se abandona a las que presentan riesgo, aunque se resisten a atenderse, y finalmente, han sido convencidas de la necesaria medida, aceptando el ingreso.

Algunos ancianos son atendidos por los trabajadores sociales, aunque no les han brindado una atención sistemática.

Un enfermo crónico desde hace cinco años está siendo observado y visitado con cierta regularidad.

Varios alcohólicos que no se han logrado recuperar y algunos manifiestan comportamientos violentos.

El tiempo libre de los niños no se satisface en la medida necesaria por insuficientes actividades de recreación y deportivas en la comunidad.

Algunas formas de responder por parte de niños y adolescentes las cuales reflejan evidentes expresiones verbales no rectificadas en la familia y en la escuela.

Insuficiente divulgación entre la población acerca del rol que debe jugar el policía en la comunidad.

Actividades comunitarias promovidas en la iglesia con los niños, que contrastan con el insuficiente esfuerzo que se realiza por los ciudadanos que deben ser sujetos activos de la prevención temprana en la comunidad.

El papel activo que deben jugar los ciudadanos en la comunidad; favorecer mayor número de actividades organizadas para la ocupación del tiempo libre de los adolescentes y jóvenes, no se expresa como suficientemente efectivo.

Se hacen en la sesión de reflexión valoraciones contradictorias en cuanto al actuar de los tribunales en relación con los casos que el grupo de prevención y los factores han estimado de necesaria aplicación de medidas legales o sanciones penales ya que han repercutido en el mantenimiento reiterado de conductas antisociales.

DIAGNÓSTICO COMUNITARIO INTEGRADO A PARTIR DE LAS SESIONES DE REFLEXIÓN Y OTRAS INFORMACIONES RECOPIADAS

Principales logros del trabajo en la Comunidad

1. Buena actitud de los miembros del Grupo para participar, ofrecer opiniones y valoraciones.
2. El Grupo ha logrado estar unido y producir discusiones claras, precisas y adecuadas a la consideración de los problemas para facilitar su solución
3. Se imponen y mantienen preocupados acerca del conocimiento de los problemas que dependen de una gestión de la totalidad de sus integrantes, los que resultan de competencia individual y los que precisan de la competencia compartida entre varios miembros.
4. Los principales problemas comunitarios han sido identificados de forma consensuada.
5. Cuentan con colaboradores en la comunidad que les sirven de apoyo para resolver algunos problemas.
6. El clima de trabajo grupal es aceptable, adecuado y de colaboración interna.
7. La delegada es reconocida como líder real del Grupo en la actividad de trabajo comunitario.
8. Se ha logrado aumentar la vinculación laboral de amas de casa.
9. La vinculación escolar de las adolescentes que no estudiaban ha resultado prácticamente total con la incorporación de seis que se habían quedado rezagadas en sus estudios.
10. Se ha logrado la re-incorporación social de las jóvenes que ejercían la prostitución.

Principales dificultades del Grupo

1. El flujo informativo desde el Consejo Popular no resulta del todo satisfactorio, lo que se evidencia en las insuficientes orientaciones de los directivos municipales.
2. Es insuficiente la capacitación de los miembros del Grupo para realizar sus actividades preventivas,

con respecto a conocimientos criminológicos y sociológicos teórico-metodológicos con el objeto de su aplicación en el campo de la prevención comunitaria, de su investigación y de la aplicación de procedimientos y métodos fundamentados para la modificación y transformación de comportamientos antisociales y delictivos en la comunidad que resulten necesarios.

3. No se ha logrado sensibilizar al nivel deseado o requerido, a los profesionales y funcionarios municipales que aplican o dictan políticas y que tienen que ver con respuestas a necesidades de la población.

4. Hay lentitud y no han alcanzado el nivel de satisfacción que la población reclama en las respuestas a sus necesidades.

5. Se observa insatisfacción relativa con los resultados alcanzados en la realización del trabajo preventivo comunitario por parte de los miembros del grupo.

6. Se enfrentan dificultades materiales y objetivas para satisfacer algunas necesidades de la población principalmente relacionadas con la calidad de la vivienda.

Problemas principales

1. Inexistencia de control formal de los sancionados a medidas alternativas a la privativa de libertad
2. No se observa como suficiente la actuación de los jueces ejecutores en relación con las personas que se encuentran en libertad provisional.
3. La ciudadanía no siente suficiente apoyo de los encargados del control formal de los infractores de la ley penal.
4. Se producen cambios de los jefes de sectores lo cual no permite el sentir seguridad en la ciudadanía y protección contra elementos antisociales.
5. Los miembros del Grupo de Prevención no perciben suficientemente la participación de los funcionarios profesionales del nivel municipal, no reciben su asesoramiento para un proceder más calificado.
6. Con frecuencia la Fiscalía revoca la medida más severa que han aconsejado los factores en la zona y en el Grupo no existe una clara explicación para distinguir la justicia aplicada, por insuficiente participación de los miembros del mismo en la relación y comunicación con los fiscales.
7. Los factores en la zona expresan su descontento por la falta de apoyo en las decisiones colegiadas del Grupo Zonal.

A manera de conclusiones

Si bien es cierto que la investigación – acción participativa que implica un accionar – reaccionar – accionar, y por ello se estima que no deben establecerse conclusiones, nos interesa indicar algunos elementos que se corresponden con ciertas reflexiones sobre la investigación en este momento procesal en que debemos detenernos para valorar un resultado de la indagación.

Solamente quisiéramos que se estimaran como creencias, observaciones, criterios que deseamos compartir:

Es cierto que la actividad preventiva es realizada por muchos ciudadanos en la comunidad estudiada, de una manera más o menos comprometida. También es cierto que la delegada de la circunscripción es una persona muy trabajadora, colectivista, altruista, siempre comprensiva y con una forma de trato muy humano y comprensivo. No obstante, y aunque resulta ser líder en su comunidad, y es por ello que su poder de convocatoria ha permitido que se realicen las tareas planteadas como una necesidad inmediata, conspiran con el actuar eficaz de todo el grupo, algunos elementos distorsionadores. Entre estos elementos es preciso indicar: el requerimiento de muchas tareas emergentes que reflejan una voluntad verticalista, y no facilitan un plan sistemático, complejo, integral, holístico, que debe propender al desarrollo de una prevención temprana de desviaciones sociales en los niños que los conviertan en adolescentes agresivos y en jóvenes violentos.

Muy importante resulta la formación de todos los delegados de las circunscripciones porque cualquiera que sea el papel que les corresponda desempeñar en el municipio, la provincia o la Asamblea Nacional, como delegados electos por sus conciudadanos, deberán protagonizar la preocupación y ocupación por la y de la actividad preventiva y profiláctica en su lugar de residencia donde fueron electos, estando obligados por su rol protagónico decisivo, dadas las decisiones que deben tomar en su responsabilidad otorgada por sus vecinos y que representan en cualquier momento y lugar, de modo funcional (lo cual no quiere decir que ha renunciado a su máxima responsabilidad, sino que se apoya en la confianza que en él/ella han depositado).

Entre las acciones que fueron propuestas y aprobadas por el Grupo se incluyeron actividades para fortalecer las redes entre los vecinos y los trabajadores de los centros del territorio que les vayan confiriendo poder, desde el deseo de participar en la preocupación por las necesidades y problemáticas de los residentes en la comunidad, así como el mantenimiento de las sesiones de reflexión alrededor de los casos necesitados de las representaciones compartidas o diferentes que permitan los cambios de actitudes para la solución en las redes que se van estableciendo.

En la base de muchos comportamientos antisociales, se observa la violencia. Para producir cambios, es preciso convocar e impulsar el establecimiento de un Programa desde la No Violencia para la formación de valores, con adolescentes, maestros, padres, madres y todos los ciudadanos a quienes deseamos transmitir la idea de que la violencia es prevenible y que existen procedimientos, métodos, programas, dentro de una estrategia preventiva que podemos y debemos todos, cubanos, amantes de nuestra historia y de nuestras tradiciones y deseosos de un futuro mejor para las generaciones que nos sucederán, impulsar y desarrollar. Esperamos que las tareas emergentes no obstaculicen grandemente las posibilidades reales de producir cambios en la comunidad y llevar esos nobles objetivos hacia adelante.

Al presentar este Resultado de Investigación queremos señalar nuestra consideración en cuanto a que la búsqueda, recopilación y sistematización informativas resultan tareas permanentes muy necesarias para dirigir con eficacia la actividad preventiva, por lo que deben ser aseguradas organizativamente. Una de las cuestiones primordiales es el establecimiento de los límites de contenido indispensables para un funcionamiento efectivo. La información debe aclarar y ayudar a trazar la política de prevención de las conductas antisociales y delictivas. Únicamente así se puede considerar la actividad preventiva como instrumento de acción real sobre los fenómenos socialmente negativos implícitos en los procesos sociales de construcción progresista en el desarrollo social objetiva y subjetivamente considerado. Las representaciones sociales de los miembros del grupo y de las redes que los mismos pueden facilitar y apoyar permitirán una actividad más sólida y permanente en el análisis de los casos para cuya solución son llamados los grupos. La información organizada constituye un factor movilizador que eleva el nivel de la labor preventiva, dado que debe poseer justamente un significado de esta índole. Se necesita un enfoque académico, científico, transdisciplinario, combinado con las creencias, ideas, tradiciones de la comunidad, que el grupo de prevención puede ir extendiendo para producir transformaciones.

Resulta de gran importancia ir fortaleciendo cada vez más las redes de vecinos, miembros de las organizaciones sociales y políticas, trabajadores de los centros de trabajo radicados en el territorio, maestros, trabajadores de la salud y de cultura que faciliten el afianzamiento del poder popular, del saber, del querer, del sentido y el significado de las reflexiones conjuntas, de la incorporación de todos los saberes en las sesiones de reflexión y de la introducción cada vez mayor de los enfoques de la complejidad y de la representación social en el pensamiento socio-criminológico que deberá ir adquiriéndose cada vez mejor estudiado e interpretado.

Para terminar, queremos subrayar que estos resultados siempre serán parciales y estarán inconclusos, su completamiento es permanente e inacabado.

Propuesta de acciones y recomendaciones

Acciones

1. Ofrecer un Curso de Capacitación especialmente dirigido al Grupo de Prevención y vinculado, directamente, a la investigación-acción participativa para contribuir teórica y metodológicamente a alcanzar los cambios propuestos para el segundo Resultado.
2. Viabilizar la actuación del Grupo de Prevención con especial orientación hacia la prevención temprana.
3. Desarrollar el estudio del nuevo Decreto Ley N° 242/ 2007 sobre el Sistema Nacional de Prevención y Atención Social, debate con los miembros del Grupo de Prevención acerca del ejercicio de sus funciones, mediante la reflexión crítica sobre las prácticas sociales que prevalecen en su actividad cotidiana .
4. Detectar las condiciones del clima organizacional en el que la práctica profesional se realiza dentro del Grupo.
5. Promover la solidaridad, la empatía, el pluralismo y la organización participativa en la actualización de la Caracterización del Territorio del Consejo Popular.
6. Realizar la descripción del Grupo de Prevención, incluyendo la estructura, los temas tratados durante el año de trabajo transcurrido desde el informe de investigación anterior (2006) hasta el momento actual de la investigación (2007).
7. Monitorear, autoevaluar y evaluar el resultado de las acciones del Plan que fue aprobado por el Grupo de Prevención Comunitario.
8. Actualizar el Diagnóstico Sociológico-Criminológico del Grupo de Prevención estudiado, identificando justamente los principales logros y dificultades, las debilidades amenazas, fortalezas y oportunidades.
9. Exponer los cambios ocurridos, en cumplimiento del Programa de capacitación instrumentado para realizar a partir del próximo año 2007, expresamente para el Grupo de Prevención objeto de estudio.

Bibliografía

- Abric Jean-Claude (2001): Prácticas sociales y representaciones. Editorial Coyoacán, México.
- ARENAS BATISTA PATRICIA: (2004) «Mapa para comprender la participación». En: Participación social en Cuba. Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, La Habana, p. 17 – 46.
- Casado Elisa, Calonge Sary (2001): Conocimiento social y sentido común. Edit. Univ. Cent. De Venezuela. Caracas, p. 13 – 156, 181 - 200
- Castro Ruz Fidel. (1991): Discurso pronunciado en la inauguración del VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. En: Revista Cubana de Derecho . N° 1, La Habana, p. 8 - 15
- Castro Ruz Fidel. (2005) «Pensamiento de Fidel Castro en torno a la educación, salud y vida como derechos fundamentales del hombre». En: Olivia Miranda Francisco. Filosofía, ciencia y sociedad en Fidel Castro. La Habana, p. 55 – 60
- Dalgova A. I. , Kríguer V. I. , Cerebriacova V A. Gorbatovskaia e. G. (1988) *Fundamentos de Criminología para trabajadores prácticos*. Moscú, p. 5 – 39. (En ruso)
- D'angelo Hernández Ovidio S. (2005) El desafío ético-emancipatorio de la complejidad. Public. Félix Varela. La Habana, p. 27 – 29, 64 – 66; 99; 121 – 122; 125 – 126; 183
- Decreto-Ley N°. 242 «Del Sistema De Prevención Y Atención Social» (2007) En: Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ministerio de Justicia. Extraordinaria, La Habana, viernes 16 de marzo de 2007. Número 14, p. 69 - 74
- Marc Porter w., Catt Isaac E. «La reflexión narcisista del poder comunicativo: espejismos del progreso contra la discriminación en organizaciones». En: Narrativa y control social. Perspectivas críticas. Edit. Amorrortu, Buenos Aires, p. 140 – 142.
- Martínez Canals Elena. (2004) «Participación ciudadana y desarrollo comunitario. Un acercamiento al caso cubano». En: Participación Social en Cuba. Edit. CIPS, La Habana, p. 281 – 293.
- Navarrete Calderón Caridad. (2005) «Criminología: alcances, ciencia, disciplina y práctica social». En: Colectivo de Autores. Criminología. 1ª Edic. Edit. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 13 – 57.
- Navarrete Calderón Caridad. (2006) «Criminología: alcances, ciencia, disciplina y práctica social». En: Colectivo de Autores. Criminología. 2ª Edic. Edit. Félix Varela, La Habana, 2004, p. 13 – 57.
- Navarrete Calderón Caridad. (2003) Prevención temprana en grupos de prevención de consejos populares. En: Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas. MINJUS. N° 0. p. 57 – 98

Navarrete Calderón Caridad. (2002, 2003, 2004, 2005, 2006) Informes Anuales de Investigación con el Tema: «La prevención temprana en los grupos de prevención de los Consejos Populares». CIJ, MINJUS. La Habana.

Rodríguez Gómez Gregorio, Gil Flores Javier, García Jiménez Eduardo. (2002) Metodología de la Investigación Cualitativa. Sevilla, p. 39 – 60; p. 90 – 100

- Sóñora Cabaleiro María Soledad, Morales Elaine, Portieles Illovis, Vázquez Penelas Aurora. (S/F) «Sistematización de estudios precedentes sobre prevención comunitaria». Curso de Formación de Trabajadores Sociales, La Habana, p. 71 - 84
- Sotolongo Pedro Luis. (2005) «Profundización metodológica». En: Paradigmas emancipatorios en América Latina. V Taller (enero, 2003) Editora Academia, La Habana, p 37 – 42.
- Valdés Paz Juan. (2004) «Notas sobre la participación política en Cuba». En: Participación social en Cuba. Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, La Habana, p. 49 – 68.
- Vázquez Penelas Aurora, Dávalos Domínguez RoberTO. (1996) «Comunidad y descentralización. Una reflexión desde los ‘90». En: Participación Social. Desarrollo urbano y comunitario. Facultad de Filosofía e Historia./ Dpto. Sociología, Universidad. de La Habana, p. 18 – 27.
- Witten Marsha. (1997). «Narrativa y cultura de la obediencia en el lugar de trabajo». En: Narrativa y control social. Ob. Cit., p. 140 – 142.

CONDUCTA DESVIADA Y TRASTORNOS DE CONDUCTA. UN ACERCAMIENTO TEÓRICO PARA SU PREVENCIÓN

Deviant behavior and conduct disorders, a theoretical approach to prevent them

Lic. Alfredo Rodríguez Díaz

Dirección de Menores del Ministerio del Interior

MSc. María Soledad Sónora Cabaleiro

Profesora e Investigadora Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

En este trabajo se hace un recorrido por las teorías sociológicas y criminológicas de la conducta desviada y el delito, para luego examinar algunas concepciones sobre trastornos de conducta y necesidades educativas especiales—término definido desde la pedagogía—en los ámbitos internacional y cubano. Por último, se analizan rasgos del proceso de prevención social que tienen lugar en las escuelas cubanas «de conducta» y se enuncia una propuesta de conceptualización de: prevención social en el ámbito institucional educacional, de necesidades educativas especiales y de trastornos de conducta.

Palabras claves: sociología, criminología, conducta desviada, trastornos de conducta, necesidades educativas especiales, prevención social, escuelas de conducta.

Abstract The authors goes through the sociological and criminological theories of the inappropriated conduct and offence to go after to some conception about disturbance conduct and educative special necessities ---term defined from the pedagogy--- in the international and cuban sphere. Finally the characteristics of the process of social prevention in cuban schools “of conduct” are analized and it’s make a proposition of conceptualization of social prevention I the institutional and educational sphere of educative special necessities and disturbance conducts.

Key words: Sociology, criminology, inappropriated conduct, disturbance conduct, educative special necessities, social prevention and schools of conduct.

Teorías sociológicas y criminológicas sobre la desviación

La desviación y el delito han atraído la atención a lo largo de la historia de especialistas de muy diversa formación. Por consiguiente, sobre la etiología de los trastornos de conducta existen múltiples teorías biológicas, psicológicas, criminológicas y sociológicas.

Desde determinados modelos, teorías, perspectivas o enfoques, la cuestión ha sido examinada ya sea desvinculando al hombre de la sociedad como identificándolo con patologías o reconociendo la influencia más o menos significativa de elementos ambientales. El acento ha recaído indistintamente en la etiología de la desviación o en el proceso de transmisión de estilos de vida desviados, entre otros. Se han orientado hacia el infractor, desviado o comisario, hacia la influencia de los mecanismos de control social en el proceso de criminalización y hacia la reacción social frente al delito.

La sociedad ha reaccionado de diferentes formas ante comportamientos tan diversos como pueden ser la prostitución, el homosexualismo, el consumo de drogas o determinadas costumbres, modas o preferencias recreativas y musicales, que suelen asociarse al consumo. No obstante, el rechazo de tales conductas en función de su desviación de las normas sociales prevalecientes ha sido un elemento común.

Para unos (Jervis, 1977) la desviación supone la indeseabilidad social de tales conductas, la violación o transgresión de normas morales, sociales y jurídicas. Otros (Becker, 1971) entienden la desviación como consecuencia de la propia sociedad, y no como algo relativo al individuo. Una forma de agrupar los diferentes enfoques sobre desviación distingue entre las aproximaciones que buscan sus causas en determinadas características «naturales» de los propios individuos, y desconocen la responsabilidad del sistema social y, las que entienden la desviación como un fenómeno esencialmente social. (Coy E. y Martínez MC., 1988:19)

Las teorías propuestas desde la Criminología y la Sociología pueden ser presentadas a partir de múltiples criterios de ordenación: un criterio cronológico que muestre la evolución en las formulaciones o un análisis que agrupe las propuestas teóricas --desde las relaciones del hombre con la sociedad-- en consensuales, pluralistas y conflictuales. En nuestro caso, aun cuando no se examinen todos los autores y escuelas de pensamiento, decidimos afiliarnos a esta última forma, o sea, agruparlas según la propuesta de Ernesto Coy y María del Carmen Martínez (1988)

La noción de conducta desviada está asociada a los modelos consensuados de la sociedad, en correspondencia con el cual el funcionamiento de la organización social mayor se establece sobre la base de un consenso de la mayoría de los individuos en torno a valores e intereses compartidos. Como resultado del proceso de socialización el hombre aprende y acepta las normas establecidas. Por su parte, la idea del delito toma su origen en la ley penal. Las diferentes concepciones doctrinales hacen referencia a un esquema básico del delito que incluye, como elementos, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

La teoría del delito, desde la escuela clásica de criminología, es un modelo del contrato social y Cesare Beccaria el primero en exponer la posición del contrato social respecto a la naturaleza de las leyes: *«Las leyes son las condiciones con arreglo a las cuales los hombres, naturalmente independientes, se unieron en sociedad»* (Beccaria, 1804, citado por Taylor I., Paul W. y Jock Y., 1997:19). Supone un consenso entre los hombres acerca de la moralidad y la inmutabilidad de la distribución de los bienes y entiende que todo comportamiento infractor de las normas sociales es esencialmente patológico y propio de hombres incapaces de celebrar contratos.

La escuela positivista, uno de los paradigmas de la Sociología Clásica—diversa a su interior por la variedad de posiciones—assume el enfoque determinista del comportamiento que explica la desviación desde ciertas características individuales, sentimientos, imperfección humana, que escapan del control del propio delincuente incapaz de elegir un modo diferente de vida.

Los positivistas intentan cuantificar el comportamiento, demostrar que la acción humana está regida por leyes y aclarar la objetividad del científico. Disminuir el comportamiento no deseado o erradicar la conducta antisocial y el delito ---como un caso extremo de desviación--- constituyen la meta final de sus estudios científicos. En tanto defienden la idea de consenso social, no reconocen la existencia de conflictos de valores e intereses por lo que explican la conducta desviada como un defecto de socialización que debe ser tratado terapéuticamente. Consenso, determinismo y científicidad son el contenido del paradigma positivista. (Taylor I., Paul W. y Jock Y., 1997)

En la base de la concepción de Emile Durkheim sobre las condiciones que producen el delito y la desviación subyace la idea sobre las tensiones entre conciencia colectiva e individual como fuente de anomia, bajo una impuesta división del trabajo. La criminalidad es un indicador de la ineficacia de las normas sociales y los mecanismos de control en la regulación de la conducta social. (Taylor I., Paul W. y Jock Y., 1997)

Concibió el delito como un defecto de la socialización—necesaria para integrarse al orden social— y como una actividad funcional al sistema. Sólo altas tasas de criminalidad podrían afectar la estructura y acompañarse de un proceso de desorganización y de pérdida del valor de las normas. La relación dialéctica entre sociedad e individuo se modula por la autoridad moral en la medida en que sea aceptada. Dijo: «(...) *Clasificar el crimen entre los fenómenos de la sociología normal no equivale solo a decir que es un fenómeno inevitable (...), equivale a afirmar que es un factor de la salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana*». (Durkheim, 1964, citado por Taylor I., Paul W. y Jock Y., 1997: 96)

A la concepción de Durkheim se le critica (Coy, E. y María del Carmen Martínez, 1988) el antagonismo implícito entre hombre y sociedad, la comprensión del ser humano como algo pasivo al olvidar que el ser humano conforma y es conformado por la realidad y, la contradicción en la que cae al describir la desviación como la expresión de impulsos biológicos no obstante intentar desplazar el objeto de análisis, del estudio de las causas biológicas y psicológicas que determinan la actuación del delincuente—reduccionismo individualista— a la investigación de la situación anómica. En el capítulo titulado la «Solidaridad mecánica o por semejanzas», dice Durkheim: «(...) *Si se encuentran adultos que ignoran esas reglas fundamentales o no reconocen su autoridad, una ignorancia tal, o una indocilidad tal, son síntomas irrefutables de perversión patológica*»

Robert Merton y Talcott Parsons, exponentes de la teoría estructural funcionalista surgida en los años 40 y 50 del siglo XX, explican la desviación conductual individual desde lo social, a través del estudio de las estructuras e instituciones sociales, sus interrelaciones y la influencia coactiva que ejercen sobre los actores sociales.

En su teoría de la acción social, Parsons concibe cuatro sistemas con funciones propias: cultural, social, de personalidad y del organismo comportamental. El sistema social está conformado por individuos ejecutores de roles, predefinidos a partir del *status*, de la posición que se ocupa en la estructura social. El sujeto actúa de acuerdo con su *status* social definido por las expectativas institucionalizadas en torno a su comportamiento. La desviación es consecuencia de la alteración de la comunicación entre los sujetos; el desviado es incapaz de triunfar al no soportar la discrepancia entre los fines que pretende alcanzar y los medios a su alcance. Para subsistir un sistema social debe procurar una cierta coherencia o integración de su estructura con los sistemas

de personalidad y de la cultura y, son dos los mecanismos: la socialización y el control social. (Coy, E. y María del Carmen Martínez, 1988, Muñoz Gutiérrez T., 2006)

Merton, discípulo y crítico de Talcott Parsons, no consideraba la naturaleza biológica del ser humano como importante para explicar la desviación. Expone la naturaleza de las transgresiones de la ley así como de otros comportamientos desde el concepto de desviación social, visto como una manera de adaptarse al conflicto que se produce entre metas culturalmente establecidas y mecanismos estructurales que obstaculizan alcanzarlas. Esta situación de disfuncionalidad Merton la denominó «anomia», término que retomó de Durkheim. Definió cinco tipos de adaptaciones a una situación en que los medios legítimos para alcanzar una meta son inalcanzables: conformismo, ritualismo, rebelión, innovación y retraimiento. Su comprensión de la organización social alude a un sistema basado en la competencia por la obtención del fin que la sociedad propone. (Baratta, A., 1999)

Desde la tesis funcionalista, cultura y sociedad—variables que conforman el proceso anómico—son presentadas por separado y las formas de adaptación del desviado predicen la concentración de la delincuencia en las clases menos favorecidas.

La desviación ha sido vista, además de como una consecuencia de problemas de socialización, como resultado de la desorganización social originada, según la teoría de las subculturas, por la contraposición de metas culturales-mecanismos institucionalizados para alcanzarlas. Precisamente esta situación es la que da paso a la conformación de subculturas delincuenciales, aunque el concepto subcultural se extiende a conductas no delictivas. La interpretación dada por Cohen, Cloward y Ohlin refiere a disparidad entre cultura y estructura social. Sitúan el origen de la subcultura delincidencial en el conflicto generado por la interiorización de valores enfrentados y propios de diferentes clases sociales. El medio para reducir la situación anómica es precisamente la creación de una subcultura de valores propios que permitan la obtención del éxito. El ambiente social orienta o no la elección de un comportamiento delictivo, según sea la posibilidad de acceder al status deseado.

La teoría de las subculturas, además de asumir que toda la delincuencia es producto o forma parte de una subcultura, también postula que el fenómeno subcultural suele ser más frecuente en la clase obrera, lo cual presupone una correlación entre clase social y delincuencia. Desconoce, por ejemplo, que el llamado delito de cuello blanco es delincuencia y no es considerado subcultura.

Por otra parte, la ambigüedad en la definición del término subcultura ha conllevado a su uso peyorativo y a la inclusión de todo comportamiento que desafíe el modelo dominante.

Desde el modelo pluralista, el consenso es entendido como el conjunto de reglas que permiten la resolución de conflictos surgidos en la organización social. El ordenamiento jurídico es el instrumento técnico y neutral de regulación de los conflictos de intereses entre los diferentes grupos que componen la sociedad y la criminalidad es un comportamiento aprendido y resultante del proceso de interacción. (Coy, E. y María del Carmen Martínez, 1988)

Las dos perspectivas sobre el significado de las normas: inhibidoras del comportamiento desviado (anomia) o que podían fomentarlo y apoyarlo (egoísmo), fueron retomadas por sociólogos norteamericanos. La primera postura caracterizó la posición ecológica de la Escuela de Chicago (Albion Small, Robert Park, Charles Horton Codey, George Herbert Mead); uno de los enfoques que forman parte de lo que se ha llamado empirismo, surgido en Estados Unidos de América como variante crítica a la sociología tradicional positivista del siglo XIX, y que desplaza la atención del estudio de las estructuras sociales y las instituciones hacia temas particulares vistos en su relación con el ámbito inmediato. (Colectivo de autores, 2006)

Desde la Escuela de Chicago y su sentido de la mejora o reforma social, se estudian las relaciones entre los seres humanos y su medio ambiente; la delincuencia y su distribución espacial por zonas, en las ciudades industriales—vistas éstas como centros de contradicciones—y en relación con procesos migratorios y ambientes urbanos aislados y carentes de normas. Los índices de criminalidad son vistos como una de las manifestaciones de la desorganización social causada, a su vez, por el flujo migratorio hacia las grandes ciudades. (Sven-Axel, 2000:41) Utilizan terminología de las ciencias naturales para explicar procesos sociales. (Ecología humana de Robert Park) Se alejan de la visión biopatológica de la desviación, pero la reducen a un determinismo ambientalista y mantienen la idea de que los comportamientos delictivos se transmiten entre individuos residentes en «(...) *vecindarios específicos, que proporcionaban experiencia, modelos de conducta y oportunidades para adoptar una conducta desviada*» (Colectivo de autores; 2006)

La teoría de la Asociación Diferencial es otro de los modelos de desviación social. Edwin Sutherland (1947), su representante, se opone a la idea de que el delito y la desviación sean un producto de la patología personal—en el plano individual— y de la desorganización social. Los concibe como resultado de un proceso de aprendizaje desencadenado por la interacción u

asociación con personas y grupos con pautas comportamentales delictivas. Admite la pluralidad de grupos, con valores y normas propios que, al entrar en conflicto, generan grupos culturales cuyas normas se contraponen al sistema. La integración, al interior de estos grupos, es resultado de un proceso de asociación diferencial que remite el análisis al entorno más cercano al individuo. Esta concepción de la sociedad se aleja de la interpretación consensual y del sesgo biológico sobre el delincuente. Sin embargo no se reconoce la capacidad de elección del sujeto quien es visto como un receptor pasivo conformado con los significados que prevalecen en su medio social. (Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, 1997)

Los teóricos del «labelling»—influidos por el interaccionismo simbólico (Mead G.H., 1982) y por la etnometodología inspirada por la sociología fenomenológica de Alfred Schutz—del control social, de la reacción social o del rotulado, desarrollan una teoría social de la desviación que incorpora una nueva variable: el control social y su efecto estigmatizador. Howard Becker (1964, 1974) y Edwin Lemert (1972), dos de sus representantes, rechazan la herencia positivista acerca del delito y la desviación. Desde esta perspectiva la pregunta correcta es: ¿Desviado para quién y respecto de qué? Se centra la atención en los efectos que provoca el etiquetamiento de desviado impuesto por los agentes del control social, y se desplaza la atención hacia quienes tienen el poder de definir como normal o desviada, lícita o ilícita, una conducta. Según este enfoque, la desviación es una consecuencia de la aplicación, por otros, de reglas y no un atributo inherente a la conducta, por lo que se le critica la conclusión lógica que se deriva: ningún comportamiento pudiera ser llamado desviado. (Baratta, A., 1999)

Entre las corrientes fenomenológicas se encuentra el enfoque dramático de Goffman, la posición de los etnometodólogos y el enfoque naturalista de Matza, los cuales interpretan la desviación como un hecho inherente a la naturaleza de la estructura social, cuyo contenido no interesa al sistema. Goffman, quien niega la existencia de la desviación social, parte de una visión dramática de la vida social, entiende que la conducta es una representación ajena a jerarquías de valores; el actor se ve ajeno a estructuras sociales y económicas, a relaciones de poder. Los etnometodólogos se sustraen a la cuestión del origen de la desviación. Abogan por una realidad construida interindividualmente. La realidad social es una construcción del lenguaje y la desviación, como parte de ella, se estudia desde la perspectiva de su definición. Tienen una visión intemporal y sin determinantes sociales de la realidad. Critican a la sociología tradicional el haberse ocupado sólo de las normas explícitas por acuerdo compartido y no, de las de las reglas

básicas que asignan significado al ambiente en la medida que confieren un sentido al orden social. (Baratta, A., 1999)

Por su parte, la teoría de Sykes y David Matza (1961) se presenta como una teoría de la delincuencia alternativa a la teoría de las subculturas, sin embargo las técnicas de neutralización que describen constituyen parte de las definiciones favorables a la violación de la ley de Sutherland y Cohen. Para estos autores, la delincuencia no siempre supone la asunción de valores opuestos a los aceptados por la mayoría. Los delincuentes reconocen el orden social dominante lo cual, dicen, se manifiesta en el sentimiento de culpa y de vergüenza cuando violan las normas. Es a través del aprendizaje de las técnicas de neutralización (racionalización del comportamiento desviado, conjunto de justificaciones de la conducta) que el menor se hace delincuente.

Las transformaciones económicas, políticas y sociales que tienen lugar a fines del siglo XIX e inicios del XX repercuten en las ideas sociológicas de equilibrio y orden; surgen enfoques que se cuestionan el funcionamiento de la sociedad sobre la base del consenso, se aproximan a una realidad de conflicto, y defienden el cambio, en sus variantes. Entre estas se encuentran la Sociología Marxista, la Escuela de Frankfurt (Max Horkheimer, Theodor Adorno, Erick Fromm, Walter Benjamín y Herbert Marcuse). y la Sociología Crítica Norteamericana con Charles Wright Mills. (Muñoz T., 2006)

Las teorías del conflicto explican la desviación y la criminalidad como una cuestión política, una manifestación del poder hacer ilegal un comportamiento. La sociedad no está sustentada en el consenso, sino en el conflicto de intereses surgido entre los grupos, causa de la criminalidad; el orden social se mantiene a través de la coerción, no por el consentimiento. La criminalización es consecuencia de la utilización del poder coercitivo. El sujeto es percibido como opuesto a la estructura social y el poder de criminalizar como la expresión de la voluntad del más fuerte. (Coy, E. y María del Carmen Martínez, 1988)

Los ingleses Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young (1997), representantes de la Nueva Criminología, elaboraron su propuesta desde posiciones marxistas y una concepción política de las desviaciones. Su teoría excluye cualquier condicionamiento biológico y psicológico. En su opinión una teoría marxista de la desviación debe explicar cómo en determinados períodos históricos los poderosos intentan ordenar el Estado de una determinada manera. Proponen la supresión de las desigualdades sociales, una distribución de la riqueza más equitativa.

Constituyen elementos fundamentales de su teoría los siguientes: 1) Estudio de los orígenes mediatos del acto desviado en su marco estructural en función de la situación política y económica de la sociedad; 2) Estudio de los orígenes inmediatos del acto desviado, de las experiencias que favorecen la conducta desviada desde la interpretación del propio individuo que las vive; 3) El acto en sí mismo. Relación entre creencias y actos; 4) Orígenes inmediatos de la reacción social, reacciones formales o informales de las instancias de control y de las relaciones personales; 5) Orígenes mediatos de la reacción social, imperativos económicos y políticos de control de la desviación, que legitiman o deslegitiman determinados comportamientos.

A este modelo se le reconoce el enfoque de la desviación en una estructura social con determinantes económicas y políticas, la denuncia que hace de los abusos de los órganos de poder y la invocación a la despenalización de determinadas conductas e instituciones. Sin embargo su explicación sobre el significado político de la desviación deja fuera una serie de conductas que carecen de rango político como los delitos contra la propiedad y la criminalidad de cuello blanco. (Coy, E. y María del Carmen Martínez, 1988)

Las corrientes de pensamiento apuntadas no constituyen, en modo alguno, un completo panorama de las teorías existentes, pero permiten orientarse en el conjunto de concepciones que tratan de comprender y explicar teóricamente la desviación y el delito; concepciones que también incluyen definiciones y clasificaciones de la delincuencia, el delito, la prevención, las conductas inadaptadas, desviadas o trastornos de conducta y su tratamiento.

Trastornos de conducta, necesidades educativas especiales y prevención social

Las teorías de la desviación también han influido en el desarrollo de la educación, hoy denominada especial. Conjuntamente con la organización, en Europa y Estados Unidos de América, de los sistemas de educación, en el siglo XIX se crean las primeras instituciones dedicadas al tratamiento de los «deficientes».

El examen que seguidamente aparece de los conceptos de trastornos de conducta y necesidades educativas especiales evidencia que, en su base, subyacen presupuestos de las teorías de la desviación como se observará en varias de las definiciones que se explican en este epígrafe.

Los criterios operacionales utilizados en el diagnóstico de los trastornos de conducta parten de la forma de distinguir entre lo normal y lo anormal o desviado. Según refiere Boris G. Isla Molina (2002), uno de ellos ---modelo estadístico--- entiende la normalidad como media, por lo que,

dice, este enfoque homologa el ser diferente con la anormalidad. Considerar la normalidad como ideal es otra manera de entenderla, la cual presupone que la normalidad es una pretensión que nunca se alcanza y, se le critica la sobrepatologización de la realidad humana y su escasa funcionalidad para diferenciar una conducta de otra. La concepción de la normalidad como ajuste es una tercera perspectiva, supone la capacidad de adaptación del sujeto a su medio y desplaza al plano patológico todo lo que obstaculice la consolidación de los vínculos del individuo con su entorno. A este modelo se le imputa la absolutización de la norma colectiva como moral y ética individual.

El conocimiento de los fundamentos de la Psicología de las edades y las etapas evolutivas del desarrollo del niño, la niña y el adolescente, es considerada, por no pocos especialistas en la materia, una importante premisa para la comprensión y explicación de la noción trastornos de conducta.

La búsqueda y análisis bibliográficos realizados acerca del concepto trastornos de conducta evidencian la complejidad que entraña su definición. No obstante los intentos a escala internacional y nacional para unificar criterios en torno a su conceptualización, no existe consenso entre los especialistas que se ocupan de la evaluación y modificación del comportamiento humano. Se utilizan diferentes nomenclaturas y términos como los de escolares difíciles, escolares inadaptados, problemas de conducta, difíciles de educar, niños inestables, conducta antisocial o conducta desviada.

Desde la psiquiatría los profesionales que diagnostican estos trastornos utilizan los criterios establecidos por el American Psychiatric Association (1994) en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales, cuya cuarta edición, conocida como el DSM-IV, fue en mayo de 1994.

El término fue utilizado por primera vez en el año 1952, en el Manual de Diagnóstico y Estadística de los Trastornos Mentales de la American Psychiatric Association, entendido como «(...) *una reacción transitoria manifiesta primariamente como una alteración de la conducta social*» La definición apuntaba, además, que las manifestaciones podían ocurrir en el hogar, la escuela o la comunidad y que éstas incluían: haraganería, robo, destructividad, crueldad, ofensas sexuales, uso de alcohol, etc. (Multimedia MINED)

En el Glosario Cubano de la Clasificación Internacional de Enfermedades Psiquiátricas (GC-1) del año 1975, el concepto se definía como «(...) *aquellos trastornos psiquiátricos de la infancia y*

de la adolescencia que son más estables, internalizados y resistentes al tratamiento que los trastornos situacionales transitorios pero menos que las neurosis, las psicosis y los trastornos de la personalidad (...)» Posteriormente, en la versión cubana, capítulo V de la Clasificación Internacional de Enfermedades y del Glosario psiquiátrico adjunto (GC-2) del año 1982, se hace referencia a comportamientos que no puedan ser incluidos en las restantes categorías y se definen como: «*Trastornos psiquiátricos que comprenden principalmente comportamiento antisocial agresivo, destructivo y delincuencial*»(Pérez M. M., s/f)

En Cuba son varios los investigadores que han estudiado el fenómeno desde la relación dialéctica que se establece entre factores biológicos, psicológicos y sociales (Vega, R. 1983; Ortega, L.1988; Arias, G. 1998; Betancourt, J. 2001; Fontes, O. 2002; Pupo, 2006).

Betancourt J. y colaboradores (1992) lo han definido como: «*Desviaciones en el curso del desarrollo normal de la personalidad por su frecuencia, intensidad y relativa estabilidad. La esfera psicológica más dañada es la esfera afectivo-volitiva*». Aurora Vázquez, socióloga cubana (2005:120), al referirse a trastornos de conducta dice que son «*(...) las manifestaciones de inadaptación social cuyas consecuencias comportan para el sujeto una dificultad para incorporarse al funcionamiento social y establecer en su seno una armónica relación*»

Según la opinión de la profesora cubana Lourdes Ilizastegui son dos las corrientes de pensamiento que sustentan la evaluación y el diagnóstico de los trastornos: modelo médico psiquiátrico y modelo psicosocial. El método psiquiátrico utilizado para la clasificación subraya los elementos negativos y se le critica el etiquetamiento o rotulado del niño, pero se le reconoce su utilidad para despejar las potencialidades que deben ser desarrolladas. Recomendaba utilizar un modelo diagnóstico pedagógico, psicosocial, psicológico, médico y social.

La concepción cubana sobre los trastornos de conducta ha ido evolucionando y acompañando el proceso de perfeccionamiento del sistema de educación especial y en la actualidad continúa constituyendo una de las líneas de investigación en el campo de la pedagogía. La Dirección de Educación Especial del Ministerio de Educación ha rectorado este proceso conjuntamente con el Centro de Referencia Latinoamericano para la Educación Especial (CELAEE), fundado en el año 1990 por acuerdo de los participantes en el Congreso Pedagogía 90.

Desde el punto de vista teórico, esta actividad pedagógica se desarrolla en un marco contradictorio y polémico que se expresa no sólo en la diversidad de términos utilizados para denominar el objeto de estudio y la orientación y contenido de las definiciones, sino también en

los métodos de trabajo. Algunos de los elementos implícitos en la concepción sobre los trastornos de conducta manejada por los pedagogos cubanos son: su etiología polifactorial o multivariable, la interacción de la influencia --mantenida en el tiempo-- de componentes biológicos y sociales que provocan daños en la esfera emocional-volitiva que se resisten al tratamiento. (Multimedia MINED)

La Dirección de Educación Especial del Ministerio de Educación ha trabajado en la elaboración de un concepto de Trastornos de la Conducta que se ajuste a la realidad cubana y las características del niño cubano. Partiendo de la sistematización de las concepciones manejadas en las antiguas República Democrática Alemana y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas lo definió en su momento como: «Desviaciones que se presentan en el desarrollo de la personalidad de los menores, cuyas manifestaciones conductuales son variadas y estables, esencialmente en las relaciones familiares, escolares y en la comunidad. (...) *tienen como base fundamental las influencias externas negativas asociadas a condiciones internas desfavorables*» (Fontes Sosa O. y Pupo Pupo M., 2006:37)

Existen varias clasificaciones de estos trastornos. Fontes O. y Pupo M. (2006) describen como las principales formas de los trastornos de conducta la hiperquinesia, la timidez, la agresividad, las fugas, la inadaptación neurótica y las conductas delictivas. Otros autores han agrupado en cuatro sus síntomas más comunes: conducta agresiva (Conducta intimidante, peleas físicas, crueldad con otras personas o animales, uso de armas), conducta destructora (Vandalismo, destrucción intencional de la propiedad, incendios intencionales), Falsedad, engaño (Mentira, robo, hurto, delincuencia) y violación de reglas (No asistir a la escuela, escaparse, bromas pesadas, actividad sexual a muy corta edad).

En el Decreto Ley 64 del año 1982 que dispone la creación «Del sistema para la atención a menores con trastornos de conducta» vigente hasta el momento, aunque en proceso de estudio y revisión hace ya algún tiempo, se clasifica en tres categorías a los menores. En el caso específico de la segunda categoría dice: «*Menores que presentan conductas disociales o manifestaciones antisociales que no llegan a constituir índices significativos de desviación y peligrosidad social o que incurran en hechos antisociales que no muestren gran peligrosidad social en la conducta, tales como determinados daños intencionales o por imprudencia, algunas apropiaciones de objetos y maltratos de obra o lesiones que no tengan mayor incidencia y escándalo público, entre otras conductas poco peligrosas de acuerdo con el alcance de sus consecuencias*».

Estudios realizados por los ministerios cubanos de Educación y del Interior identificaron como las expresiones o manifestaciones más comunes y frecuentes de trastornos de conducta, en nuestro medio, las siguientes: los hurtos y robos, la falsificación, el daño a la propiedad social, los escándalos públicos, riñas y negocios ilícitos y el hábito de deambular hasta altas horas de la madrugada.

Si en algo están de acuerdo los estudiosos de este tema es en el rol que desempeña la familia en la aparición de tales comportamientos. La caracterización del medio familiar de los niños cubanos con trastornos de conducta, elaborada como resultado de la realización de una serie de estudios, apunta los indicadores siguientes: disolución de la unión conyugal de los padres, madres menores de 19 años de edad, problemas en la comunicación intrafamiliar, carencia afectiva, condiciones materiales de vida adversas (bajos ingresos, viviendas en mal estado, hacinamiento, promiscuidad, escaso equipamiento doméstico), padres que no ejercen control alguno sobre la disciplina de sus hijos, despreocupación por el cumplimiento de los deberes escolares y sociales de los hijos, presencia de alcoholismo, de indisciplina social y conductas delictivas. (Multimedia MINED)

Necesidades Educativas Especiales

Desde la pedagogía se trabaja, además, con el concepto de necesidades educativas especiales (NEE) el cual es un producto de la evolución histórica de la educación especial (Cañedo Iglesias G., 2007).

El término forma parte de los supuestos básicos del movimiento de integración educativa iniciado en Estados Unidos en los años 60 (Macotela Flores, S., 2004), y popularizado en los 80 por el Informe Warnock, elaborado por la Secretaría de Educación del Reino Unido en 1978. En el año 1976, la Organización Mundial de la Salud aprobó la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), publicada en 1980. Esta Clasificación complementaría a la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE). (Luque Parra D., 2007) A su vez la UNESCO promovió el concepto de NEE y elaboró un proyecto de acción en el año 1994. (Vain Pablo D., 2007)

La llamada Declaración de Salamanca, cuyo nombre técnico es Proyecto de Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales lo define diciendo: “(...) *se refiere a los niños y jóvenes cuyas necesidades surgen por su discapacidad o dificultades del aprendizaje. Muchos niños*

pueden experimentar dificultades de aprendizaje y tener por lo tanto Necesidades Educativas Especiales en algún momento de su escolarización»ⁱ

En opinión de Luque Parra (2007) el término hace referencia a aquello que cualquier persona precisa para tener acceso a conocimientos y habilidades propios del grupo social en el que está inmerso y en el que ha de integrarse como persona, y desplaza la atención hacia el contexto, tanto como hacia sus miembros, suponiendo la familia y el entorno social, además del sistema educativo y su institución escolar, el marco generador de elementos que pueden favorecer o limitar esas necesidades. Con esta conceptualización operativa, afirma, se busca la adecuación del sistema educativo al niño que las tiene y se consideran especiales no por su trastorno sino por la necesidad de atender sus dificultades, dirige el proceso enseñanza-aprendizaje hacia la individualidad de la persona y la respuesta educativa y no lo centra en el trastorno.

Unas definiciones centran la atención en problemas que afectan el proceso de aprendizaje. En ellas lo que importa es la relación del trastorno con los procesos educacionales involucrados. (Joaquín Díaz, 2001, citado por Isla B., 2002). Otras concepciones van más allá del proceso de aprendizaje y entienden los trastornos de conducta como un tipo de necesidad educativa especial ---resultante de la desviación de la personalidad--- que obstaculiza el desarrollo armónico e integral de la persona. (López Rodríguez Y., 2007)

La sistematización realizada de las múltiples definiciones existentes acerca del concepto de NEE permitió identificar algunos rasgos comunes, como los siguientes:

- Se considera que las dificultades de aprendizaje pueden derivarse de discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, afectivo-emocionales, de sobredotación intelectual, de trastornos graves de la conducta o por hallarse en situación desfavorecida como consecuencia del entorno socio familiar educativo.
- Acentúa los recursos educativos necesarios no las dificultades de aprendizaje. Se concibe la educación especial como el conjunto de recursos (materiales, técnicos, metodológicos, arquitectónicos, curriculares y profesionales) puestos a disposición del sistema educativo y no como la educación de un tipo de alumnos. (Carvallo Ramos Y., 2007)
- Busca disminuir los efectos nocivos del etiquetamiento que ha signado a la educación especial sobre la base de que todo niño tiene NEE por lo que se considera un término no discriminatorio.

- Propugna educar en condiciones lo más cercanas a la normalidad por lo que se le reconoce un carácter normalizador.
- Se asume que las NEE tienen un carácter relativo e interactivo; es decir, las dificultades del alumno pueden ser temporales y depender tanto de características personales como del entorno socio familiar educativo en el que se desenvuelve.

Prevención social

La prevención social, teórica y prácticamente, es abordada desde modelos diversos, tales como: médico-asistencial, jurídico, psicosocial, y clasificaciones también diferentes. La tipología más utilizada, aún en el ámbito de las ciencias de la educación, continúa siendo la propuesta realizada desde el campo de la salud que la clasifica en prevención primaria, secundaria y terciaria a partir del momento procesal de surgimiento y evolución del problema en el que se pretende intervenir, es decir antes de su surgimiento, después de originado y antes de que evolucione, así como luego de establecido y desarrollado el problema.

Al definir el concepto de prevención ---particularmente del delito--- es frecuente la referencia a conjunto de medidas, actividad o formas de enfrentamiento dirigidas a la evitación, disminución o erradicación de causas, condiciones y consecuencias del comportamiento criminal. (Colectivo de autores, 2005:8)

En el ámbito comunitario la prevención social ha sido entendida como un *«proceso dirigido a garantizar la reproducción efectiva de relaciones sociales estables y armónicas y la reducción de la vulnerabilidad social y/o remozamiento de problemas sociales criminógenos, a partir de la organización, preparación, planificación y participación de la propia comunidad en la transformación de su realidad teniendo en cuenta sus recursos y potencialidades»* (Colectivo de autores, 2005: 11-12)

El colectivo de autores citado se inclina por la concepción de la prevención como un proceso de transformación de la realidad ---de carácter predominantemente educativo y sociocultural--- orientado a la articulación del desarrollo social y económico sobre un consenso sociopolítico de legitimación de las normas sociales imperantes. Focalizan *«(...) los ejes directrices de la prevención social en los macroniveles de decisión (...), que solo se pueden encontrar en las políticas sociales que cada sistema socioeconómico define (...)»*(Ob. Cit.:110)

Constituyen premisas o condiciones para el desarrollo de la prevención social comunitaria las siguientes:

- Enfoque multidisciplinario, integral y sistémico.
- Su carácter proactivo y eminentemente educativo y sociocultural.
- La búsqueda de consensos representativos que legitimen las normas, valores e intereses sociales establecidos.
- La consideración de todos los niveles de intervención social: individual, grupal y comunitario.
- La participación social como eje que atraviesa todo el proceso de prevención comunitaria y que lo legitima.
- Estrategias dirigidas a: 1) Fortalecer el sentimiento de identidad y pertenencia a la comunidad y crear conciencia de los problemas sociales comunes; 2) Capacitar a los miembros y líderes formales e informales comunitarios y; 3) Organizar y estimular el proceso participativo en todas las fases del proyecto.

El Ministerio de Educación cuenta con un Programa de Prevención Nacional que contiene las misiones generales para su aplicación, adecuación y concreción en todas las instituciones educativas del país. Sin embargo, los lineamientos para el trabajo preventivo también están contenidos en resoluciones, orientaciones metodológicas, cartas circulares, decretos ley y otros documentos.

Para la elaboración de este programa de prevención ministerial se tuvieron en cuenta los resultados de una investigación realizada durante el quinquenio 1986-90, denominada *Efectos de las condiciones socioeconómicas familiares adversas en la aparición del retardo en el desarrollo psíquico: Acción preventiva escolar y comunitaria*, que identificó un conjunto de factores de riesgo y demostró la factibilidad de la prevención temprana desde el ingreso a la escuela. (Multimedia MINED)

La variedad de razones que pueden dar lugar al internamiento en una escuela de conducta de un niño o adolescente es una de las particularidades y de los retos que se afrontan, además de indicar que a estas instituciones compete desarrollar un proceso de prevención secundaria y hasta terciaria, si se asume la clasificación de prevención ya mencionada. La prevención primaria, temprana o real prevención—se utilizan diferentes denominaciones—es competencia, en correspondencia con la organización del sistema de educación cubano, de otros tipos de

enseñanza: círculos infantiles, programa Educa a tu hijo para la atención a niños menores de seis años por vías no formales, e instituciones de la enseñanza general a todos los niveles.

Las edades de los niños, niñas y adolescentes objeto del proceso preventivo que se desarrolla en el marco de la educación especial es otro de los desafíos. A estas escuelas pueden ingresar personas de ambos sexos, con edades hasta 16 años. Por tanto, deben dar cobertura a más de un nivel de enseñanza, comunicarse con niños de 10 años y con adolescentes de 15 cuyos comportamientos y necesidades son también diferentes y comprometen diversas esferas del desarrollo de la personalidad.

Otra particularidad del proceso de prevención que debe tener lugar en las escuelas de conducta es la participación de profesionales de muy heterogéneas especialidades (psicólogos, logopedas, psicoterapeutas, pedagogos, trabajadores sociales). El éxito de la labor que realizan estos especialistas depende, en gran medida, de su preparación y calificación. Un plan de prevención en este ámbito escolar requiere de la utilización de un dispositivo de técnicas psicoeducativas, psicosociales, psicocorporales, de orientación psicológica y de acción social educativa que exigen del educador una formación altamente especializada. Un proceso de prevención nunca debe ser espontáneo sino planificado, pero en el ámbito objeto de estudio este debe ser un principio inviolable.

Por otra parte, el proceso correctivo y compensatorio no está orientado sólo al niño o adolescente, incluye también a las respectivas familias, quienes generalmente presentan dificultades en el cumplimiento de sus funciones.

La necesaria participación en este proceso de un amplio conjunto de actores sociales, muchos de los cuales, incluso, no responden o no se subordinan a la institución escolar, es otro de los rasgos distintivos que se complejiza aún más dado el carácter provincial de algunas de estos centros escolares. Por consiguiente, el control del funcionamiento de este sistema rebasa los límites geográficos de un municipio, las fronteras de una disciplina científica e involucra múltiples instancias, instituciones, organizaciones y ministerios.

En la labor preventiva que tiene lugar en las escuelas de conducta, además del Decreto Ley No.64 de 1982, incide lo dispuesto en el Decreto Ley No. 242, en vigor desde el 16 de abril de 2007, que instituye el Sistema de Prevención y Atención Social en los niveles nacional, provincial, municipal y en los territorios de los Consejos Populares y de circunscripciones y deroga el Decreto Ley No.95 de 1986. Este Sistema es dirigido por una Comisión Nacional adscrita al

Consejo de Ministros y se define «(...) como un centro de coordinación de los esfuerzos de las instituciones que lo integran (...) sin suplantando las facultades y atribuciones de aquellas»ⁱⁱ

De la integración del Sistema de Prevención y de sus objetivos se puede deducir el tipo y contenido de las relaciones que tienen con las escuelas de conducta las instituciones y organizaciones representadas en él. Los Ministerios de Educación, del Interior, de Trabajo y Seguridad Social, de Cultura, de Educación Superior y el Instituto Nacional de Deporte, Educación Física y Recreación, tienen representantes permanentes al igual que organizaciones como la Unión de Jóvenes Comunistas, la Federación de Mujeres Cubanas, los Comités de Defensa de la Revolución y las diferentes federaciones estudiantiles, entre otras.

Mientras que objetivos como: «propiciar la unidad de acción en la prevención del delito y las demás conductas antisociales» (...) y «coadyuvar a la educación y rehabilitación de los que incurran en conductas antisociales y delictivas»ⁱⁱⁱ, precisan la necesaria cooperación. Son atribuciones de la Comisión Nacional «conocer periódicamente de la organización y funcionamiento de los centros de atención, orientación y tratamiento de menores con trastornos de conducta (...)» y «orientar lineamientos generales para la confección de programas de preparación de personal vinculado a la actividad de prevención y atención social»^{iv}

Resumiendo, coincidimos con Boris G. Isla Molina (2002) en su planteamiento acerca de la necesidad de elaborar un concepto operacional que, además de contener la complejidad de los factores que inciden en la presencia de los trastornos conductuales, integre las perspectivas disciplinarias que se ocupan del estudio y tratamiento de tales comportamientos.

Por lo pronto optamos por una definición operacional de **prevención social** que remita al ámbito institucional de la educación especial, entendido como: Proceso educativo institucional de carácter correctivo y compensatorio de alteraciones del desarrollo de la personalidad de niños y adolescentes con necesidades educativas especiales, a los efectos de lograr su desarrollo integral. Está orientado, fundamentalmente, al niño y su familia, y es organizado, planificado y dirigido por un equipo multidisciplinario en el marco de un centro de educación especial.

Aun cuando el sistema institucionalizado en el país asume el término de «trastornos de conducta», en torno al cual se regula la labor preventiva y el funcionamiento de las escuelas llamadas «de conducta», nos inclinamos por la utilización del concepto de **Necesidades Educativas Especiales** definido como: dificultades de aprendizaje que pueden derivarse de discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, afectivo-emocionales, de sobredotación

intelectual, de trastornos graves de la conducta o por hallarse en situación desfavorecida como consecuencia del entorno socio familiar educativo.

Y se asume la conceptualización de **trastornos de conducta** como un tipo de necesidad educativa especial que por su frecuencia, intensidad y relativa estabilidad, afecta la esfera afectivo-volitiva y produce alteraciones en el curso del desarrollo de la personalidad de niños y adolescentes. Su etiología es polifactorial o multivariable y son provocados por la interacción de la influencia, mantenida en el tiempo, de componentes biológicos y sociales. Se traducen en comportamientos de muy diversa expresión en los ámbitos familiar, escolar y comunitario en forma de agresividad, crueldad, fugas, violación de reglas y normas, actividad sexual temprana y desordenada, entre otros.

Notas

ⁱ UNESCO. Proyecto de Marco de Acción sobre Necesidades Educativas Especiales, Salamanca, 1994: 1.

ⁱⁱ Decreto Ley No. 242 Del Sistema de Prevención y Atención Social, Gaceta Oficial de la República de 16 de marzo de 2007, Capítulo I, artículo 2.

ⁱⁱⁱ Decreto Ley No. 242 de 16 de marzo de 2007, Capítulo II, artículo 2, incisos b y e.

^{iv} Idem, Capítulo V, artículo 7, incisos d y e.

Referencias bibliográficas

Baratta, A. (1999): Criminología Crítica e Crítica do Directo Penal. Introducao a Sociologia do Directo Penal, Freitas Bastos editora, 2a edición, Instituto carioca de Criminología, Río de Janeiro.

Cañedo Iglesias G. (2007): El desarrollo científico-tecnológico, la evolución en las perspectivas sociales-humanistas y la atención de las necesidades educativas especiales [citado 7 de febrero de 2007]. Disponible en Internet: www.monografias.com/trabajos12/csocpub/csocpub.shtml,.

Carvallo Ramos Y., (2007): Las necesidades educativas especiales. Educación preescolar, Villa Herosa, Tabasco, México. [citado 7 de febrero de 2006]. Disponible en Internet: www.educacioninicial.com/ei/contenidos/00/0450/462.ASP

-
- Coy E. y María del Carmen Martínez (1988): Desviación social (Una aproximación a la teoría y la intervención), Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones.
- Colectivo de autores, (2005): Prevención comunitaria: realidades y desafíos En: Colectivo de autores, Prevención social: Contribuciones teóricas y prácticas desde Cuba, editorial Félix Varela, La Habana.
- Colectivo de autores (2006): «El empirismo norteamericano» en: Selección de Lecturas sobre Historia y Crítica de las Teorías Sociológicas II, Departamento de Sociología, Universidad de La Habana.
- Cuba, Ministerio de Educación (s/f): «Alteraciones de la conducta del niño y el adolescente»: Caracterización. En: Multimedia Educación Especial.
- Cuba, Ministerio de Educación (s/f): «El niño con trastornos en la conducta, diagnóstico e intervención integral». En: Multimedia Educación Especial.
- Cuba, Ministerio de Educación (s/f): «Historia y perspectivas del pensamiento educativo latinoamericano». En: Multimedia Educación Especial.
- Cuba, Ministerio de Educación (s/f): «Los trastornos de la conducta. Algunas consideraciones conceptuales». En: Multimedia Educación Especial.
- Cuba, Ministerio de Educación (s/f): «Los trastornos de la conducta. Concepción psicológica y pedagógica del proceso de intervención». En: Multimedia Educación Especial.
- Cuba, Ministerio de Educación (s/f): «Prevención social de las desviaciones de conducta». Multimedia Educación Especial.
- De Armas Fonticoba, (2004): «El desarrollo histórico del pensamiento criminológico» En: Colectivo de autores. Criminología, Editorial Félix Varela, La Habana.
- Decreto Ley No. 242 de 16 de marzo de 2007 Del Sistema de Prevención y Atención Social. Decreto Ley No. 64 Del Sistema para la atención a menores con trastornos de conducta, Ministerio de Justicia, 30 de diciembre de 1982.
- Durkheim Emile (s/f): Solidaridad mecánica o por semejanzas (tomado de Las reglas del Método Sociológico En: Selección de Lecturas sobre Historia y Crítica de las Teorías Sociológicas I, Departamento de Sociología, Universidad de La Habana.
- Enciclopedia médica. (on line) [citado 8 de enero de 2007]. Disponible en Internet: <http://www.adam.com/urac/edrev.htm>
- Fontes Sosa O. y Pupo Pupo M. (2006): Los trastornos de la conducta. Una visión multidisciplinaria, editorial Pueblo y Educación, La Habana.

-
- Isla Molina B. (2002): Trastorno disocial de la conducta. [citado 20 de noviembre de 2006]. Disponible en Internet: www.monografias.com/trabajos20/trastorno-disocial/trastorno-disocial.shtml
- La medicina del adolescente. El trastorno de conducta oposicionista y desafiante. [citado 13 de enero de 2007]. Disponible en Internet: www.healthsystem.virginia.edu/UVAHealth/peds_adolescent_sp/odd.cfm
- López Machín R. (2002): De la Pedagogía de los defectos a la Pedagogía de las potencialidades. Nuevos conceptos en Educación Especial En: Convocados por la diversidad, editorial Pueblo y Educación, pp. 40-59.
- López Rodríguez Y. (2006): El trastorno afectivo-conductual: «Consideraciones generales para su interpretación». [citado 20 de noviembre de 2006]. Disponible en Internet: www.monografias.com/trabajos40/trastorno-afectivo/trastorno-afectivo.shtml
- Luque Parra D. (2006): «Trastornos del desarrollo, discapacidad y necesidades educativas especiales: elementos psicoeducativos» En: Revista Iberoamericana de Educación, Universidad de Málaga, España. [citado 20 de noviembre de 2006]. Disponible en Internet: www.rieoei.org/deloslectores/372Luque.PDF
- Mendaro C. y Barroso C. (1985): «La ciudad relaciona» En: Vázquez A. y Dávalos A. (2001): Selección de lecturas sobre Sociología urbana y prevención Social, Curso de Formación de Trabajadores Sociales, Departamento de Sociología, Universidad de La Habana, 2001, pág. 56.
- Muñoz Gutiérrez Teresa (2006): «La teoría sociológica en el siglo XX. Comentarios preliminares» en: Selección de Lecturas sobre Historia y Crítica de las Teorías Sociológicas II, Departamento de Sociología, Universidad de La Habana.
- Núñez Montes E. (2007): «El derecho y su relación con la estructura del desenvolvimiento del ser humano. Socialmente y normativamente con relación a las garantías individuales que descenderán posteriormente». [citado 8 de enero de 2007]. Disponible en Internet: www.cddhcu.gob.mx/camdip/com/vii/comelegs/inicio/PonenEdos/EDM/14-010.html
- Ortega Rodríguez L. (2001): «Visión actual y perspectiva de las escuelas para alumnos con trastornos de la conducta», Tesis de maestría en Educación Especial, Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, 2001. (Sin publicar)
- Sónora M. (2000): «Prevención, comunidad y participación», En Revista Jurídica No.2, Ministerio de Justicia, 2000: 5-30.
- Sónora M. (1999): Prevención comunitaria: Investigación-Intervención, Tesis de maestría en Desarrollo y Planeación de la Prevención, Instituto Superior del Ministerio del Interior, 1999.

-
- Sven-Axel Mansson, (2000): «Perspectivas teóricas sobre problemas sociales desde el pensamiento sociológico» En: Colectivo de autores. Contribuciones teóricas y prácticas desde Cuba, editorial Félix Varela, La Habana.
- UNESCO, (1994). Proyecto de marco de acción sobre necesidades educativas especiales, Salamanca, pág. 1.
- Vain Pablo D. (2007): El concepto necesidades educativas especiales. ¿Un nuevo eufemismo educativo?, Universidad Nacional de Misiones. [citado 13 de enero de 2007]. Disponible en Internet: www.redespecialweb.org/ponencias4/48Jornadas.doc
- Vázquez, A. (2005): "Oportunidades para la prevención social en las condiciones actuales de Cuba" En Colectivo de autores, Prevención social: Contribuciones teóricas y prácticas desde Cuba, editorial Félix Varela, La Habana.
- Vega Fuente A. (2001): La acción social ante las drogas. Propuestas de intervención socioeducativa. En: Vázquez A. y Dávalos A. (2001): Selección de lecturas sobre Sociología urbana y prevención Social, Curso de Formación de Trabajadores Sociales, Departamento de Sociología, Universidad de La Habana, pág. 95.
- Taylor I., Paul W. y Jock Y. (1997): La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Amorrortu editores, Buenos Aires.

Sociología Jurídica

SERVICIOS Y CALIDAD. CONSULTORÍAS JURÍDICAS DE CIUDAD DE LA HABANA (CLIENTE INTERNO)

SERVICES AND QUALITY. JURIDICAL CONSULTANCIES OF HAVANA CITY (INTERNAL CLIENT)

MSc. Silvia Esther García Méndez

Investigadora y Profesora Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas

MSc. Milkos Lázaro Gual Díaz

Profesor Instructor y especialista del centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

El Ministerio de Justicia se encuentra en estos momentos enfrascado en tareas como; el proceso de reorganización de los servicios legales, y el perfeccionamiento de las consultorías especializadas y no especializadas. El perfeccionamiento de la técnica jurídica, el aumento de la celeridad y el refinamiento del tratamiento dispensado a los clientes y usuarios en cada servicio es fundamental, para lograr esta tarea con éxito pues la satisfacción de las necesidades del cliente, es un factor que garantiza un mejor servicio con la calidad requerida. La idea de optimizar los servicios jurídicos que presta el Ministerio de Justicia al Estado, al Gobierno y a las personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, queda explícita en la misión que el Ministerio de Justicia se ha propuesto alcanzar con el incremento de la eficacia y eficiencia de todas las actividades que desarrolla, y por tal motivo se emprendió la investigación

“SERVICIOS Y CALIDAD. CONSULTORÍAS JURÍDICAS DE CIUDAD DE LA HABANA

(CLIENTE INTERNO)” para poder identificar las variables que coadyuvan a un mejor desempeño en la tarea de los consultores jurídicos.

Palabras claves: Percepción social, sentido de pertenencia, nivel de satisfacción, calidad, demanda, consultor jurídico.

Abstract:

The Ministry of Justice is in these moments buried in tasks like; the process of reorganization of the legal services, and the improvement of the specialized and not specialized consultancies. The improvement of the artificial technique, the increase of the velocity and the refinement of the treatment excused the clients and users in each service are fundamental, to achieve this task with since success the satisfaction of the client's necessities, it is a factor that guarantees a better service with the required quality. The idea of optimizing the juridical services that he/she lends the Ministry of Justice to the State, to the Government and natural and juridical national and foreign people, is explicit in the mission that the Ministry of Justice has intended to reach with the increment of the effectiveness and efficiency of all the activities that it develops, and for such a reason it was undertaken the investigation "SERVICES AND QUALITY. JURIDICAL CONSULTANCIES OF CITY OF HAVANA (INTERNAL CLIENT)" to be able

to identify the variables that cooperate to a better acting in the task of the juridical consultants

Key words:

Social perception, sense of ownership, level of satisfaction, quality, demands, juridical consultant.

Ya

INTRODUCCIÓN

La idea de optimizar los servicios jurídicos que presta el Ministerio de Justicia al Estado, al Gobierno y a las personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, queda explícita en la misión que este Ministerio se ha propuesto alcanzar con el incremento de la eficacia y eficiencia de todas las actividades que desarrolla.

Para ello, el perfeccionamiento de la técnica jurídica, el aumento de la celeridad y el refinamiento del tratamiento dispensado a los clientes y usuarios en cada servicio es fundamental, pues la satisfacción de las necesidades del cliente, constituye el parámetro esencial que posibilita alcanzar un alto nivel de calidad en la prestación de servicios jurídicos y sentar las bases para lograr la excelencia.

Para alcanzar un alto nivel de calidad en los servicios es de suma importancia conocer las necesidades de los clientes que solicitan los servicios jurídicos pero, además, hay que tener presente las necesidades y la satisfacción de los trabajadores o clientes internos, que son aquellos que laboran en las distintas entidades, departamentos o direcciones jurídicas y brindan esos servicios.

Un sistema de calidad de los servicios tiene que prestar especial atención a los aspectos humanos, dentro de los cuales sobresalen:

- El reconocimiento de la importancia que tiene la percepción del cliente con respecto a la imagen, la cultura y el desempeño de la organización.
- El desarrollo de habilidades, capacidades y motivaciones del personal de la entidad para que el servicio tenga calidad y satisfaga las expectativas del cliente.

El cliente interno proyecta en su forma de comportamiento, su contacto con el público y el modo en que brinda el servicio, una imagen de la organización a la que pertenece, la cual es captada por el usuario a través del servicio que recibe y de las interrelaciones que se establecen.

Esta imagen a su vez es transmitida por el cliente, de forma consciente o inconsciente al resto de la sociedad; lo que crea ideas y expectativas en correspondencia con el mensaje recibido.

De ahí la importancia de que toda entidad; al proponerse una tarea o indicador para optimizar la calidad de sus servicios, tenga en cuenta que la combinación entre ambos factores (cliente interno y externo) es esencial si se quiere alcanzar el éxito.

En la bibliografía consultada, el artículo sobre « ¿Un marketing especial para los servicios?» (Hernández, A. 2000) hace referencia a que hay tres etapas en la visión histórica del Marketing aplicada a dicho sector:

I.-Etapa: Donde se presenta una oposición entre Marketing y el sector de los servicios. Los empresarios no se percataron al inicio de que la mercadotecnia relacionada tanto con productos como con servicios estaba dirigida a un público que era el mismo.

II.-Etapa: Adopción del Marketing por el sector servicio. Los empresarios tomaron los elementos de la mercadotecnia de los productos para aplicárseles a los servicios sin transformación alguna.

III.-Etapa: Adaptación del Marketing al sector. Se fueron estableciendo aspectos particulares, para darle tratamiento distinto a los servicios.

Entendiendo por «Servicio», entre otros significados, el producto de la actividad que se realiza para satisfacer las necesidades de quien lo recibe y ofrece un pago a cambio, y donde la resultante de la interacción de tres elementos que son: el soporte físico, el personal en contacto y el sistema interno de la organización, juegan un rol importante, es posible diferenciar los servicios de los productos en una serie de características generales:

- ❖ La simultaneidad en la aplicación y el consumo por parte de los clientes: Esta simultaneidad explica el papel preponderante que tiene el que brinda el servicio, los factores humanos y técnicos del cliente interno de la institución o trabajador de la misma y quién representa su imagen. Esta imagen positiva o negativa, permanece en la mente del cliente externo, es decir del usuario del servicio, posterior al servicio brindado. Esta relación es esencial en este intercambio.
- ❖ La intangibilidad: Los servicios no son percibidos, no es posible verlos, ni sentirlos antes de recibirlos. Es todo aquello que no puede ser ni tocado ni degustado como un bien tangible, y es necesario hacerlo representar con algo o alguien. Aquí radica el interés que hay por el cliente externo e interno y la organización que participa. En relación a las Consultorías Jurídicas, el servicio se representa a través de un contrato y de un consultor que debe ser compatible con las necesidades, deseos y demandas del cliente.
- ❖ Variabilidad o heterogeneidad: Los servicios son diferentes entre si, pues intervienen la diversidad de clientes, las cualidades individuales de los productores del servicio, las necesidades a satisfacer, la diferencia en la territorialidad y extensión de la unidad que los oferta, entre otros.

- ❖ No Transferencia de Propiedad: En los servicios, a diferencia de los productos, no existe la propiedad sobre ellos. Se recibe el servicio, pero no hay una pertenencia de un producto, aunque la obligación del pago es anterior a la prestación del servicio.
- ❖ Son Perecederos: Los servicios 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. (Colectivo de autores 2003)

Estas características conducen a apreciar a la institución que presta el servicio como una organización social, como agrupamiento humano donde se realizan actividades coordinadas de acuerdo con una determinada estructura en función de objetivos de significación social.

Esto lleva a considerar como imprescindible que los elementos fundamentales del servicio serían aquellos que permiten su realización, que apoyan la actividad fundamental; entre los que se encuentran:

- a) Personal en contacto. Personas de la organización. Consumidores de los servicios.
- b) Soporte físico: Instrumentos necesarios para el servicio. Entorno donde se presta el servicio.
- c) Sistema interno de la **organizaci3n**: Funciones de la organización para cumplir su misi3n.
- d) Demanda. Comportamiento del servicio

Los clientes internos tienen un papel fundamental para el servicio. Son los que lo producen y posibilitan que el mismo tenga la calidad que necesita el cliente externo o usuario, por tanto el trabajador de la entidad es de suma importancia dentro del sistema de la mercadotecnia.

Cuando una entidad tiene como objetivo brindar un servicio integral al cliente externo, debe tener en cuenta algunos principios (Wellington, P. 1997) que reafirman el valor del cliente interno dentro de ese proceso:

- Realizar mejoras continuamente: Hay que buscar el perfeccionamiento de forma permanente, el hecho de alcanzar una mejoría en el servicio no puede implicar detenerse.
- Promover la apertura: Se debe evitar la divisi3n o imposici3n de barreras funcionales. Hay que favorecer lo com3n dentro de la empresa, trabajar en equipo.
- Nutrir los apropiados procesos de relaciones: Las relaciones humanas y afectivas entre los clientes internos deben estimularse. Las confrontaciones personales tienen que evitarse dando paso a una comunicaci3n fluida, viable y no antag3nica.
- Desarrollar la autodisciplina: Respeto por uno mismo y por el equipo de trabajo. Esto indica fuerza interna, integridad y capacidad para trabajar con colegas y clientes.

- Desarrollar a todos los clientes internos: Esto da poder y seguridad en la toma de decisiones dentro de la propia actividad laboral. Los conocimientos adquiridos favorecen la calidad del servicio.

En general el marketing interno como elemento de la calidad funcional tiene que tener claro el concepto de que la unidad de servicios es exitosa, cuando vende, primero, el trabajo a los empleados antes de venderlo a sus clientes, es decir que los empleados deben estar motivados, conformes y concientes de su labor. (Colectivo de Autores 2003)

Los clientes internos son la mano de obra directa de la producción y de los servicios y también son el personal de venta, por lo que las organizaciones tienen que establecer un equilibrio entre rigidez y flexibilidad dentro de su sistema de organización. La participación colectiva en la toma de decisiones, la correcta comunicación, la superación y selección de la fuerza laboral, el cuidado en el aspecto personal de los clientes internos, la motivación hacia la actividad, las condiciones de trabajo y el sentido de pertenencia a la entidad, garantizan la calidad en el servicio. Estos son factores que contribuyen a formar la personalidad de una institución, su imagen corporativa; lo que el cliente externo visualiza y transmite al resto de la sociedad.

Dentro de las entidades que integran el Ministerio de Justicia y que prestan servicios a la población, especialmente a personas jurídicas, se encuentra la Dirección de Consultorías Jurídicas y Atención a Asesores Jurídicos.

Esta dirección tiene como función primordial prestar servicios de asistencia jurídica en todas las modalidades y representación legal, a las personas jurídicas que lo interesen. Lo reciente de la consolidación de la Consultoría Jurídica como dirección dentro de este organismo, hace que ésta se encuentre en proceso de perfeccionamiento con vistas a obtener mejores resultados, de ahí que se considere de suma importancia, para lograr optimizar los servicios que se brindan, realizar un estudio que contribuya, mediante sus resultados científicos y a través de la percepción general de los clientes internos y externos al conocimiento de la situación actual, en tanto calidad de los servicios jurídicos prestados por las Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana.

Con vistas a lograr este objetivo y como primer paso para establecer parámetros o estándares de calidad que posibiliten medir y orientar el trabajo hacia la optimización de los servicios, teniendo en cuenta los factores que pueden influir en que un servicio tenga óptima calidad, la propuesta es dar respuesta a la siguiente interrogante:

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo se considera, de acuerdo a la percepción de los clientes internos y externos, la calidad de los servicios que brindan las Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana?

Como objetivos específicos los investigadores se propusieron:

1. Elaborar un perfil del cliente interno.
2. Identificar los factores que inciden en el nivel de satisfacción de los profesionales que trabajan en las Consultorías Jurídicas
3. Constatar el sentido de pertenencia del cliente interno con relación a la institución donde labora.
4. Valorar la calidad de los servicios que se prestan en base a la percepción del cliente interno.
5. Trasladar a la Dirección de Consultorías Jurídicas las sugerencias realizadas por los clientes internos.

En la provincia Ciudad de La Habana existen 15 municipios y en cada uno de ellos está presente una Consultoría Jurídica, (con independencia de las Consultorías Jurídicas Especializadas), por lo que existen un total de 15 en la capital. Son estas entidades las utilizadas para la investigación a sugerencia de la Dirección de Consultorías Jurídicas del Ministerio de Justicia. El propósito de los investigadores fue estudiar la población total de consultores de las 15 entidades, pero como consecuencia de que 26 casos no se encontraban trabajando debido a certificados médicos, problemas personales y viajes al extranjero, la muestra quedó constituida por el 86.6% de los jefes de grupo y el 67.6% de consultores jurídicos, lo que hace un total del 70.8% de la población, es decir 63 especialistas, de los cuales 50 fueron consultores y 13 jefes de grupo; cifra representativa del total poblacional objeto de estudio.

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

De acuerdo a los casos estudiados, y en base a la información obtenida a través de los jefes de grupos de las Consultorías Jurídicas en relación a los profesionales subordinados a ellos, quedaron representados todos los consultores jurídicos de los Municipios de Ciudad de La Habana con el 50% o más de sus miembros.

En relación al sexo fueron entrevistadas 37 mujeres y 26 hombres lo que representa el 58,7% y el 41,3% del total respectivamente. Estos datos confirman la presencia significativa de la figura

femenina entre los profesionales del país, incluyendo los directivos de estas entidades, pues el 53,8% de los jefes de grupo son mujeres.

En cuanto a la edad, 10 casos (15,9%) se encuentran en el rango de 25 a 30 años, es decir personas jóvenes que recién comienzan su vida laboral como juristas y requieren de mayor información y asesoramiento por parte de otros colegas para su desempeño profesional y de cursos de superación con vistas a la adquisición de conocimientos vinculados a su labor.

Otro grupo de entrevistados, 20 para el 31,7% tiene entre 31 y 45 años y posee una experiencia laboral de más de 5 años, que aunque no en todos los casos ha sido como Consultor Jurídico, pues se han desempeñado como asesores, fiscales, abogados y jueces, sí ha implicado adquisición de conocimientos a nivel académico y preparación individual.

Por último, y de forma significativa, resalta el 52,4% restante, representado por personas de 46 años o más. Estos casos con mínimo de 15 años de trabajo en el sector cuentan con la experiencia laboral de la Consultoría Jurídica, pues como promedio tienen 5,6 años en esta labor, e inclusive, algunos son fundadores de la misma.

Esta información es estimulante si se tiene en cuenta que predominan trabajadores de experiencia en las consultorías; pero a la vez es preocupante si se analiza que dentro de este grupo mayoritario al 69,6% le restan 10 años o menos de servicio en activo y el 30,3% ya cumplieron la edad de retiro. Además, la cantidad de jóvenes que ingresan está muy por debajo de los que se necesitan para reponer esas fuerzas productivas, por lo que se hace imprescindible crear mecanismos de divulgación y estimulación hacia esta especialidad.

Como ejemplos que reafirman la necesidad antes señalada, se puede hacer referencia a la permanencia y estabilidad en la entidad.

El 49,2% de los casos estudiados que casi en su totalidad son los que cuentan con mayor rango de edad, llevan 4 años o más en esta actividad y no valoran de forma prioritaria opciones de traslado a otras instituciones porque los conocimientos y las experiencias que poseen les permiten desarrollar la misma de manera ágil y eficiente. No obstante afirman que las condiciones materiales de trabajo son inadecuadas, el salario no se corresponde con el esfuerzo y el desgaste que implica poder cobrarlo, el contenido de la labor es complejo y no existe una adecuada atención institucional a los trabajadores.

Por todo esto, opinan que las insatisfacciones laborales están presentes en los profesionales que realizan esta labor y especialmente en los más jóvenes, que necesitan de superación en los

diversos temas que aborda la especialidad, requieren de mejorar sus condiciones de vida y de mayores posibilidades de desarrollo y reconocimiento social.

Entre 1 y 3 años de permanencia tiene el 33,3% del total, es decir, 21 consultores, y en más de la mitad de estos casos la posibilidad de cambios está presente, pero no de forma inmediata, pues aunque las condiciones laborales atentan contra la permanencia y la estabilidad, el horario abierto que posibilita la organización individual del trabajo, estimula la retención sobre todo para las mujeres que tienen hijos o familiares que requieren de una atención priorizada.

Por último, con menos de un año de permanencia se encuentra el 17,4%. En estos casos se ubican personas de todas las edades, los más jóvenes quieren continuar superándose y aspiran a ocupar otras plazas con mejores condiciones de trabajo, otros con más de 35 años, no se sienten realizados en la actividad y desearían trasladarse en breve tiempo.

Otro aspecto importante investigado en este trabajo está referido a la necesidad de entrenamiento inicial o preparación previa de los consultores para enfrentar esta tarea.

Actualmente, de los 44 entrevistados interesados en la adquisición de nuevos conocimientos, sólo 18 para el 28,5% de ese total se encuentran estudiando, y eso lo han logrado gracias a gestiones personales, pues de acuerdo a sus opiniones «la entidad no oferta plazas para la superación profesional», «la información no llega a la base» y ellos se sienten «marginados» en relación al resto de los juristas del sector.

La variable Estado Civil indica que el 53,9% de los entrevistados son casados o conviven en matrimonios no formalizados, el 15,9% son divorciados y el 30,1% solteros.

Estos resultados reflejan la existencia de responsabilidades materiales, económicas y afectivas en relación a la familia, más aún si se tiene en cuenta que la población mayoritaria es femenina, con hijos y obligaciones socialmente aprendidas que basadas en patrones patriarcales la designan como figura esencial en el cuidado, la protección y la atención de la familia.

En el aspecto referido a las condiciones de trabajo, se tuvieron en cuenta diversos indicadores, de forma tal que los consultores no solo pudieran brindar una valoración general de las mismas, sino que señalaran de forma específica los aspectos favorables o no al cumplimiento del trabajo y su calidad.

En cuanto a la valoración general, solo cinco personas catalogaron como buenas sus condiciones de trabajo y en este caso se da una coincidencia entre la percepción social de los trabajadores y su realidad laboral pues fue la consultoría del municipio Centro Habana quien asumió estos

criterios. Esta consultoría, de acuerdo a la información obtenida a través de la dirección del Ministerio de Justicia, mantiene un trabajo destacado, cuenta con un colectivo laboral que trabaja en función de una imagen social que ha ido conformando paulatinamente, las relaciones humanas entre los compañeros son buenas y las condiciones materiales generales de la entidad se destacan sobre el resto de las consultorías; todo ello propicia satisfacción laboral de sus trabajadores y sentido de pertenencia.

En las restantes 14 consultorías no sucede lo mismo; al valorar las condiciones materiales de trabajo se hace referencia fundamentalmente a las categorías de regular (15 casos), malas (18 casos) y muy malas (25 casos).

Como se constata en estos resultados la realidad se impone, pues en visitas realizadas a las entidades se pudo comprobar que de manera global, existe correspondencia entre las valoraciones que realizan los trabajadores y sus condiciones de trabajo. En este sentido los indicadores tenidos en cuenta fueron:

- Transporte obrero: Todos los entrevistados hacen referencia a este aspecto pues ninguna de las consultorías cuenta con transporte propio para trasladar a sus trabajadores. Sumado a ello, los consultores tienen que moverse continuamente para visitar las diferentes empresas clientes de sus servicios, los tribunales, notarías, registros civiles y otros centros y para ello dependen del transporte público, taxis o condiciones físicas. Esta situación provoca cansancio, agotamiento y un gasto económico considerable que atenta contra la salud, el salario y la calidad del trabajo.
- Materiales de oficina: El 93.6% (59 casos) de los trabajadores de las consultorías jurídicas refieren que este indicador influye en la optimización de la calidad del servicio; resulta sumamente difícil cumplimentar con todos los documentos y copias que están establecidos en las normas técnicas para cada caso, cuando no se cuenta con el papel necesario para ello. A esto se le suma la no asignación o tenencia en mal estado de presilladoras, ponchadoras, correctores, bolígrafos, lápices, cintas de máquina de escribir, papel carbón, sobres y en general materiales para trabajar.

Esta situación provoca que muchos consultores recurran a los empresarios y directivos de las instituciones contratadas en busca de ayuda, lo cual en opinión de los propios clientes internos demerita su labor, atenta contra su prestigio individual y contra la imagen social de la institución que representan. No conciben que con el aporte económico sustancial que se hace al Estado no se puedan sufragar los gastos de materiales de oficina necesarios para trabajar y sea la institución

contratada quien asuma esta responsabilidad, «es como si se hicieran dos contratos, uno oficial y otro ilícito pero, necesario para cumplimentar el primero».

Consideran que los empresarios son benevolentes, pues el monto de los contratos se duplica en la medida que «pagan en dinero y en especies». Esta situación queda encubierta cuando existe una relación de trabajo entre consultor y empresario que se apoya en el tiempo y en la satisfacción del cliente externo por el servicio prestado, pero para el consultor no deja de ser desagradable tener que depender del cliente para garantizar su propio trabajo.

«Bajo estas condiciones de trabajo lograr la excelencia es una utopía»

- Mobiliario: La carencia de mobiliario adecuado en los lugares de trabajo o el deterioro de los mismos dificulta la realización de tareas de acuerdo al 92% de los entrevistados. (58 casos)

«Es difícil trabajar de pie o no tener un lugar para escribir». Esta situación también atenta contra la imagen de la consultoría jurídica y limita en los consultores la oferta de atención a las personas jurídicas en la entidad, sobre todo cuando realizan la guardia técnica, tienen asuntos pendientes que pudieran ser solucionados y existe la necesidad en los clientes externos de puntualizar aspectos o viabilizar trámites.

- Equipos: Actualmente se han hecho muchos esfuerzos por parte del Ministerio de Justicia para que cada unidad cuente con los equipos técnicos necesarios y esto es reconocido por los consultores entrevistados, sin embargo no es suficiente; «no se hace nada con tener equipos nuevos si se carece de la protección o de la instalación para ponerlos en funcionamiento»; «la utilidad de los equipos es nula si se encuentran como objetos de decoración en las entidades».

En este acápite quedan incluidas las máquinas de escribir, que aunque no tienen la tecnología de punta que se precisa en estos momentos, son un instrumento necesario que en la mayoría de las entidades está obsoleto por encontrarse en mal estado o de baja técnica. Las opiniones en relación con estos temas fueron dadas por el 85.7% (54 casos) del total de entrevistados.

-Modelaje: En este aspecto, 49 consultores para un 77.2% del total señalan dificultades. “El modelaje no existe; hay que confeccionarlo en la entidad”. Esto constituye una continuación de los problemas planteados pues los equipos con que cuentan los consultores carecen de la calidad necesaria para el trabajo, no están instalados o no se utilizan con aprovechamiento máximo por carencia de materiales de oficina, afectación eléctrica o dificultades en su manejo.

-Salario: Este indicador ha sido a lo largo de la investigación, referencia priorizada de los entrevistados. El 74.0% (47 casos) hacen mención a este aspecto con insatisfacción, mientras que

el resto, 25.4% (16 casos) señalan ventajas al respecto, considerándolo mejor que un salario fijo pero, apuntan incongruencias dentro del sistema que atentan contra el consultor.

El salario promedio mensual de un consultor oscila entre los \$600,00 y \$700,00 pesos, mientras que en los jefes de grupos se mantiene fijo con un total de \$450,00 pesos mensuales, en caso de que realicen funciones técnicas y \$470,00 cuando ejecutan funciones técnicas y administrativas. Cuando cualquier profesional del Derecho escucha la cifra antes mencionada, en cuanto al salario promedio mensual de un consultor jurídico y pudiera sentirse motivado por incorporarse a esta actividad; de hecho muchos entrevistados consideraron al salario dentro de las motivaciones o atractivos iniciales que los llevaron a ocupar estas plazas. Sin embargo, cuando se conoce en la práctica, las gestiones de cobro que necesita hacer un consultor para poder adquirir su salario, varía la concepción y lo inicialmente atractivo se convierte en «una pesadilla».

Los criterios más frecuentemente emitidos por los clientes internos fueron:

1. Los consultores tienen una garantía salarial mínima de \$150,00 mensuales, cantidad que en estos momentos está por debajo del salario mínimo establecido para cualquier trabajador del país. No se considera justo que esto suceda, pues aunque se habla de garantía salarial y no de salario. Cuando un consultor presenta un problema de salud que imposibilita realizar las tareas programadas durante un período de tiempo, y otro consultor tiene que asumir ese trabajo; además de no cobrar nada por las entidades contratadas, el descuento se hace en base a la garantía salarial, aplicando las mismas normativas que si fuera el salario básico, pero con la diferencia del resultado, pues el monto a devengar es mucho menor. Nadie está exento de presentar estas dificultades en un momento dado, por lo que opinan sería importante analizar este aspecto.
2. Cuando el consultor realiza un contrato, tiene derecho a cobrar el 30% del total aportado por este, sin embargo, cuando la suma del aporte económico total, es decir todos los servicios prestados, es superior a \$1833,00, el consultor recibe de ese exceso sólo el 10%. Esta situación atenta contra las probabilidades de contratación y la capacidad individual de trabajo, siendo contradictoria con las normas de comercialización y de mercado; mientras más se vende, más beneficios deben obtenerse. Dadas las dificultades presentes para realizar su trabajo, numerosos consultores limitan sus posibilidades de contratación a un número de instituciones que con el aporte económico que producen no superen el límite establecido. Esto sucede porque no consideran útil ni justo el desgaste personal que requiere la atención de nuevos contratos en función del beneficio económico que representan, aun cuando por la experiencia que poseen y la

capacidad de trabajo pudieran, cumpliendo con las normas técnicas establecidas, conciliar nuevos contratos. Estos razonamientos reflejan el desacuerdo con lo establecido en la Instrucción sobre salario en cuanto al 10% y sugieren que debe eliminarse, dando a cada consultor la posibilidad de cobrar el 30% de su aporte económico total sin limitaciones, más aún teniendo en cuenta la existencia de indicadores para garantizar la calidad técnica del trabajo.

3. Vinculado a lo anterior se ponen de manifiesto nuevas opiniones que responden a las gestiones de cobro que tienen que hacer los consultores. Este asunto crea muchos malestares en los clientes internos. La factura se realiza en las consultorías; factura que la Dirección Provincial de Justicia muchas veces no tiene y es necesario fotocopiar y acuñar con los consecutivos correspondientes, de ahí hay que trasladarla a la empresa contratada quien se encarga de llevarla a Finanzas para hacer el cheque de transferencia bancaria y llevarlo al Banco con la cuenta única; después de terminado este paso se traslada el dinero a la Dirección Provincial de Justicia y por último el consultor recibe su salario. De todo este proceso el consultor debe formar parte, pues si existe demora en algún trámite y la Dirección Provincial de Justicia recibe la información después del día 26 de cada mes, las ganancias obtenidas por el servicio se cobran al mes siguiente, lo que puede incidir en un ingreso superior a los \$1833,00 y por tanto, el cobro de sólo el 10% de la cantidad excedente a esa cifra, aun cuando en el mes correspondiente con ese contrato el salario obtenido sea menor que el promedio mensual habitual y ellos no tengan ninguna responsabilidad en la demora. Producto de todo lo expuesto, los consultores se sienten disgustados y contrariados, convertidos en gestores de cobro, perdiendo tiempo de trabajo y en ocasiones parte de la remuneración a su labor.

Como conclusión de lo antes expuesto se plantea una sugerencia al respecto, y es que cuando sucedan cosas como las antes explicadas, la Dirección Provincial de Justicia se responsabilice con la confección de una nominilla que pueda ser cobrada por el consultor sin la aplicación del 10%, siempre y cuando el total cobrado y el por cobrar no supere el aporte económico límite establecido.

4. Un aspecto al que se hace mención por parte de algunos trabajadores y fundamentalmente por los jefes de grupo esta referido al salario fijo que estos últimos devengan. No se entiende que el responsable de dirigir, controlar y asesorar el trabajo de los consultores, para garantizar la calidad técnica del mismo, reciba menor remuneración que estos. Los jefes de grupos entrevistados tienen numerosas funciones técnicas y administrativas que están plasmadas en los

artículos 7 y 8 de la Resolución 106/2001, pero además realizan visitas a las personas jurídicas que son clientes externos de la entidad y asumen, de ser necesario ante dificultades de algún consultor, tareas de asesoramiento jurídico para garantizar el cumplimiento del servicio y la satisfacción del cliente. Por tanto, consideran injusta la remuneración que reciben en contraste con la diversidad de funciones que realizan. En base a esos criterios, sugieren dos alternativas posibles:

- Autorizar al jefe de grupo a conciliar contratos, con no mas de tres entidades, para sumarle al salario actual el 30% de lo que se obtenga con los servicios prestados.
- Que el salario de los jefes de grupo se obtenga en base al promedio mensual salarial de los consultores jurídicos de la entidad de que se trate

5. Otro tema importante que algunos consultores señalan está referido a la «violación de la norma que lleva implícito este sistema de pago» Según se plantea, la Dirección Provincial de Justicia debe pagar a sus trabajadores mes vencido y para ello tendría que cerrar sus cuentas el 30 ó 31 del mes, de acuerdo al caso, sin embargo como esto lo hace el día 26, obliga a que los consultores desde la primera quincena del mes tengan que presionar a la entidad contratada para hacer las gestiones pertinentes y así evitar afectaciones en su salario. Esto puede ser causa de dificultades en la organización administrativa y económica de la empresa e incrementa la insatisfacción en el trabajador que «desde el momento que cobra tiene que empezar a correr para garantizar el salario del mes próximo».

Este planteamiento debe ser analizado desde otro punto de vista, pues si bien es cierto que la Dirección Provincial de Justicia podría dilatar el cierre de su contabilidad hasta el último día del mes, como está establecido, no se puede acusar al sistema salarial por la morosidad de algunas empresas que inclusive incumplen con lo pactado en los contratos.

6. Por último y relacionado con la percepción social del cliente interno en este tema, se constataron opiniones comparativas entre los juristas de los bufetes colectivos y los consultores jurídicos en detrimento de estos últimos.

Los consultores jurídicos se convierten en gestores de cobro para recibir su salario, lo cual atenta contra su imagen y prestigio social ante las entidades contratadas, pues tienen que estar en constante persecución de la factura y su entrega en finanzas. Además invierten una parte considerable de su salario en alimentación, transporte, vestuario y calzado pues es necesario

visitar todas las entidades contratadas, al menos semanalmente, muchas de las cuales están en lugares distantes.

La contratación sólo puede hacerse a personas jurídicas priorizando las entidades de subordinación local y direcciones administrativas de los Órganos Locales del Poder Popular entre otras, las cuales no siempre cuentan con amplios recursos económicos para el pago del contrato en el tiempo requerido.

Las condiciones de trabajo constructivas y materiales de los consultores jurídicos en general, no son buenas, por tanto, la imagen social que se proyecta es deficiente y la calidad solo se apoya en el servicio que se presta y la satisfacción del cliente externo.

En el caso de los bufetes colectivos, las personas naturales que acuden en busca de un servicio, realizan el pago directamente y el proceso administrativo que se sigue no involucra, como en el caso de los consultores, al cliente interno, quien al final de mes en base a lo que aportó recibe su salario. También pueden ser atendidas personas jurídicas y existe la posibilidad de selección en base a las posibilidades del abogado.

Esta situación favorece al profesional del bufete, que no tiene que estar deambulando constantemente de un lado a otro, ni consumiendo sus propios recursos económicos para trabajar; aun cuando los salarios en ambos casos son similares o favorecen a los abogados.

Las condiciones de trabajo constructivas y materiales son, en general, mucho mejores en los bufetes, y la representación social que se tiene en relación a esta institución es más favorable. Incluso debido en gran medida a la carencia de información que existe en relación con el trabajo de las consultorías, muchas personas naturales se cuestionan la capacidad profesional de los consultores, dado que acuden en busca de un abogado a la entidad y aunque reciben orientación, se les envía a un bufete colectivo para recibir el servicio. De esta forma, sumado a todo lo anterior, el consultor se convierte en «divulgador y propagandizador» del trabajo de los bufetes colectivos.

El trabajo que realizan los consultores jurídicos es de suma utilidad y estas opiniones comparativas, que ellos señalan son un requerimiento de atención para los organismos a quienes estos están subordinados: Poder Popular y Direcciones Provinciales de Justicia. De hecho el 93,6% de los entrevistados (59 casos) coinciden que estos organismos solo cumplen con funciones administrativas y de dirección pero, no estimulan al trabajador. No existe

reconocimiento social del trabajo que realizan, ni al esfuerzo que ha implicado lograr los resultados actuales.

- Alimentación: Son numerosos los consultores que señalan este aspecto (46 para el 73%) En algunas consultorías se ha logrado establecer coordinaciones con el Poder Popular u otras empresas para garantizar cuotas de almuerzo a los trabajadores, pero esto no está generalizado, e inclusive no siempre existe la oportunidad para todo el colectivo. Esto constituye una preocupación, pues vinculado a ello, los entrevistados hacen referencia a la necesidad de recibir dietas de alimentación por trabajo fuera del centro, ya que con frecuencia la hora de almuerzo los sorprende en su andar cotidiano de empresa en empresa y tienen que recurrir a sus finanzas para satisfacer esta necesidad, todo lo cual sumado al problema del transporte referido anteriormente afecta considerablemente la economía individual.

- Ventilación: Un total de 42 consultores para un 66,6% opina que la ventilación en sus locales de trabajo es deficiente. En este sentido se plantea el mal estado de las ventanas que no permite abrirlas, paredes con cristales herméticamente cerrados y carencia de ventiladores o aires acondicionados. Esta situación, fundamentalmente en verano, crea malestar en los trabajadores, sobre todo cuando tienen permanencia en la entidad como el día de la guardia técnica.

- Iluminación: Se consideró en las categorías de regular a muy mala por parte del 60,3% de los entrevistados (38 casos) Los aspectos más significativos fueron: poca iluminación producto de ventanas clausuradas, lámparas muy altas, carencia de bombillos o lámparas y dificultades con los cables eléctricos.

- Tamaño del local: Menos de la mitad de la población vista (46%) valora este aspecto dentro de las deficientes condiciones de trabajo. Los que así lo plantean refieren que producto del reducido tamaño del local se hace difícil trabajar en el mismo cuando están presentes varios compañeros, pero además no existe privacidad para la atención de los clientes externos y esto crea insatisfacción en el usuario y atenta contra la calidad del servicio.

- Ruido ambiental: Un total de 28 consultores (44,4%) hicieron mención de este indicador. En ello influye el tráfico de ómnibus, camiones y transporte en general, música alta por parte de los vecinos del lugar y actividades ocasionales de ensayos de músicos.

- Limpieza del local: Sólo 17 entrevistados (27%) señalaron este indicador como problema y en ello esta presente la carencia de instrumentos de limpieza y el déficit de agua. Son numerosas las

entidades que no cuentan con auxiliares de limpieza, pero los consultores y el personal de oficina han asumido esta tarea.

- Horario: Es señalado como positivo en 59 casos, sólo el 6,3% refiere alguna dificultad al considerar que la irregularidad en el mismo provoca que el consultor labore diariamente mayor cantidad de horas que las comprendidas en una jornada laboral. La poca frecuencia de selección de este planteamiento y la explicación que se da al respecto está vinculada más directamente a características personales y de administración y organización del tiempo.

Para esta investigación se concibieron los indicadores antes mencionados pero, los entrevistados hicieron referencia a otros tres aspectos vinculados con las condiciones de trabajo que son:

- Carencia de local de trabajo: En esta situación se encuentran las consultorías de 10 de Octubre y San Miguel del Padrón; esta última desde hace más de dos años tiene el local en reparación y ocupa actualmente una oficina del Registro Civil que tiene menos de dos metros cuadrados y comparten con el representante de justicia.
- Dificultades en el abasto de agua: La consultoría del municipio Playa no recibe agua en ninguna instalación de su local por lo que sus trabajadores tienen que recurrir a la buena voluntad de otras entidades cercanas para satisfacer esta necesidad. Plaza de La Revolución, Regla y Arroyo Naranjo también tienen dificultades en este aspecto.
- Carencia de teléfono: Este aspecto es planteado por trabajadores de la Consultoría de Habana del Este, pues no cuentan en la entidad con ningún teléfono que les permita la comunicación con otros centros, lo que dificulta las coordinaciones de trabajo y atenta contra la calidad del servicio. En general esta percepción negativa del cliente interno sobre los indicadores antes mencionados incide en su nivel de satisfacción y limita la calidad del servicio que ofrece. El trabajador se siente desatendido, con muchas exigencias pero muy pocas soluciones a las dificultades que presenta para trabajar, disminuido y discriminado en relación a otros profesionales del sector y carente de reconocimiento moral, material y social.

Tienen gran carga de trabajo, que en algunas consultorías requieren de la incorporación de nuevos colegas a la actividad, sin embargo en la mayoría de los casos se constata motivación por el contenido de la labor a la que consideran compleja pero interesante, atractiva y necesaria, sobre todo por el beneficio social que representa en tanto defensa de la legalidad.

Este interés por la esencia misma del contenido de la actividad laboral que realizan, sumado a las motivaciones individuales propicia el esfuerzo hacia el logro de la calidad en el trabajo, la que

consideran técnicamente como buena. Esta concepción personal queda avalada a nivel de la entidad por tres razones básicas:

1. Excepcional aplicación de medidas producto de violaciones de la disciplina laboral. Es valorada de forma positiva tanto por los consultores como por los jefes de grupos.
2. Reducida cifra de medidas aplicadas por incumplimientos de la Resolución 154/01 relacionada con los indicadores de calidad del Servicio Jurídico.
3. La existencia, fundamentalmente, de requerimientos y no de quejas por parte de los clientes externos. Los requerimientos de algunos usuarios a la Consultoría o al propio consultor tienen como objetivo lograr una mayor estancia de este en la entidad contratada, Esto demuestra la necesidad de brindar mayor información a los usuarios sobre el rol que debe desempeñar un consultor jurídico, pues aún la idea del abogado como asesor jurídico y trabajador de la empresa se mantiene latente en muchos directores y empresarios; situación que puede crear insatisfacciones con el servicio que se brinda.

Conjuntamente a lo antes expresado, se hace necesario puntualizar algunos indicadores referidos a la calidad de los servicios para ofrecer una valoración global al respecto.

Comunicación: En este aspecto existen deficiencias, tanto en relación con los clientes internos como externos. Ejemplo de ello es la necesidad de los trabajadores de ser escuchados por las instancias superiores y buscar soluciones a sus demandas. Una experiencia en relación a esto se apoya en el propio trabajo de investigación realizado, donde los entrevistados, aún con todos los problemas planteados se sintieron sumamente agradecidos al Ministerio de Justicia por poder participar dentro de esta actividad y plantear todas sus dudas, quejas y sugerencias.

En el orden personal, es relevante la necesidad de los consultores de que se valore el trabajo que realizan y recibir reconocimiento social, mientras que en el orden colectivo, prestigiar a la entidad a la que pertenecen y mejorar sus condiciones materiales debe ser tarea priorizada.

En cuanto a los requerimientos de los clientes externos, el hecho de hacer exigencias por una mayor estancia del consultor en la entidad, como si ellos fueran los únicos usuarios, indica deficiencia informativa sobre los deberes y obligaciones del consultor jurídico.

Sobre las quejas se hace referencia a 10 casos, lo que representa menos de una por consultoría jurídica y el 0.1% en relación al personal profesional. El contenido de las mismas no ha tenido en algunos casos fundamento jurídico, pues se han hecho exigencias por parte del cliente externo que no competen al consultor ni a la Consultoría Jurídica y otros han sucedido por pérdida de

documentos, tomándose medidas al respecto y por dificultades en las relaciones interpersonales y de comunicación entre el empresario y el consultor.

Estas quejas se realizaron directamente al jefe de grupo o consultor, y en la mayoría de los casos son de conocimiento de los trabajadores.

Aunque son poco numerosas, es un indicador que no puede olvidarse porque retroalimenta a la institución proveedora en relación al servicio que está ofertando, de ahí la necesidad de incentivar mecanismos asequibles que faciliten la recepción de quejas o sugerencias para los clientes externos, pudiendo utilizarse buzones, libros de anotaciones para los visitantes a la consultoría y pequeñas encuestas de opinión para los funcionarios o dirigentes que de manera directa se vinculan con el consultor jurídico.

Agilidad del servicio: Hay trámites muy demorados que atentan contra la rapidez del servicio, como son las visitas a otras instituciones afines a la actividad jurídica: Registros Civiles, Tribunales o Notarías.

En estos casos, existe la posibilidad de incluir en los contratos (Resolución No. 234/2003) la obligación de la empresa contratada para facilitar la transportación del consultor, pero sucede que muchas de ellas no cuentan con los recursos para ello. Sumado a esto, en las instituciones afines antes mencionadas, no existe un día priorizado de atención a los consultores, abogados y asesores que laboran para un cliente y hay que realizar los trámites en común con las personas naturales lo que implica una pérdida de tiempo irrecuperable y puede afectar la rapidez del servicio y los plazos acordados para su culminación.

Soporte físico: Sobre este acápite se ha hecho un análisis detallado durante el transcurso del trabajo, por lo que solo mencionar que constituye el eje central de las dificultades que propicia las insatisfacciones del cliente interno.

Capacidad y conocimientos: Las exigencias del cliente interno en cuanto a la necesidad de cursos de superación profesional para lograr un desempeño en la actividad fue señalada desde el análisis inicial de la información obtenida, por lo que no resulta novedoso, pero los problemas que existen en cuanto a la legislación actualizada sí constituye un tema no abordado y una referencia mayoritaria de la población entrevistada.

Para todos los especialistas, el asesoramiento jurídico, la emisión de dictámenes y demás actividades competentes a sus cargos requieren de la actualización permanente de la legislación;

por ello todo lineamiento, resolución, decreto-ley o normativa afín con la labor que ellos realizan es de vital importancia, incluyendo la Gaceta Oficial.

«Es penoso que los empresarios te hablen de una legislación, resolución o normativa cualquiera que salió recientemente y uno, que es el especialista, no la conozca».

Entorno: Los problemas climatológicos han sido esporádicos y sin graves consecuencias y en relación a las afectaciones eléctricas han estado en dependencia de la situación del país, por lo que se han presentado períodos de mayor incidencia que otros. Esto ha dificultado el trabajo pero no ha sido causa de incumplimientos.

Organización del trabajo: Este aspecto es valorado como bueno por el 94% de los entrevistados. En cada consultoría existe un grupo de trabajo de 3 ó más personas incluidos el jefe de grupo, como se plantea en la Resolución No. 106/2001. Cada cual tiene sus responsabilidades de acuerdo a los objetivos estratégicos de la organización y su cargo.

Existen consultorías con gran cúmulo de trabajo, producto de la extensión del territorio y la atención al sector agropecuario, por lo que la incorporación de personal profesional sería de gran utilidad para ampliar las contrataciones a nuevas entidades.

En cuanto a los métodos de dirección hay que hacer referencia a varios aspectos:

- Vinculados a los jefes de grupo y consultores: Son valorados positivamente. Los jefes de grupos son vistos como personas excelentes, capaces, comprensivas, exigentes, disciplinados, con experiencia profesional que trasladan a sus subordinados, solidarios e interesados en el trabajo de la consultoría
- Vinculados a las Direcciones Provinciales de Justicia del Poder Popular: En relación al Poder Popular la opinión y valoración que se expresa es pésima. Se considera que este órgano no brinda ninguna atención a las consultorías jurídicas, aunque reciben los beneficios que estas producen «la despreocupación es total no se resuelve ninguna necesidad material o de mejoría en las condiciones de trabajo por esta vía, ni tan siquiera recuerdan el Día del Jurista para felicitar a los compañeros».

En cuanto a la Dirección Provincial de Justicia, el 36,5% considera que las Consultorías Jurídicas no deben estar adscriptas a esta entidad, pues no beneficia la labor de los especialistas. El resto aunque acepta esta subordinación, también hace algunos señalamientos al respecto, sobre todo referido al Representante de Justicia que «es un intermediario con muchas reuniones que hace poco en función de mejorar las condiciones de trabajo de las consultorías».

- Vinculados al Ministerio de Justicia. La relación con esta entidad es de asesoramiento, sin embargo los consultores se sienten parte de este Ministerio. El 75% considera que debe ser una tarea priorizada que las Consultorías Jurídicas estén directamente subordinadas a este organismo. Valoran como positivas y favorables para la entidad y sus trabajadores las visitas que se realizan, las reuniones que se han efectuado para ser escuchados y el hecho de haber sido seleccionado el tema de Consultorías Jurídicas para realizar una investigación científica.

Otro aspecto a tratar dentro de la organización del trabajo es la guardia técnica. Para el 49,2% de los entrevistados esta actividad no cumple ningún objetivo pues las condiciones de las entidades dificultan poder trabajar en ellas y más aún la atención de los clientes, quienes cuando ocasionalmente han visitado el lugar se impresionan ante lo que ven y conforman una imagen desfavorable de la entidad, que además comentan con los consultores y transmiten a otras personas.

Sumado a esto, cuando de forma permanente se encuentra allí el Jefe de la Consultoría o algún personal de oficina, la presencia de un consultor no es necesaria, y este puede aprovechar el tiempo en otras actividades productivas importantes.

En el 33,3% de los casos se considera lo contrario; los guardias técnicas son de gran utilidad pues posibilitan actualizar el trabajo, mecanografiar documentos y atender algunos clientes en caso necesario. Es de señalar que los que con mayor vehemencia defienden este planteamiento son los consultores que tienen mejores condiciones de trabajo en sus centros laborales. El 17,5% restante no hace mención a este aspecto.

En cuanto al sistema de emulación no se pregunta nada específico, pero hubo opiniones que reflejaron inconformidad con el trabajo sindical. Opinan que solo se cobra la cuota fijada de acuerdo al salario y el Día de Haber por las MTT, pero los trabajadores no se tienen en cuenta para participar en actividades, ni se brinda atención al hombre. Tampoco la Dirección Provincial de Justicia ni la consultoría cuentan con un sistema de estimulación moral ni material para los trabajadores.

Por último es importante hacer referencia a algunos aspectos vinculados con las reglamentaciones existentes, aunque en estos no estén presentes las opiniones de los entrevistados.

La Resolución 154/2001 plantea indicadores de calidad a tener en cuenta para el trabajo cotidiano de las Consultorías Jurídicas. En este documento se realizan numerosas exigencias al

consultor para que el servicio que presta cumpla normas técnicas específicas que garantizan la calidad del trabajo; lo que de hecho es favorable para organizar y controlar la labor que se realiza. Sin embargo dentro de los indicadores de calidad no se establecen exigencias en cuanto a lo que la entidad y los organismos encargados de atención a las Consultorías Jurídicas deben de garantizar para lograr la satisfacción de las necesidades del cliente interno, que como se ha analizado a lo largo de esta investigación, desempeña un rol esencial para lograr un servicio de calidad que satisfaga a su vez las necesidades y expectativas del cliente externo. La calidad es un proceso dinámico que no debe medirse solamente por indicadores técnicos, en el logro de la misma inciden numerosos factores.

Este es un asunto que debe ser objeto de análisis por quienes corresponda, pues los resultados que se han alcanzado hasta el momento en las Consultorías Jurídicas, teniendo en cuenta las condiciones actuales en que se trabaja, son dignos de admiración, reconocimiento social y sobre todo mayor atención a sus trabajadores.

Un ejemplo de lo antes mencionado puede constatarse en las cifras estadísticas obtenidas a través de la Dirección Provincial de Justicia de Ciudad de La Habana. Al culminar el año 2003, la cantidad de consultores jurídicos era de 59, el total de contratos establecidos 413, es decir 7 por consultor y los ingresos aportados sumaban \$1, 342,570.74. Un año más tarde, al término del 1er semestre del año 2005 se obtuvo un incremento de 15 consultores (aún con la escasa divulgación que existe al respecto de esta especialidad), se realizaron 552 contratos; un promedio de 7,5 contratos por consultor y el aporte económico fue de \$1, 187426.00, casi la misma cantidad que lo aportado en todo el año 2003.

Haciendo un pronóstico en relación a estas informaciones al concluir el año 2005 el Estado debe recibir de las Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana un aporte económico superior a los \$2,000 000, por lo que sería muy importante valorar invertir alguno de esos recursos económicos en beneficio de estos especialistas.

El clima organizacional ha sido un tema abordado de forma diversa a lo largo de la investigación y está relacionado en esencia con el sentido de pertenencia de los trabajadores a la institución.

La consultoría jurídica como institución carece de una identidad corporativa que movilice y actúe sobre el cliente interno para lograr su identificación con la entidad. Las relaciones entre los trabajadores son buenas al igual que la disciplina laboral pero aún existen contradicciones y deficiencias que limitan considerar la existencia de un colectivo laboral.

La motivación hacia el contenido de la actividad, el esfuerzo individual y los beneficios personales predominan; influyendo en ello las condiciones de trabajo, la poca atención y la carencia de reconocimiento social.

En general se puede afirmar que no existe sentido de pertenencia a la institución por lo que trabajar en función de ello debe ser tarea de todos.

Por último es fundamental hacer referencia a la conciencia de la calidad de los servicios por parte del cliente interno.

La mayoría de la población entrevistada valora la calidad de los servicios como buena, concepción que ha quedado explicada anteriormente y es un indicador de un limitado conocimiento en cuanto a los factores que participan en el proceso de la calidad de los servicios. No se ha concientizado la cultura del servicio con sus interrelaciones entre cliente interno y externo. Este proceso se realiza a través de los resultados técnicos del trabajo; que lógicamente implican una autovaloración de sí mismos y de la satisfacción del cliente con el servicio, cliente que de acuerdo a las opiniones de los entrevistados, no posee aún la necesidad del servicio jurídico, por lo que el nivel de satisfacción del mismo no implica necesariamente un alto grado de exigencia; ejemplo de lo cual está en los recursos materiales que facilita, con independencia del costo del contrato, para lograr un resultado.

No se reconoce la importancia de la participación del cliente interno dentro del proceso, como representante de una entidad que oferta en el servicio una imagen corporativa, sino que se reafirma el esfuerzo individual sin compromiso de identificación ni pertenencia a la entidad, lo que podría propiciar la tendencia de responsabilizar a esta con las deficiencias personales y profesionales.

CONCLUSIONES

1. El 60% de los entrevistados reclama la necesidad de obtener mayor información y participación en cursos de superación, postgrados, diplomados, maestrías y especialidades.
2. Las desfavorables condiciones constructivas, materiales, de atención al hombre y de estimulación en general, existentes en las Consultorías Jurídicas, atentan contra la estabilidad, permanencia, el sentido de pertenencia a la entidad y la satisfacción laboral y personal de los clientes internos .
3. El sistema salarial establecido para los consultores jurídicos, constituye en un inicio, al igual que el horario, una motivación importante para las incorporaciones a la institución, pero de forma paulatina; dadas las gestiones de cobro que tiene que realizar el trabajador, se va transformando en una de las mayores dificultades que se presentan.
4. El deficiente sistema de estimulación material y moral de las Consultorías Jurídicas obstaculiza el desarrollo de comportamientos y actitudes favorables al enriquecimiento de la imagen social de la entidad.
5. La percepción positiva del cliente interno en cuanto a la calidad del servicio que se presta, responde a la autovaloración técnica de su trabajo y no a una cultura de los servicios.
6. El 49,2% de los entrevistados considera, que dadas las condiciones actuales de trabajo, la guardia técnica no cumple su objetivo.
7. La Dirección Provincial de Justicia y las Consultorías Jurídicas como entidades, no satisfacen en toda su magnitud las necesidades, expectativas y aspiraciones de los clientes internos, impulsando de manera inconsciente a la búsqueda del reconocimiento social individualizado, balances comparativos con otros profesionales y nuevas opciones laborales.
8. El 75% de los clientes internos opina que el Ministerio de Justicia les brinda mayor atención que cualquier otro organismo, se sienten identificados con el mismo y consideran que deben estar subordinados directamente a este.
9. Los clientes internos consideran que existe una deficiente divulgación social sobre el servicio de asesoramiento empresarial que se oferta en las Consultorías Jurídicas, sus ventajas y el aporte económico que representa para el Estado, lo cual atenta contra las motivaciones profesionales de los juristas hacía esa modalidad y el reconocimiento social de la labor.
10. La desactualización en cuanto a la legislación vigente en las materias afines a la especialidad del consultor, incluyendo la Gaceta Oficial, producto de la dilación en su circulación y entrega a

las Consultorías Jurídicas, propicia insatisfacciones en los profesionales y dificultades en la elaboración de documentos, dictámenes, asesorías y actividades docentes que forman parte del contenido de trabajo del cliente interno, lo cual a su vez repercute en la calidad del trabajo.

11. La socialización del trabajo de las Consultorías Jurídicas, unido a la conformación de una imagen corporativa de estas entidades, puede ser mas estimulante y eficiente para desarrollar en las personas jurídicas la necesidad y búsqueda del servicio que en ellas se oferta, que la decisión oficial o la labor personalizada del consultor.

12. El impacto social que tiene para el país la actividad que se realiza en las Consultorías Jurídicas, hace indispensable la búsqueda de soluciones para mejorar las actuales condiciones laborales y el sistema de estimulación moral y material de estos trabajadores, de ello dependerá en gran medida el incremento de la calidad del servicio.

RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario elevar la capacitación y la preparación académica y teórica de los consultores jurídicos, privilegiando materias afines al trabajo específico que desempeñan, esto resulta imprescindible para el desempeño de la labor de los clientes internos y redundaría en un incremento de la calidad del servicio que ofrecen.
2. Incrementar la divulgación del contenido, las características y la utilidad del trabajo profesional que se realiza, unido a mejoras en las condiciones laborales, impulsaría la incorporación de jóvenes juristas; equilibrando la composición etárea en estas entidades.
3. El Ministerio de Justicia, la Dirección Provincial de Justicia y los Órganos del Poder Popular deben aunar esfuerzos para lograr la socialización del trabajo de las Consultorías Jurídicas e ir conformando una imagen corporativa de estas entidades. Esto puede ser más estimulante y eficiente para desarrollar en las personas jurídicas la necesidad y búsqueda del servicio que en ellas se oferta, que la decisión oficial o la labor personalizada del consultor
4. El impacto social que tiene para el país la actividad que se realiza en las Consultorías Jurídicas, hace indispensable encontrar soluciones para mejorar las actuales condiciones laborales y el sistema de estimulación moral y material de estos trabajadores, de ello dependerá en gran medida el incremento de la calidad del servicio.
5. Crear mecanismos internos (buzones, encuestas, o algún otro) en las entidades estudiadas, para la recepción de quejas, requerimientos o sugerencias de los usuarios, es un mecanismo que permitirá conocer los problemas y erradicarlos.
6. La Dirección de Consultoría Jurídica en coordinación con la Dirección Provincial de Justicia y las entidades de base (Consultorías Jurídicas Municipales), deben coordinar actividades o talleres que permitan socializar los resultados de esta investigación, con vistas a conocer y analizar los resultados obtenidos en aras de lograr mejorar la calidad del servicio que se ofrece.
7. Los resultados obtenidos en esta investigación, fundamentados en la percepción de los profesionales que laboran en las Consultorías Jurídicas de los 15 municipios de Ciudad de La Habana, constituyen una fuente de información que puede ser de utilidad para la incorporación, en los indicadores de calidad, de los deberes y obligaciones institucionales que deben garantizar la satisfacción laboral de los clientes internos. Esto contribuiría al incremento de la motivación, la estabilidad y la permanencia laboral, el desarrollo del sentido de pertenencia a la entidad y en consecuencia, la elevación de la calidad de los servicios.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. Colectivo de autores. El Marketing de los servicios: Una técnica para el éxito de las Consultorías Jurídicas. Trabajo de Investigación. Consultoría Jurídica Habana del Este. 2003.
2. García, S. Rodríguez, M. y Sónora, M. «Calidad de los servicios en el Registro Central de Sancionados» Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia. Ciudad de la Habana. Cuba. 2001
3. Hernández, R. Algunas consideraciones acerca del Marketing en los servicios jurídicos. Ponencia. 1995.
4. Hernández Ruiz, Alma, «¿Un Marketing especial para los servicios?» Revista Espacio # 3, Habana 2000.
5. Instrucción sobre sistema de pago. Nueva organización salarial y sistema de nomina de Consultorías Jurídicas Estatales adscriptas a los Consejos de la Administración del Poder Popular. Ministerio de Justicia. 2002
6. Isidor Castro, J. Luís. Seminario de sensibilización «Calidad en el trabajo», La Habana, 2000.
7. Resolución 106 / 2001. Reglamento para la prestación de los servicios de asistencia jurídica en las Consultorías Jurídicas.
8. Resolución No 154/2001. Indicadores de calidad en los asuntos contratados para un servicio determinado. Ministerio de Justicia.
9. Resolución No 234/2003. Tarifas de prestación de servicios a personas jurídicas. Ministerio de Justicia.
10. Salesmases Mestre, M. Marketing: Consejos y estrategias. Ediciones Pirámides S.A., Madrid. 1991
11. Torres, Rolando y Grillo Alicia, Marketing de Servicios y Fidelización: El desafío del Siglo XXI, Instituto de Comercio Exterior, 1997.
12. Wellington, Patricia, ¿Cómo brindar un servicio integral al cliente? Editorial Mc Graw Hill, Nomos S. A. Bogotá, Colombia, 1997. Pág. 18-22
13. Payne, Adrián, La esencia de la mercadotecnia de servicios. 1999

BIBLIOGRAFÍA

1. Colectivo de autores. Sobre la Psicología del Cliente. Curso Básico. Ministerio de Justicia, 2000.
2. Decreto 138. Sobre el asesoramiento Jurídico a entidades estatales. 1987
3. Fernández, C y Blanco, A., Servicios Turísticos en Agencia de Viajes. Escuela de Altos Estudios de Hotelería y Turismo, 1999.
4. Grosso Galván, Manuel. Los antecedentes penales: Rehabilitación y Control Social, Bosch. Barcelona, 1982.
5. Hernández Rodríguez, Edilio Carlos, Sistema Automatizado de Dirección para la Emisión de los antecedentes Penales, Trabajo de Diploma. Facultad de Matemática, 1991.
6. Kotler, Philip. Dirección de la mercadotecnia: análisis, planeación, implementación y control. Sexta Edición. 1992
7. Lineamento Metodológico No 1 del 2001. Guía Metodológica para la atención a las entidades del sector agropecuario y estatal. Ministerio de Justicia
8. Lineamento Metodológico No 2 del 2001. Metodología para verificar la calidad del servicio brindado a las entidades. Ministerio de Justicia
9. Lineamento Metodológico No 3 del 2003. Metodología para la habilitación del cuaderno de asuntos en trámite. Ministerio de Justicia
10. Martínez Sarría, Matilde, La atención a la Población, necesidad de estos tiempos. Tesis de Maestría, Facultad de Contabilidad y Finanzas, 1999.
11. Naresh K. Malhotra, Investigación de mercado. Un enfoque práctico. 2da. edición, Prentice-Hall Hispanoamericana, S.A., 1997
12. Resolución No 106/ 2001. Reglamento para la prestación de los servicios de asistencia jurídica en las Consultorías Jurídicas. Ministerio de Justicia.
13. Resolución No 107/ 2000. Metodología para el funcionamiento de los registros de disposiciones jurídicas. Ministerio de Justicia
14. Resolución No 42/ 2002. Lineamientos para la organización, funcionamiento y supervisión de la actividad de asesoramiento jurídico. Ministerio de Justicia.
15. Resolución No 154/2001. Indicadores de calidad en los asuntos contratados para un servicio determinado. Ministerio de Justicia.

16. Resolución No 234/2003. Tarifas de prestación de servicios a personas jurídicas. Ministerio de Justicia.
17. Ries, Al y Trout Jack, Las 22 leyes inmutables del Marketing, Ediciones Mc Graw Hill, Interamericana de México, 1996.
18. Serrano Gómez, Francisco, Marketing para economistas de empresa, Editorial E. S. I. C. Madrid, 1990.
19. Smith, Irene, Psicología Social de las Organizaciones, Conferencias impartidas en la Maestría de Criminología, 1999.
20. Terrero, Ariel, «¿Marketing en Cuba?» Revista Espacio # 2 Habana, 2000.

**CLIENTE EXTERNO: PERCEPCIÓN DE SERVICIOS Y CALIDAD EN LAS
CONSULTORÍAS JURÍDICAS DE CIUDAD DE LA HABANA**
**EXTERNAL CLIENT: PERCEPTION OF SERVICES AND QUALITY IN THE
JURIDICAL CONSULTANCIES OF HAVANA CITY**

MSc. Silvia Esther García Méndez.

Investigadora y Profesora Auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas

MSc. Milkos Lázaro Gual Díaz

Profesor Instructor y especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas

RESUMEN

Con el objetivo de brindar a la Dirección de Consultoría Jurídica y Atención a Asesores Jurídicos del Ministerio de Justicia, como órgano que orienta y controla metodológicamente la actividad, información sobre la satisfacción de los clientes externos en relación a la calidad de los servicios que brindan estas instituciones a nivel municipal, se realizó esta investigación.

En este artículo se presenta el perfil del cliente externo, los factores que inciden en el nivel de satisfacción de las personas jurídicas con el servicio que reciben y sus valoraciones sobre la calidad del mismo y un diagnóstico general del funcionamiento de estas entidades.

Los resultados pusieron en evidencia limitaciones que imposibilitan lograr un servicio de óptima calidad; destacándose entre otras, la necesidad de establecer modificaciones en los actuales indicadores de calidad, incrementar la labor de divulgación e información sobre normativas y temas jurídicos vinculados a la actividad y mejorar las condiciones constructivas y materiales de estas instituciones.

PALABRAS CLAVES: Usuario, Percepción social, Nivel de satisfacción, Indicadores de calidad, Documentos jurídicos.

Abstract

With the objective to offer to the Direction of Legal Consultancy and Attention of Legal Advisers of the Ministry of Justice, like organ that methodologically orients and controls the activity, information on the satisfaction of the external clients in relation to the quality of the services that these institutions offer to municipal level, was made this investigation. In this article the profile of the external client appears, the factors that affect the level of satisfaction of the legal people with the service which they receive and their valuations the quality of himself and a general diagnosis of the operation of these organizations.

The results put in evidence limitations that they disable to obtain a service of optimal quality; standing out among others, the necessity to establish modifications in the present indicators of quality, to increase the tie work of spreading and information on norms and legal subjects to the activity and to improve the constructive and material conditions of these institutions.

KEY WORDS: User, Social perception, Level of satisfaction, Indicators of quality, Legal documents

INTRODUCCIÓN

Abordar el estudio de la calidad de los servicios implica conocer la satisfacción del cliente en relación con la atención y el trabajo que recibe. Esto resulta novedoso, sobre todo en lo que a servicios jurídicos se refiere, pues han sido muy pocos los investigadores que han estudiado la temática.

Como antecedente científico en relación al tema se puede mencionar la ponencia «Algunas consideraciones acerca de la aplicación del Marketing en los servicios jurídicos» (Hernández, R.1995). En este trabajo se traslada el enfoque de Marketing a los servicios que brindan los bufetes colectivos, invitando a la reflexión y proponiendo ideas sobre una estrategia de mercado. La concepción más importante de este autor fue el hecho de ver al abogado como «vendedor» de servicios; es decir, si la institución donde trabaja el abogado brinda servicios, es posible entonces aplicar en ella los principios de la mercadotecnia.

Estas ideas han ido madurando y fortaleciéndose en el país, y ejemplos de este incipiente desarrollo son los diversos cursos que sobre esta materia se imparten en el Instituto de Comercio Exterior, el Grupo de Investigación de Mercado del ICRT, y en general la creación, en diferentes empresas, de departamentos de estudio de Mercado.

En el año 2001, un equipo de tres investigadoras del Centro de Investigaciones Jurídicas del Minjus (García, S., Sónora, M., y Rodríguez, M.) realizaron un estudio sobre «Calidad de los servicios del Registro Central de Sancionados». Este trabajo aportó información sumamente interesante sobre los clientes internos y externos, la demanda de los servicios y la calidad. Esta investigación resultó de gran utilidad para la institución en tanto posibilitó la confección de indicadores de calidad que refirieran la interrelación dialéctica que tiene que estar presente entre el usuario que recibe el servicio y el trabajador de la entidad que lo brinda. Esta relación fue un aspecto prioritario dentro del análisis pues la imagen que se ofrece y se conforma por la calidad del servicio que se oferta, es la que se recibe y se transmite a la sociedad.

También un colectivo de profesionales de la Consultoría Jurídica del municipio Habana del Este (Abreu, L., Flores, M., Jul, A. Miranda, M. y Tiel, R. 2003) realizaron un trabajo sobre «El marketing de los servicios: una técnica para el éxito de las Consultorías Jurídicas». En este se expusieron algunas consideraciones, conceptos básicos y elementos de la estrategia del marketing, y se reflexionó acerca de las ventajas que puede tener la aplicación del mismo a los servicios que prestan estas entidades.

En la literatura especializada (Valdés, A. 1996; Torres, R. y Grillo, A. 1997; Payre, A. 1999; Isidor, J. 2000)

abundan los conceptos de Marketing y existe consenso en afirmar que es «una filosofía de acción válida para

toda organización al servicio de los clientes». Esto implica que la satisfacción de las necesidades de los clientes debe ser el objetivo principal de toda actividad de la organización de que se trate, pues es el mejor medio de lograr sus propios objetivos de crecimiento y rentabilidad.

Esta tendencia a favor de los clientes no siempre fue así, a finales del siglo XIX e inicios del XX, la orientación fundamental de las economías estaba vinculada a la producción de las mercancías; a mediados del pasado siglo, la orientación eran las ventas pero, durante la década de los 50 y posterior a la Segunda Guerra Mundial, se comienza la orientación hacia la mercadotecnia, pues la finalidad de las empresas dejó de ser la producción y la elaboración de una variedad de productos, sino la necesidad de satisfacer los deseos reales y potenciales de entonces.

La explicación que daban a este cambio los países capitalistas desarrollados era que posterior a la II Guerra Mundial se produjo una explosión de la demanda—reprimida por la guerra— porque en la medida en que los niveles de vida mejoraban se incrementaba también el poder de compra de la población, dirigiéndose éste hacia otras necesidades, una vez que se tenían satisfechas las básicas. Por tanto, el aumento de las rentas, de la expectativa de vida, la reducción de la mortalidad infantil y el crecimiento de la población, entre otras razones, condujeron a la producción y consumo de más servicios (Cobra, M. 2000)

A partir de entonces el reto para los hombres de negocios fue la forma de influir en los consumidores para que gastaran el dinero que no tenían necesidad de gastar. Comenzaba, así, la orientación de las empresas hacia los clientes.

Con el tiempo el Marketing amplió su campo de aplicación a situaciones especiales, en función de la finalidad, económica o no, de la institución que lo aplicara, la naturaleza de lo que se comercializaba o los mercados en los que se iba a desarrollar el intercambio (Salesmases, M. 1991).

El marketing de servicios comienza a convertirse en una actividad reconocida y aceptada dentro de las ramas de la mercadotecnia, pues los servicios se encuentran presentes en todos los momentos de la vida: desde el nacimiento hasta la muerte.

Todas las personas utilizan en mayor o menor medida los servicios, ya sea fuera del hogar (transporte, recreación, alimentación) como dentro de éste (acueducto, electricidad, teléfono), por tanto el marketing de servicios es una necesidad para continuar estimulando a los usuarios, conocer sus preferencias y trabajar en función de optimizar la calidad de la prestación, y sus principios son aplicables en diversidad de espacios, aún con mercados diferentes, en tanto sus conceptos son universales

En Cuba cuando se utiliza la palabra marketing o mercado,...«muchas veces se piensa en el modo de vida capitalista y en la sociedad de consumo, sin embargo el marketing es un proceso social de gestión a través del cual los individuos y los grupos obtienen lo que necesitan y desean, creando, ofreciendo e intercambiando bienes y servicios de valor» (Calviño, M. 1999)

Actualmente son numerosas las empresas o instituciones que utilizan los estudios de marketing para mejorar sus producciones o servicios, pues el incremento de las necesidades, como consecuencia del desarrollo científico-técnico y social, sumado a la diversidad de oportunidades para que el cliente pueda seleccionar, hace necesario que se intensifique la calidad de lo que se oferta.

También las Ciencias Sociales intervienen en los estudios de marketing, se destacan la Psicología y la Sociología por las investigaciones que realizan sobre mercado, tipologías de los clientes externos e internos y búsqueda de incremento en sus niveles de satisfacción.

El Derecho aún no ha asumido su espacio dentro de esta esfera, pero como Ciencia Social, debe dar respuesta a las exigencias actuales del mercado, por lo que la introducción del marketing en esta disciplina es una necesidad que requiere atención.

En el sistema empresarial cubano actual, después de un necesario reajuste de la economía, la filosofía de la mejora de los servicios, vinculada a los conocimientos que aporta el Marketing, se expresa en la búsqueda de la calidad, ya sea en la esfera de los productos o de los servicios. Se trata de que la calidad no esté en función de quién la produce, sino de quien la recibe y de su adecuación a las necesidades del cliente.

El cliente externo es la razón de ser de cualquier entidad que vende productos u oferta servicios. Un cliente satisfecho repite una y otra vez su acción de compra o utilización de un servicio, todo radica en que sus expectativas estén en correspondencia con lo adquirido; de esta forma se convierte, a su vez, en divulgador del trabajo de la entidad que satisface sus deseos y por tanto, en un colaborador irremunerado del cliente interno.

Las Consultorías Jurídicas son unidades de prestación de servicios legales subordinadas a las Direcciones de Justicia de los Órganos de Gobierno Local, y brindan asistencia y asesoría jurídica a través de contratos establecidos por Iguala o Asunto a toda persona jurídica que lo solicite. En esta actividad la calidad es un concepto básico que tiene que estar formulado a la luz de la percepción del consumidor y sólo puede definirse sobre la base de las especificaciones que satisfagan sus necesidades, en otras palabras, el consumidor determina la calidad.

Por este motivo, los estándares de calidad no deben establecerse, solamente, en función de las características o contenido de trabajo de la empresa que brinda el servicio y de sus aspiraciones, sino fundamentalmente de acorde con los factores o aspectos que para el cliente externo tienen valor; todo aquello que debe ser óptimo para él, de manera tal que no se lesionen sus expectativas ni su percepción del servicio, generando insatisfacciones.

El desarrollo de la sociedad demanda una calidad más elevada en todas las esferas, por lo que alcanzar la optimización en productos y servicios es una respuesta a las exigencias del consumidor: El mercado estimula al usuario, pero sin usuario el mercado desaparece.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta el momento, la propuesta de este trabajo es dar respuesta a la interrogante: ¿Cómo se considera, de acuerdo a la percepción de los clientes externos, la calidad de los servicios que brindan las Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana?

Como objetivos específicos los investigadores se propusieron:

1. Elaborar un perfil del cliente externo.
2. Identificar los factores que inciden en el nivel de satisfacción de las personas jurídicas en relación con los servicios que se le ofrecen en las Consultorías Jurídicas.
3. Valorar la calidad de los servicios que se brindan, por parte de las Consultorías Jurídicas de Ciudad de La Habana, de acuerdo a las opiniones de los clientes externos.
4. Realizar un diagnóstico general del funcionamiento de las Consultorías Jurídicas, teniendo en cuenta las normativas establecidas para el desarrollo de la actividad de asesoramiento jurídico, los indicadores que a nivel de marketing internacional se valoran y las opiniones y sugerencias de los clientes externos.

Los métodos y técnicas utilizadas para la recogida y procesamiento de la información fueron: Entrevista a expertos, análisis de documentos, cuestionarios, test de opinión de calidad, método de la observación y análisis estadístico.

La muestra fue no probabilística o dirigida y fue conformada por cuotas, de acuerdo al nivel de subordinación de las personas jurídicas (local, provincial y nacional), para que todas estuvieran representadas.

Como resultado, se obtuvo la participación de 10 de las 15 consultorías jurídicas municipales de Ciudad de La Habana, con el número de 111 clientes externos entrevistados; lo que representa el 29% del total de los contratos existentes en el año 2005 de las entidades que participaron en la investigación, y el 20.1% del total de contratos de las 15 Consultorías Jurídicas de Ciudad de la Habana en esta etapa.

Resultados obtenidos

Perfil del cliente externo

En relación a las características de los clientes externos entrevistados, como se esperaba, se encontró variedad en cuanto a la subordinación en correspondencia con lo que se plantea en la Resolución No 106 / 2001 en el Artículo 1.3 (vinculado a las prioridades para la prestación del servicio de asistencia jurídica) con lo previsto por la investigadora al utilizar el muestreo por cuotas y con lo que reflejan las estadísticas de la Dirección Provincial de Justicia; es decir, una mayoría con subordinación local seguida de subordinación provincial y por último nacional. Quedaban incluidas en esta distribución 14 entidades de la agricultura, organismo también priorizado.

Las personas jurídicas objeto de este estudio, están representadas por dirigentes y funcionarios que ocupan diferentes responsabilidades dentro de la entidad, predominan los directores de las instituciones, en más del 50% de los casos.

También existe experiencia en el desempeño del cargo por parte de los funcionarios entrevistados, dado que el 84.6 % lleva más de un año realizando esa actividad y dentro de estos, el 48.6 %, 3 ó más años.

Estos datos, unidos a la responsabilidad que tienen los clientes entrevistados dentro de la empresa, supuestamente favorecen y ofrecen mayor veracidad a la información recogida, en la medida que debe existir en los mismos un conocimiento más amplio sobre el trabajo que realiza el consultor jurídico, su efectividad en cuanto a calidad en la solución de los problemas de orden legal que se presentan en la entidad. Esta situación no es absoluta, pues como se verá más adelante, aún bajo estas condiciones, existe desconocimiento en algunos usuarios en relación a los asuntos jurídicos de las empresas.

En cuanto a los contratos, todas las entidades vistas tienen establecida la modalidad de Iguala con las Consultorías Jurídicas, lo cual se corresponde con las estadísticas de la Dirección Provincial de Justicia donde este tipo de contratación ocupa el 94.6 % del total existente. Las tarifas de estos contratos oscilan en el rango de \$100.00 a más de \$1000.00.

Más del 50 % de los contratos existentes tienen tarifas económicas entre los \$ 100.00 y \$ 500.00. Estas cifras, aunque no en todos los casos, son mínimas tal y como se establece en la Resolución No.234/ 2003 en su acápite sexto, vinculado a la clasificación de entidades por el grado de complejidad y tarifa máxima de \$ 300.00, están en correlación con el acápite segundo de la misma Resolución. Esta expresa que las partes tienen libertad para establecer sumas superiores para el pago de los servicios. Sin embargo, esta libertad no se explota a plenitud de acuerdo al nivel del monto de acciones y gestiones precisas, detalladas que, en corto plazo, debe realizar el consultor ante cualquier acto jurídico de la empresa que asesora, más aún si dentro del grupo referenciado quedan comprendidas entidades con diversidad en cuanto al número de asuntos y grado de dificultad por sus características, por ejemplo la agricultura, que requiere de una atención diferenciada, con estudio de resoluciones y normativas específicas, además del Lineamiento Metodológico No.1/ 2001. Todo esto lleva consigo tiempo de preparación y esfuerzo, además de contrariedades que puede suscitar por ejemplo la transportación en las visitas a dichas entidades por la lejanía de las mismas.

Además, si se comparan las tarifas con carácter permanente y pago mensual establecidas en dicha Resolución para contrato de Iguala, con las establecidas para contratos por Asuntos, la diferencia es notable en detrimento del primer tipo de contratación, aun cuando éste implica una profundización en el conocimiento del trabajo de la entidad y un mayor nivel de responsabilidad y comprometimiento del consultor, producto del control, la organización y la ejecución de todas las acciones jurídicas que está obligado a realizar.

Es sabido que las tarifas económicas estimulan la contratación, y que un contrato de Iguala es más integral y garantiza mensualmente la retribución por la prestación, pero es imprescindible en la medida que el cliente desarrolle la necesidad del servicio que las últimas se incrementen.

Esto influye favorablemente en el valor social de la actividad que se realiza y propicia que los consultores obtengan iguales o mayores beneficios económicos con un número menor de entidades, lo que a su vez posibilita que estos profesionales puedan conocer con más detalles las problemáticas de las empresas que

asesoran, puedan elevar su nivel de exigencia en el cumplimiento de los deberes de este profesional y por tanto perfeccionar el trabajo de asesoramiento jurídico.

La valoración sobre la tarifa del contrato está vinculada a la apreciación del cliente sobre la cifra de asuntos legales que se presentan en la entidad, y a pesar de que no siempre hay correspondencia entre ambos aspectos, se constató que la mayoría (71.2 %), considera que la tarifa del contrato es adecuada. Esta apreciación se clasifica como numerosa o moderada, esta última es vista así por más de la mitad de esta población. En estas personas jurídicas las tarifas de los contratos no siempre son las más económicas, sin embargo los usuarios no desean que existan modificaciones al respecto, es decir, prefieren mantener lo que hasta el momento está establecido, dado que estiman que el precio es apropiado. Otro grupo (14.4%) representado fundamentalmente por empresas con tarifas de contratos que oscilan entre los \$ 100.00 y \$ 500.00, es decir, las más económicas, consideran necesario disminuir el precio del contrato, aún cuando reconocen que no son pocos los asuntos jurídicos a solucionar por parte del consultor. Esta valoración puede ser indicadora de la obligatoriedad de establecer dicho contrato, pero no de la necesidad del mismo, en la medida en que reconociendo la existencia de moderados o numerosos asuntos no significan adecuado el precio establecido.

Este cliente aparentemente no tiene plena conciencia de lo compleja que puede ser la labor de un abogado en esta esfera; lo altamente cotizado que resulta cualquier acción jurídica en el marco empresarial y las ventajas que la legalidad y el adecuado orden jurídico proporciona a una entidad. De esta manera se evidencia desinterés por el servicio, prevalece la subvaloración y el poco reconocimiento social a esta labor de asesoramiento jurídico- empresarial.

Siguiendo esta línea el autor Marcos Cobra (2000) señala en su libro Marketing de Servicios...« si el servicio tiene valor para el cliente, es importante»... y este término valor proviene de lo que para el consumidor representa el servicio en tanto satisfacción de su necesidad, y en base a lo cual considera justo pagar uno u otro precio. Esto significa que mientras más valor e importancia tenga el servicio para el usuario, más estará dispuesto a pagar por él.

El tercer grupo (10.8%), que incluye empresas con tarifas diversas al igual que la cantidad de asuntos, valora en alta estima el trabajo del consultor jurídico y considera que de acuerdo a las actividades que se realizan en esta esfera y las soluciones efectivas que se brindan, el precio de los contratos debería incrementarse y favorecer, de manera más directa, al abogado encargado de la labor.

En estos casos se pone de manifiesto un reconocimiento social al trabajo que realiza el consultor jurídico, complacencia con el servicio recibido y un desarrollo y satisfacción de necesidad en cuanto al asesoramiento jurídico legal que aporta el cliente interno. Es de destacar que estas opiniones están más dirigidas al consultor en su individualidad que a la entidad que este representa.

Por último, cuatro de los clientes (3.6%) no dan opinión al respecto, pues no sólo desconocen la tarifa del contrato, sino que no tienen idea en cuanto a lo económico o no que puede ser esta, o el número de asuntos

jurídicos a resolver en su empresa, lo que demuestra desconocimiento en los asuntos jurídicos de la entidad que como dirigentes o funcionarios les compete.

Resumiendo la información analizada hasta el momento, se puede señalar que el cliente externo objeto de estudio posee un perfil caracterológico donde se destacan:

- Empresas de subordinación local, aunque existe representación provincial y nacional.
- Conocimiento sobre la actividad jurídica empresarial que desarrolla el consultor en la mayoría de las personas jurídicas vistas.
- Modalidad de contrato por Iguala en todos los casos.
- Tarifas económicas entre \$ 100.00 y \$ 500.00 en más del 50% de las entidades.
- Conformidad con las tarifas de los contratos (71.2%)
- Reconocimiento, de manera indirecta, de la necesidad de asesoramiento jurídico empresarial, en la medida que se afirma por parte de los empresarios la existencia en las entidades de asuntos jurídicos que requieren atención.

Factores que inciden en el nivel de satisfacción de las personas jurídicas en relación con los servicios que se les ofrecen en las consultorías jurídicas

Dictamen o diagnóstico. Plan de medidas para erradicar deficiencias y seguimiento

El diagnóstico y el plan de medidas para erradicar deficiencias constituyen documentos jurídicos priorizados en la actividad de asesoramiento jurídico empresarial y punto de partida del trabajo de asesoramiento del consultor en la entidad contratada, por lo que es fundamental la existencia y el conocimiento de estos documentos por parte de los directivos de la empresa es fundamental.

La situación constatada en las personas jurídicas analizadas en relación a estos aspectos demuestra que la mayoría de los usuarios cuentan con el diagnóstico de la entidad, el plan de medidas y su seguimiento para erradicar las deficiencias encontradas. Esto es indicador del cumplimiento del trabajo del consultor; sin embargo otro grupo no numeroso, pero significativo, si se tiene en cuenta que estas actividades son fundamentales, señala que estos documentos no existen o desconocen su existencia porque no se les ha comunicado nada al respecto.

Esta situación es preocupante pues en la Resolución No.154 /01 sobre «Indicadores de Calidad en los asuntos contratados para un servicio determinado», se plantea en el aspecto de «Los indicadores de calidad para la atención a los asuntos contratados por Iguala» en el epígrafe IV, que en «el servicio de Iguala para la asesoría jurídica será necesaria la confección del dictamen legal como primera acción realizada por el consultor...debiendo ser notificado el representante de la entidad del contenido y resultado del dictamen»; pero

además , en el epígrafe I inciso c de ese mismo documento se señala «...la obligación del consultor designado de elaborar el dictamen legal con las medidas para resolver los problemas existentes en la entidad».

Dado que todos los dirigentes y funcionarios que se entrevistaron no ocupan los principales cargos de la empresa, y sobre la base de que el dictamen debe ser notificado al representante de la entidad, se decidió interrelacionar las variables de: *cargo que desempeñan y conocimientos del cliente externo sobre documentos jurídicos priorizados en la actividad de asesoramiento empresarial*.

Los resultados arrojaron que los 13 usuarios que plantean que el diagnóstico o dictamen de la entidad no existe o lo desconocen, son directores de entidades o presidentes de cooperativas. Entre los 20 que hacen referencia a esos aspectos, pero en relación al plan de medidas, sucede algo similar, la cifra entre directores y presidentes de cooperativas es de 16 y se suman a ella un vicedirector de entidad, dos directores de recursos humanos y un subdirector económico. Por último, en cuanto al seguimiento del plan de medidas, donde los criterios de que *no existe* o *desconoce*, asciende a 27 usuarios, se mantienen los 20 anteriores, pero se incorporan seis directivos y un especialista; de los directivos uno es el representante máximo de la de entidad, otro el vicedirector y 4 son del área económica: uno es director económico y tres subdirectores; el especialista pertenece al área de cuadros.

Con estos resultados queda al descubierto que 17 de los usuarios ocupan la mayor responsabilidad dentro de las entidades y 2 deben compartir gran parte de esas obligaciones, en tanto son subdirectores de empresas. Esto significa que están obligados a conocer todo lo relativo a los documentos jurídicos mencionados anteriormente y que el consultor tiene que garantizar, no sólo la existencia de los documentos, sino también su conocimiento por parte de los representantes de las entidades que asesora.

En otros 7 casos, existe un desempeño de responsabilidades importantes dentro de la empresa, por lo que estos usuarios deberían tener información sobre los documentos jurídicos a que se refiere este indicador, y aunque no reciban la información directa del consultor, deben participar en Consejos de Dirección, reuniones o despachos donde se traten estos temas, sobre todo el personal de economía que, de una u otra manera, tiene que estar en contacto con el consultor jurídico como resultado del pago que recibe por el ofrecido.

En el caso del especialista de cuadros es posible este desconocimiento, pues debido a la función que desempeña, no necesariamente tiene que estar informado sobre estos asuntos.

Con esta información se evidencia que en los casos mencionados han existido violaciones en cuanto a los indicadores técnicos de calidad que están normados en la Resolución 154 / 01, y esto, lógicamente, va en detrimento de la calidad del servicio que se brinda. No se justifica la desactualización del directivo en los asuntos jurídicos de la empresa.

Asistencia y puntualidad

En este acápite se hace mención por su importancia, no sólo a la asistencia planificada del consultor a la entidad en coordinación con el cliente y la puntualidad, sino también al reclamo de los usuarios de la presencia del consultor en diversos momentos y la participación de éste en reuniones, comisiones y otras actividades de trabajo donde el abogado brinda asesoramiento o recibe información para poder llevar a cabo sus funciones.

En la mayoría de los casos los consultores jurídicos cumplen con la asistencia programada a las entidades, pero, además, asisten de manera extra a las empresas que asesoran ante la solicitud del cliente.

Los resultados anteriores no siempre se comportan de igual manera. Hay clientes que se manifiestan inconformes por las ausencias de los consultores a las visitas programadas en determinada entidad. Este es un factor que entorpece la calidad del servicio; más teniendo en cuenta que estos usuarios son complejos por las diversas actividades en que participan y el tiempo limitado de que disponen. Por tanto la no asistencia en fecha acordada o la llegada fuera de hora, trae dificultades en la planificación del trabajo.

Esta situación no necesariamente significa el incumplimiento en el asesoramiento jurídico, pues en numerosas ocasiones los consultores ante el requerimiento de sus servicios y sin existir programación previa acuden a la entidad, incluso, participan en Consejos de dirección, Comisiones de trabajo, Comisión de cuadros, Consejos disciplinarios, Comité de contrataciones y despachos o reuniones con el director y otros funcionarios, dirigentes o trabajadores, no obstante este hecho sí puede ir conformando insatisfacciones en el usuario que repercutan en una imagen negativa sobre la calidad del servicio que está recibiendo. De hecho estas irregularidades se expresan en algunas de las opiniones recogidas.

La mayoría de los entrevistados hace referencia, como vía de solución «hipotética», pero indispensable, la necesidad de crear condiciones de transportación para los consultores, sobre todo teniendo en cuenta que no son numerosas las entidades que cuentan con piquera para minimizar el problema y numerosos los municipios que, por su gran extensión territorial y la existencia de zonas rurales, las entidades están apartadas o distantes de las vías de comunicación y de la Consultoría Jurídica.

En consonancia con la asistencia y las visitas a la entidad, se constata en los clientes la necesidad de ampliar la frecuencia y el tiempo de permanencia de los consultores en la institución. Más de la tercera parte de la muestra estudiada (34,2%) considera que de esta forma se incrementaría la cantidad de asuntos a solucionar en breve tiempo, se reducirían los asuntos pendientes para próximas visitas y la eficiencia en el trabajo jurídico sería notable al igual que la calidad del servicio.

Ciertamente, cuando el cúmulo de asuntos es múltiple, el consultor debe planificar su trabajo en función de dedicar más tiempo a las entidades con estas condiciones, pero esta es una decisión del propio consultor en dependencia de sus prioridades, habilidades, responsabilidad, tiempo del que dispone de acuerdo a las entidades que atiende, valores ético-profesionales y compromiso o sentido de pertenencia con la institución donde labora.

Sin embargo, se percibe en el cliente externo el reclamo del consultor jurídico como un trabajador más de la plantilla de la entidad, lo cual evidencia la permanencia de dogmas establecidos por la modalidad de asesoramiento jurídico propio de la entidad, que no se han modificado en su totalidad. Esta concepción atenta contra la valoración que sobre la calidad del servicio puede dar el cliente, y de hecho algunas de las quejas o reclamaciones que han llegado a manos de los Jefes de Grupo de las Consultorías, son reflejo de estas opiniones.

Esta situación requiere de análisis y atención por parte del Ministerio de Justicia, la Dirección Provincial de Justicia y los propios consultores, y es expresión de la necesidad de incrementar la divulgación de las normas metodológicas establecidas para el trabajo de estos profesionales, de manera tal que los usuarios aprendan a valorar, distribuir y economizar, de acuerdo a la importancia y premura jurídica de sus asuntos, el tiempo del que dispone el consultor para la atención a la entidad.

Por último, cabe destacar que si bien la cantidad de usuarios que hacen referencia a las ausencias e impuntualidades como deficiencias, no son cuantitativamente significativos no pueden obviarse al pretenderse lograr la optimización del trabajo que se oferta, sobre todo si más del 50% de los entrevistados señalan estos parámetros como indicadores que deben estar presentes para medir la calidad de los servicios.

Rol del consultor en el control de la legalidad

Este es un indicador incluido en la investigación a solicitud de los especialistas de la Dirección de Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, quienes consideraron que indagar en este aspecto era de suma importancia, en tanto forma parte de las tareas que tiene a su cargo este profesional.

Para medir el desempeño del consultor jurídico en el control de la legalidad se utilizaron dos indicadores: *violaciones detectadas en la empresa a través de auditorías, verificaciones fiscales o controles administrativos* y *violaciones en los procedimientos establecidos para la imposición de medidas disciplinarias*, que provocaron la apelación de los implicados.

En el primer indicador solamente 8 clientes (7.2%) mencionaron estos hechos, aclarando que los mismos sucedieron con anterioridad al establecimiento del contrato de asesoramiento jurídico con la Consultoría. Estas referencias son alentadoras y son manifestación de la organización, control y eficiencia en el desempeño del servicio jurídico que se está brindando, y demuestra la eficiencia del consultor jurídico en su labor.

En la segunda variante, más de la mitad de los clientes externos, 59 para el 53.2% nunca han presentado estos problemas. Entre los 52 restantes, tales hechos han sucedido de manera ocasional en 42 entidades (37.8%) o frecuentemente en 10 casos (9%).

Ante estas violaciones siempre se ha solicitado la opinión del consultor, quien ha emitido sus criterios oralmente, ha elaborado dictámenes y ofrecido asesoría jurídica apoyado en normas legales o confeccionando resoluciones.

En los procesos disciplinarios donde los trabajadores han realizado reclamaciones, es relevante que, en la mayoría de los casos, se han mantenido las decisiones de la administración, porque han sido justas y legales; apoyadas en la asesoría jurídica brindada por el consultor.

No obstante en un 11.7% (13 trabajadores) la apelación ha prosperado y los usuarios valoran que esto ha sucedido porque:

1. No se analizaron adecuadamente todos los aspectos.
2. El asesor jurídico carecía de la preparación necesaria para asumir el asunto.
3. No hubo unidad de criterios jurídicos y administrativos.
4. La medida solicitada era muy severa, sin correspondencia con la conducta.
5. Se aportaron nuevas pruebas que hicieron modificar la medida solicitada.

Estas opiniones, en mayor o menor medida, hacen referencia a deficiencias en cuanto a conocimientos, preparación y asesoramiento jurídico de los consultores implicados pero, además, se vinculan a indicadores de calidad sobre asuntos laborales que se recogen en la Resolución 154 / 01 y que deben tenerse en cuenta en la ejecución del contrato de Iguala para la representación procesal y el asesoramiento jurídico.

En base a esta información se puede asegurar que, si bien es cierto que no en todos los casos lo acontecido ha dependido exclusivamente del consultor jurídico, ya que también los directivos y funcionarios de las empresas y las organizaciones políticas y sindicales debieron desempeñar papeles protagónicos en estos asuntos, tampoco se puede negar la responsabilidad que le compete a este profesional como asesor jurídico de la entidad, quien, al parecer, no analizó en toda su magnitud los hechos; incumpliendo con indicadores de calidad establecidos para asuntos laborales y especialmente en la aplicación de medidas disciplinarias.

Estos datos, aunque poco frecuentes, son cualitativamente inestimables por sus consecuencias, dado que entran en contradicción con la calidad del servicio que se desea ofrecer y con los resultados esperados por parte del cliente, posibilitando el desarrollo de pensamientos e ideas en detrimento de la profesionalidad del especialista, la institución que este representa y la proyección social que se quiere dar de esta actividad, incluyendo en ello la utilidad, eficacia y calidad en el servicio jurídico.

Todo lo expuesto permite hacer referencia a lo imprescindible que resulta para los consultores alcanzar una mayor preparación en todos los temas vinculados a este trabajo. Para ello, no sólo el estudio de manera autodidacta es suficiente; es necesario que estos especialistas se incorporen a cursos de postgrados, diplomados y de especialidades, así como cualquier otra modalidad de superación que ayude a su formación profesional; también debe garantizar el acceso de forma ágil y dinámica a la Gaceta Oficial, decretos, resoluciones, normativas y, en general, a la legislación vigente.

Existencia, actualización y conocimiento de la documentación jurídica

Existen una serie de documentos imprescindibles dentro del contexto organizacional y jurídico de cualquier entidad, entre ellos la Carpeta legal y su actualización; la habilitación y actualización de los registros de bienes inmuebles y su inscripción en el Registro de la propiedad.; el Registro de disposiciones jurídicas, habilitado según lo establecido por el Ministerio de Justicia; el Protocolo de disposiciones emitidas por el jefe máximo de la entidad y la existencia de un archivo en la entidad para los documentos jurídicos. Este último no constituye un documento como tal pero sí un requerimiento importante para el control y cuidado de estos.

Las indagaciones realizadas sobre estos documentos, en cuanto al conocimiento de la existencia de los mismos y su actualización, dieron como resultado algunas deficiencias. Los datos demuestran que en la mayoría de las empresas existe la documentación referenciada y que los usuarios poseen conocimiento sobre la misma, lo que es expresión del buen desempeño de los consultores jurídicos, aunque no en todos los clientes externos entrevistados la situación es favorable. Ejemplo de ello son 11 casos que no conocen de la existencia de la carpeta legal, 10 que refieren que está desactualizada; 57 que niegan la existencia o desconocen lo referido al Registro de bienes inmuebles e inscripción en el Registro de la propiedad, 20 que les sucede lo mismo pero en relación a las disposiciones jurídicas y 16 con iguales condiciones en cuanto al Protocolo de disposiciones emitidas por el jefe máximo de la entidad. Aunque esto es una responsabilidad de ellos mismos como directivos o funcionarios que representan las empresas, no se puede negar la incidencia del asesor jurídico en este aspecto.

El Diagnóstico o Dictamen de la entidad que, desde el inicio de la contratación debe realizar el consultor jurídico cuando asume la asesoría de una institución, debe señalar las deficiencias que encuentra en ese centro y en estos casos, el dictamen sobre la no existencia de los documentos en cuestión y su desactualización debe formar parte de ese diagnóstico. Esta información debe ser conocida por los directivos, por lo que la inexistencia de dichos documentos implica al consultor jurídico. En estos casos sucede lo mismo que en el indicador referido al conocimiento del cliente externo sobre documentos jurídicos priorizados en la actividad de asesoramiento empresarial, pues fundamentalmente los que plantean la inexistencia o el desconocimiento de los aspectos antes señalados son los máximos representantes de las entidades.

Esta situación incide, directamente, en la valoración que sobre calidad del servicio se hace en relación al trabajo del consultor, pues para los usuarios todos los documentos mencionados, por su esencia jurídica, son responsabilidad de quien los asesora en esta especialidad y cobra un pago por ello. Pero, además, estos criterios posibilitan justificar y minimizar su propio desconocimiento o despreocupación ante los deberes que le competen, sobre todo en lo que a la Carpeta Legal y su actualización se refiere.

No obstante la irresponsabilidad de los directivos, no se puede negar la disfuncionalidad de algunos consultores, lo cual se avala cuando se analiza la Resolución No.107/ 2001 que en su Resuelto Primero expresa: «que en todos los Organismos de la Administración Central del Estado, instituciones, dependencias y

entidades cuyos jefes dictan disposiciones jurídicas se habilite un Registro de Disposiciones Jurídicas a cargo de la unidad organizativa de asesoría jurídica o asesor jurídico».

También la Resolución 42 de marzo del 2002 del Ministerio de Justicia, referida a los lineamientos para la organización, funcionamiento y supervisión de la actividad de asesoramiento jurídico dispone que el jurista encargado del asesoramiento jurídico, forma un expediente en el que consta la información sobre Identificación y Documentación Jurídica de la entidad, especificando en el epígrafe II del punto 3 inciso c, que este profesional dentro del asesoramiento que brinda debe...«mantener el control, organización y actualización de la documentación legal de la entidad», haciendo mención entre otros documentos al Registro de disposiciones jurídicas, al Protocolo de disposiciones jurídicas emitidas por el jefe máximo de la entidad y la documentación acreditativa del Registro y control de los inmuebles.

En el caso del Registro y control de los inmuebles, la situación puede ser más flexible, pues este es un procedimiento reciente, por tanto no necesariamente las entidades tienen que contar con la documentación al respecto, de hecho existen casos en que están en proceso.

Brindar un servicio de calidad implica tener en cuenta numerosos elementos subjetivos y objetivos; entre estos últimos, resultan fundamentales: el cumplimiento de reglamentos, resoluciones, disposiciones y normativas establecidas a favor de lograr la organización, el buen funcionamiento y la optimización del trabajo.

Lamentablemente en los casos de las personas jurídicas antes mencionados no ha sido así; los deberes y obligaciones del cliente interno, de acuerdo con lo que la institución a la que pertenece tiene establecido, se han incumplido; su actuar no se corresponde con lo que de él se esperaba como especialista, atentando contra las expectativas del cliente externo en lo referido a la calidad del servicio.

En cuanto a la disposición por parte del consultor de un archivo adecuado para la documentación que debe conservarse en la entidad, se constató que 69 casos cuentan con estas condiciones, mientras 42 carecen de ellas. Esta información es preocupante, pues favorece el extravío o la pérdida de documentos de valor dentro de la organización, y ello trae como consecuencia el desconocimiento o la no existencia de los documentos de referencia. Esto puede implicar para el consultor duplicar su trabajo, toda vez que sea necesario realizar nuevos documentos o repetir los confeccionados por razones de negligencias de la institución.

Al hacer una valoración sobre estos problemas queda al descubierto que algunos de los clientes externos entrevistados presentan una evidente necesidad de adquirir conocimientos e información sobre la actividad jurídica dentro de la organización empresarial, además de preocuparse y ocuparse por que se cumpla con lo regulado para lograr el óptimo desempeño de sus responsabilidades y el buen funcionamiento de la entidad que dirigen. En ese reto la participación del consultor jurídico tiene una relevancia especial.

A su vez el consultor jurídico está en la obligación de tomar partido en estos asuntos atendiendo a las normativas establecidas al respecto; al no hacerlo, incumple con sus deberes laborales, y atenta contra sí mismo

como profesional, contra la calidad del servicio jurídico y contra la imagen que pretende proyectar la institución a la que pertenece.

Contratos con otras entidades, colaboración o redacción de documentos y representación ante otras entidades nacionales o extranjeras

En el instrumento aplicado, los ítems confeccionados en relación a estos temas son diversos y los usuarios podían marcar indistintamente unos y otros, por lo que la participación del consultor puede verse reflejada en más de uno de los acápites recogidos.

En cuanto a los contratos con otras entidades, 19 usuarios plantean que hasta el momento este proceso no se ha llevado a cabo por parte de su entidad y 2 no dan información al respecto por carecer de la misma. El resto de los directivos que representa a las personas jurídicas (91 casos), en mayor o menor medida hace referencia a que el consultor asesora y orienta como llevar a cabo el proceso (88), elabora los documentos legales necesarios (86), representa jurídicamente a la entidad ante cualquier duda, modificación a lo acordado o reclamación (64), participa en la discusión y firma del contrato (39) y elabora los documentos jurídicos pero no interviene en el resto del proceso (3)

Estos resultados hablan de lo significativo de la participación del consultor, de una forma u otra en este proceso, pues los usuarios reconocen su actuación dentro del mismo y esto indirectamente reafirma la necesidad del servicio jurídico empresarial.

Esta valoración encuentra punto de apoyo en el aspecto referido a la colaboración y/o redacción de documentos legales por parte del consultor, pues los clientes externos señalan su intervención en: resoluciones, instrucciones, contratos, circulares, convenios, cartas, planes de prevención y lucha contra los actos de corrupción e ilegalidades, reglamentos, dictámenes legales, reclamaciones comerciales y demandas.

También los consultores jurídicos han desempeñado funciones de representación ante otras entidades nacionales o extranjeras a favor de la empresa que asesoran. De los 111 sujetos entrevistados, 34 plantearon la no existencia de representación ante otras entidades y 2 no dieron respuesta a esta pregunta, por tanto la puntuación máxima a obtener en cada ítem fue de 75 respuestas. De estas, 45 coinciden en que el consultor jurídico ante estos actos puso de manifiesto todos los requisitos enumerados a continuación y las 30 restantes responden a uno u otro ítems de acuerdo a lo que los clientes externos valoraron como más relevante.

Los requisitos enumerados por los clientes externos fueron: calidad en el desempeño del servicio (62), amplios conocimientos (59), habilidad en su labor (59), calidad en los documentos (58), responsabilidad y ética profesional (57), elevada preparación (54), experiencia laboral (51), utilización de todos los medios y recursos disponibles (50)

En este sentido hay que destacar la opinión sobre la calidad en el desempeño del servicio, pues aún con las dificultades mencionadas hasta el momento en esta investigación, el 82.6% de los que han necesitado del consultor en este tipo de acto jurídico, el 55.4% de la muestra total, reconoce calidad en el servicio.

En el resto de los indicadores, también se constata una valoración positiva sobre las cualidades o atributos mostradas por el consultor, el menos significativo es «la utilización de todos los medios y recursos disponibles» . Esto pudiera ser reflejo de las limitaciones y los escasos recursos de trabajo con que cuenta el consultor, básicamente en cuanto a materiales de oficina, equipamiento y fácil acceso a instrumentos jurídicos.

En general, aunque estos criterios mayormente favorables son estimulantes, no se puede olvidar el grupo de los 30 clientes externos que fueron selectivos en sus respuestas sobre los ítems señalados, porque ello podría ser un indicador de desconocimiento o insatisfacción con el servicio recibido.

Gestiones de cobros y pagos

La intervención del consultor jurídico en gestiones de cobros y pagos dentro de la empresa se ha hecho efectiva en el 55% de las entidades, y se ha logrado con resultados satisfactorios que implicaron actos de mediación, conciliación, reclamaciones comerciales y demandas por pagos no retribuidos y deudas; trayendo como consecuencia la representación legal por parte del consultor ante otras instituciones, como por ejemplo los Tribunales Populares a diversas instancias.

Cuando el consultor se ve obligado a realizar gestiones en otras instituciones, las dificultades y demoras en la obtención de documentación y resultados esperados, por la necesidad de participación de terceros en los procesos, es referenciada de manera frecuente por los clientes externos.

Estas condiciones atentan contra la calidad de cualquier servicio porque uno de los indicadores cardinales de la misma está estrechamente ligado al cumplimiento de lo acordado, la agilidad en los trámites y la rapidez en la entrega de documentos o solución a la solicitud por la cual se contrató el servicio.

En relación a este tema, se plantea que los clientes desarrollan expectativas en base a lo que se les oferta, a las recomendaciones de otras personas y a sus propias experiencias y así van conformando una percepción del servicio en base al desempeño del mismo (Cobra, M.2000).

Cuando las expectativas y la percepción del servicio están correlacionadas favorablemente, pues lo esperado se corresponde con lo obtenido, se incrementa la satisfacción del cliente. Si se produce el efecto contrario, aunque las acciones o tareas realizadas por el cliente interno sean considerables o se ejecuten con las normas establecidas para ello, el resultado es motivo de insatisfacción y el servicio se desvaloriza, pierde calidad para el usuario.

La repercusión de estos hechos puede tener consecuencias indeseadas como:

- 1 Dañar a la empresa contratadora; que, de existir otras opciones, lo que no siempre es posible en estos casos, podría perder al cliente.

2 Afectar las relaciones de comunicación entre usuario y consultor por pérdida de la confianza y la credibilidad en el especialista que desempeña la tarea, llegando inclusive a la solicitud de cambio del consultor.

3 Afectar la imagen de las instituciones jurídicas en su conjunto, en tanto eficacia y eficiencia del trabajo en el sector.

4 Propaganda gratuita y hostil sobre el tipo de servicio.

Por todo ello y aún con el conocimiento de que en la solución a esta situación el sector jurídico en su conjunto debe tomar partido, es indispensable señalar la necesidad de establecer mecanismos que prioricen, en días u horarios específicos, la atención del consultor jurídico en las diversas instituciones que de una u otra forma están implicadas en estos procesos. Esta es una demanda que requiere ser escuchada, si realmente se aspira a lograr incrementar la calidad de los servicios jurídicos en el país.

Los consumidores valoran la calidad desde una perspectiva pragmática de lo que reciben. Pero es la empresa la que debe hacer esfuerzos notables para mejorar la calidad de los productos o servicios... (Tabloide "Cultura por la calidad»2006)

Actividades de divulgación jurídica

La comunicación surgió a lo largo de la sociedad humana y se convirtió en parte indispensable de la vida del hombre y su actividad. Gracias a ella, éste fue capaz de desarrollar sus funciones mentales superiores y convertirse en un ser social. (Bello, Z y Casales, J.C. 2004)

A través de los mecanismos de la comunicación resulta posible transmitir conocimientos, opiniones, evaluaciones, estados de ánimo, incitar a los demás a la acción o a la expresión de sus sentimientos y en general influir en sus conductas.

La comunicación más que un proceso es una dimensión donde intervienen diversidad de factores, pero en esencia hay tres elementos indispensables: un emisor que transmite la información, un receptor que la recibe y el mensaje, que es el... «portador del propósito explícito de la comunicación». (Calviño, M. 1999), y debe ser claro, preciso, comprensible y tener bien definidos los objetivos que persigue para alcanzar el éxito.

Formando parte de la dimensión de la comunicación el proceso de divulgación está presente, posibilitando hacer público o dar a conocer información sobre algún tema, actividad o suceso que resulta de interés especial por su contenido político, social de formación de valores, instructivo o educativo.

En Cuba la divulgación en su sentido más amplio ha ido incrementándose de forma paulatina y en ello los medios de difusión masiva han desempeñado roles importantes. Sin embargo, la divulgación sobre temas jurídicos aún no alcanza su máxima expresión y es necesario desarrollar mecanismos que a nivel individual, laboral y social estimulen el conocimiento en esta esfera.

En este sentido, incluir dentro de la actividad laboral de los consultores jurídicos, como parte del servicio de asesoramiento a las personas jurídicas, la realización de acciones de divulgación, conforma una iniciativa educativa de gran valor.

La divulgación jurídica significa revelar, publicar, difundir y propagar contenidos jurídicos con la finalidad de que la ciudadanía (personas naturales y jurídicas representadas por sus directivos y funcionarios) obtenga conocimientos que le permitan el acatamiento y respeto de las leyes y su utilización individual y social. (Rodríguez, M. y Hernández, D. 2004), por lo que al incrementar estas actividades se contribuye a la educación jurídica de la población y se estimula la legalidad.

Dentro del sector de los servicios, la divulgación es un medio eficaz para desarrollar intereses y motivaciones en los usuarios, pues en la medida que se adquiere mayor conocimiento y la información es útil en la práctica laboral, la percepción del servicio gana en importancia, adquiriendo más valor para el cliente.

Esto dentro de la esfera jurídica- empresarial es aún más relevante dados los cambios estructurales llevados a efecto en la economía del país y en las relaciones de producción y comerciales entre empresas, además de la diversidad y especificidad de normas legales que existen en relación a esta especialidad.

«Muchas veces los consumidores actúan contra sus propios intereses; en consecuencia necesitan ser orientados y, aún más, ser educados para saber como comprar servicios con ventajas y seguridad. Por tanto la empresa de servicios tiene la responsabilidad social de actuar como educadora». (Cobra, M. 2000)

En concordancia con lo planteado, al indagar con los entrevistados en este aspecto se encontró que el 89.1% afirma que en sus entidades se llevan a cabo actividades de divulgación jurídica; tanto frecuentemente (56.7%) como ocasionalmente (32.4%). Sólo el 9% de las instituciones hace referencia a nulidad en este tipo de actividades o desconocimiento al respecto (1.9%). Estas cifras cuantitativamente podrían ser positivas ya que la mayoría de las empresas ha realizado actividades de divulgación jurídica, pero cuando se va a la esencia del problema, han existido incumplimientos que atentan contra la calidad del servicio en base a lo establecido por la Resolución 42/2001.

La Resolución anterior en el aspecto 3 del punto II inciso r, vinculado a la realización de funciones específicas del Consultor Jurídico expresa: «...elaborar programas de divulgación jurídica y proponer otras medidas para contribuir al desarrollo de la conciencia jurídica en el personal de la entidad» y en el punto III inciso 4 queda claro que «... se controlará el cumplimiento de los aspectos señalados en los puntos I y II de estos lineamientos y se verificará además actividades de divulgación jurídica, planificadas y ejecutadas».

En base a lo normado y teniendo en cuenta lo expresado hasta el momento, por la importancia que tienen las actividades de divulgación jurídica, deberían realizarse con mayor frecuencia y no ocasionalmente como señala más de la tercera parte de los usuarios, pero el hecho de no haber contado nunca con estas actividades en la entidad es preocupante. No sólo la violación de los lineamientos establecidos resulta un problema que atenta contra la calidad del servicio, la pérdida del espacio en cuanto a la posibilidad de demostrar la importancia de la

especialidad, adquirir mayor reconocimiento social y el insuficiente apoyo a la Batalla de Ideas, en relación a la lucha contra la corrupción, el delito y las ilegalidades, por las limitaciones en la transmisión de información que posibilite el conocimiento, acatamiento y respeto a las leyes constituyen debilidades dentro de la labor de asesoramiento jurídico del 41.4% de los consultores que atienden estas entidades.

Paralelo a esto, los directivos de las empresas solicitan el incremento de las actividades de divulgación jurídica, al considerar que desarrolla la conciencia jurídica, son educativas y estimulan el conocimiento en esta esfera, lo que reafirma la necesidad de aumentar la frecuencia de estas actividades e incentivar la participación de todos los trabajadores; lo que de hecho no está sucediendo, pues las respuestas obtenidas en este acápite hacen mención fundamentalmente a la intervención del Consejo de Dirección, funcionarios, dirigentes y personal técnico, obviando que el éxito o fracaso de una empresa depende de todos sus clientes internos con independencia de las funciones o responsabilidades que desempeñen.

Dominio por parte del consultor jurídico de los objetivos de trabajo de la entidad que asesora.

Para los usuarios, el conocimiento de los objetivos de trabajo de la entidad a la que pertenecen por parte del abogado contratado, es un factor importante en el desempeño de la actividad, ya que posibilita un asesoramiento jurídico que responda a los intereses de la institución e incluso facilita la elaboración de documentos con propuestas acordes a las características y necesidades de la empresa.

Cuando existen deficiencias en este particular porque los objetivos de trabajo se dominan parcialmente, como sucede en el 9.9% de los consultores de acuerdo a la opinión de los empresarios, la satisfacción con la calidad del servicio se ve afectada. A su vez esto implica incumplimientos en los deberes y obligaciones del consultor, pues entran en contradicción con los lineamientos establecidos en la Resolución 42/2001, que plantea en el punto II, aspecto 1:... « para el asesoramiento jurídico se requiere: El conocimiento de los objetivos de trabajo del sistema a que pertenece la entidad donde se desarrolla el asesoramiento legal».

Condiciones de trabajo del cliente interno.

El 82.8% de los clientes entrevistados han visitado las Consultorías Jurídicas que los atienden de manera frecuente u ocasional y en general en sus valoraciones al respecto, la tendencia predominante sobre los indicadores medidos: mobiliario, equipos, comunicaciones, materiales de oficina, iluminación, ventilación, privacidad para la atención al cliente, condiciones constructivas del lugar, limpieza, tamaño del local, ruido ambiental y ubicación, es situarlos dentro de la escala como: regular, mal y muy mal. En ese sentido las opiniones negativas se refieren a los aspectos: privacidad para la atención al cliente, equipamiento, materiales de oficina, ventilación, iluminación, mobiliario, condiciones constructivas del lugar y las comunicaciones.

Estas impresiones se corresponden con las sugerencias que, casi en la totalidad de los casos, se plantean para mejorar la calidad del servicio, pues para los usuarios no existe correspondencia entre lo que se aporta

económicamente mediante los servicios jurídicos de asesoramiento a las empresas y los recursos y condiciones de trabajo que tienen los consultores que realizan esta actividad.

Siguiendo esta línea, más de la mitad de los clientes externos señalan descontento con el servicio/ producto que se ven obligados a asumir de manera individual o compartida con el consultor o la Consultoría, el gasto de recursos para el trabajo de asesoramiento, en tanto materiales de oficina, préstamo de equipamiento técnico y transportación, lo que consideran debería ser obligación de la Consultoría Jurídica. Esta situación se torna más significativa cuando de los 11 clientes entrevistados sólo el 29.7% refirió la existencia de estos aspectos en el contrato, de ellos el 25.2% hace mención al transporte y el 4.5% a insumos de oficina. Estos planteamientos reflejan la inconformidad con lo que sucede, pero se asume el gasto para evitar, entre otras consecuencias, pérdidas económicas, descontrol y violaciones de la legalidad, lo que no minimiza la responsabilidad de los organismos superiores encargados de garantizar el aseguramiento material necesario para ofrecer un servicio de calidad.

La Resolución No. 234 / 2003 dispone en su aspecto décimo: «En todos los casos y desde la negociación del contrato, puede pactarse con la entidad receptora del servicio que ésta asuma los gastos de transporte y dieta cuando sea necesario para la prestación del servicio que el jurista se traslade a otra localidad»

La referida disposición no responde a lo que está sucediendo, sólo se hace mención al compromiso de la entidad en asumir gastos de transporte y dieta en ocasiones muy precisas, pero no aparece nada en cuanto al gasto en recursos técnicos y materiales de oficina que el cliente externo está asumiendo o compartiendo. Por tanto, visto en términos de Marketing, el cliente externo se transforma, bajo determinadas circunstancias, en cliente interno, en la medida que presta un servicio al consultor jurídico para garantizar su propia satisfacción, y esto va en contra de la esencia misma del servicio y de la calidad que se pretende alcanzar.

No se puede hablar de violación de norma porque no hay norma establecida para este asunto, por lo que sería conveniente, dadas las dificultades técnicas y materiales reales existentes, que se incluyan estos aspectos en los contratos y se realicen ajustes económicos al respecto en caso que sea necesario para que de esa manera el cliente externo sepa a qué atenerse desde el primer momento, lo cual evitaría críticas o insatisfacciones al respecto.

Relacionado con este aspecto, en entrevista a expertos realizada en COPES (Consultoría de la Pesca, actualmente integrada a CONABI; Consultores y Abogados Internacionales) se hizo referencia a lo imprescindible que resulta para lograr un servicio de calidad que la entidad que lo brinde sea autofinanciada. Esto permite hacer inversiones en lo que objetivamente se necesita, crear una imagen atractiva para el cliente que incentive la necesidad del servicio y controlar, organizar y administrar los recursos materiales y humanos en tanto útiles de oficina, mobiliario, equipamiento técnico y contratos a personal capacitado y eficiente en la actividad.

En general, las dificultades en las condiciones de trabajo de los consultores están incidiendo en algunos de los factores anteriormente analizados como la asistencia, puntualidad, confección y entrega de documentos utilizando todos los medios y recursos disponibles, rapidez y agilidad en el servicio de acuerdo a lo convenido. Estas deficientes condiciones de trabajo del cliente interno que afloran a través del cliente externo y repercuten en su nivel de satisfacción con el servicio son una señal de la necesidad de prestarle atención y buscar soluciones.

«Las empresas de servicios se apoyan fuertemente en el desempeño tanto humano como material; es decir, las personas y los equipos son la clave del éxito de una organización»... (Cobra, M. 2000)

Valoración de la calidad de los servicios de acuerdo a las opiniones de los clientes externos

Como se ha visto a lo largo del análisis de los resultados obtenidos, existen incumplimientos e irregularidades en el trabajo de asesoramiento jurídico empresarial del consultor; con respecto a los lineamientos e indicadores de calidad establecidos para llevarlo a cabo. Esto incide en el nivel de satisfacción de las personas jurídicas representadas por sus directivos y funcionarios, en relación con los servicios contratados a las Consultorías Jurídicas, pero no causa graves consecuencias en la valoración general sobre la calidad del servicio.

Las opiniones están divididas, pero tienen puntos de contacto en algunos de los aspectos señalados, no se constata rechazo categórico por el servicio prestado en ninguno de los clientes externos entrevistados.

El 24.3% de la muestra considera que el trabajo del consultor tiene óptima calidad, el 63% lo valora como bueno y el 12.7% opina que podría mejorarse.

En el primer caso los usuarios se sienten muy satisfechos con el servicio que reciben, es especial con el consultor asignado, al que consideran un excelente profesional.

La identificación del cliente con el consultor no está directamente vinculada a la entidad que este representa, a la cual evalúan con múltiples deficiencias inherentes a condiciones materiales y de atención al hombre, sino al consultor en su individualidad por las habilidades, conocimientos, creatividad, relaciones humanas, de comunicación y competencia que manifiesta en su actuar. Esto reafirma la importancia del cliente interno dentro de la actividad.

Los consultores tienen interés por la actividad que realizan; es estimulante por su contenido y por los beneficios económicos que les aporta. No obstante en algunas de las irregularidades que se presentan en el cumplimiento del trabajo aparecen como justificaciones las deficientes condiciones laborales que rodean su labor y ello favorece a que la imagen del profesional jurídico no se lesione, en contraste con lo que sí ocurre con la apreciación de la Consultoría Jurídica y demás organismos del sector involucrados, que sí reciben críticas de los usuarios.

Los criterios donde se evalúa el trabajo de asesoramiento jurídico con deficiencias que podrían mejorarse y más de la mitad de quienes lo valoran como bueno, mencionan como indicadores que atentan contra la calidad del

servicio: asistencia, puntualidad, incumplimiento de las tareas en el plazo establecido, necesidad de incrementar los conocimientos y la preparación jurídica para realizar la labor, deficientes condiciones de trabajo del consultor, asesoramiento jurídico a una cifra elevada de centros, lo que limita el tiempo de permanencia del consultor en la entidad, conocimiento superficial de los objetivos de trabajo de la empresa, intervención de otras instituciones en los procesos afectando la rapidez en la solución de problemas, necesidad de incrementar el salario de los consultores con vistas a compensar los gastos de transportación, atender menor cantidad de empresas sin perjuicios económicos y mejoras de porte y aspecto.

Estos señalamientos ya referenciados en otro momento de la investigación no son determinantes en las valoraciones que sobre la calidad del servicio ofrecen los clientes externos, pues como se ha visto la percepción del servicio en sentido general es positiva; criterio que se confirma en el 96.4% de los entrevistados que—ante la alternativa de solicitud de asesoramiento—seleccionan al consultar jurídico para este fin. El 3.6% no da opinión al respecto.

Las insatisfacciones emitidas por los usuarios, contradictorias con la valoración general que ofrecen, pueden ser justificadas a partir de los propios resultados de esta investigación:

- 1 En las auditorías, verificaciones fiscales y controles administrativos no se han detectado violaciones de la legalidad vinculadas al trabajo del área jurídica a partir de la presencia del consultor en la entidad.
- 2 Las gestiones de cobros y pagos donde han intervenido los consultores, han posibilitado beneficios económicos, con soluciones satisfactorias para el cliente en las empresas que realizaron reclamaciones comerciales y demandas a otras entidades por pagos no retribuidos.
- 3 La asistencia de los consultores a la entidad cuando se solicita su presencia, con independencia de las visitas coordinadas regularmente para la labor de asesoramiento, satisface una necesidad de servicio del cliente, lo que influye en la percepción positiva de este hacia el consultor en su individualidad y hacia el servicio de asesoría en general.
- 4 El conocimiento de las entidades sobre las deficientes condiciones laborales del consultor jurídico y la necesidad del usuario de encontrar respuestas o soluciones a los asuntos, propicia el reconocimiento a los esfuerzos de este profesional en función de cumplimentar su trabajo; no se le considera responsable de los problemas que se presentan y la poca ayuda material que recibe, a pesar de su esfuerzo, repercute en la valoración positiva de la calidad del servicio
- 5 La novedad de la actividad de asesoramiento jurídico a nivel empresarial, la limitada divulgación que existe en cuanto al contenido y las características de esta labor y las indefiniciones que subsisten en cuanto al concepto de calidad en el ámbito de los servicios, dada la naturaleza intangible de los mismos, favorecen en el usuario la incapacidad de identificar en toda su magnitud las deficiencias que están presentes en el servicio que se le brinda.

Diagnóstico general del funcionamiento de las Consultorías Jurídicas

Para poder realizar un diagnóstico general del funcionamiento de las Consultorías Jurídicas, es imprescindible retomar aspectos señalados con anterioridad.

Existen incumplimientos por parte de los consultores jurídicos vinculados a sus deberes y obligaciones, de acuerdo a las Resoluciones 107/2001, 154/2001 y 42/2001 emitidas por el Ministerio de Justicia, en relación a la labor de asesoramiento legal a las personas jurídicas.

La repercusión de estas violaciones no resultó altamente perjudicial en la percepción que sobre la calidad del servicio brindó el cliente externo: óptima calidad, buena calidad y debe mejorarse, pues al aplicar la media aritmética a las puntuaciones otorgadas a las variables cuando se operaron, el resultado demostró que la valoración general del servicio fue buena ($x = 2.02$)

Además los criterios cualitativos referidos a «debe mejorarse», más que críticas sancionadoras constituyen recomendaciones o sugerencias que se manifiestan en la mayoría de los clientes.

La concepción de que la calidad siempre puede mejorarse debe ser una aspiración de todo usuario que recibe un servicio o adquiere un producto, lo que se comprueba en el Test de opinión sobre calidad, donde el total de clientes externos a los que se aplicó esta técnica, señalaron esta alternativa como cierta.

En relación al cliente externo y la calidad del servicio hay que recordar que «...el atributo que contribuye, fundamentalmente, a determinar la posición de la empresa en el largo plazo es la opinión de los clientes sobre el producto o servicio que reciben» (Mendoza, J. A., 2005)

Para que los clientes se formen una opinión positiva, la empresa debe satisfacer sus necesidades y expectativas, que es lo que se ha denominado como calidad del servicio; por tanto los indicadores que se proponga la empresa para evaluar la calidad del servicio deben partir, esencialmente, de los criterios de los usuarios. Por eso es importante revisar los indicadores de calidad propuestos en la Resolución 154/2001, pues son básicamente técnicos y el usuario no necesariamente los conoce ni tiene por qué compartirlos.

Los clientes externos a través de los cuestionarios aplicados proponen algunos indicadores que satisfacen sus expectativas en relación a calidad en los servicios. Ellos están estrechamente vinculados a los aspectos que, en el marketing de servicios a nivel internacional, se tienen en cuenta para medir la calidad:

- | | |
|--|---|
| -Asistencia y puntualidad | -Educación, cortesía y respeto |
| -Rapidez en la solución de problemas | -Cumplimiento de las tareas de acuerdo a lo acordado |
| -Buenas relaciones de comunicación, humanas y sociales | - Conocimientos y preparación para el desempeño del trabajo, en correspondencia con la entidad que asesora. |
| -Responsabilidad ante las tareas. | -Disponibilidad de recursos técnicos y materiales que |
| -Ética profesional | garanticen la calidad de los documentos jurídicos |
| -Interés y motivación hacia la actividad que desarrolla. | y propicien bienestar al trabajador |

Estos indicadores son afines al cliente interno, él es quien promociona la prestación, vende una imagen de la empresa e incentiva en el cliente externo la necesidad por el servicio que se oferta; la relación entre cliente interno y externo es indisoluble y determinante para evaluar la calidad.

«...es necesario sensibilizar a las personas (empresarios, funcionarios, directivos) en la correcta atención al cliente interno, puesto que un cliente interno satisfecho atenderá mejor al cliente externo».(Cobra, M. 2000)

«Para el marketing no es pues el producto aquello que se vende, sino aquello que se desea comprar».En la instauración de ese deseo y de esa necesidad, el cliente interno, la divulgación del servicio y la imagen que proyecta la institución encargada de prestarlo, conforman un todo único que es determinante y propicia el desarrollo de las expectativas del cliente externo.

Por último, aunque los resultados obtenidos son optimistas aún teniendo presente todas las deficiencias que en el orden económico, técnico y material existentes y que son reflejo de la situación del país, en sentido más amplio, es necesario buscar soluciones en función de crear una imagen corporativa de la Consultoría Jurídica, una imagen atractiva y motivante, que incite, por sí misma, a la contratación y el interés del cliente.

Este entorno no implica perder de vista la necesidad de reconocimiento social, moral y material del cliente interno que, como se ha visto, es el punto de partida del cliente externo para crear sus expectativas y percepción sobre el servicio.

Hay que hacer énfasis en los problemas detectados y analizarlos con objetividad en todos los niveles de dirección, sin excluir las causas o motivos que llevaron a estos incumplimientos.

La responsabilidad es de todos y todos tienen que cooperar para que el servicio tenga la calidad que espera el cliente externo y a la que aspiran los clientes internos. Cumplimentar este objetivo es difícil, pero si existe interés, dedicación y se unen esfuerzos se puede lograr el éxito.

Los servicios son perecederos, no se pueden almacenar, por tanto mantenerse activo, dispuesto y competitivo no es sólo una cuestión estratégica, sino un imperativo para la supervivencia. (Cobra, M., 2000)

CONCLUSIONES

1.Existen dificultades en el proceso de comunicación entre el cliente interno y externo que se reflejan en la carencia de información o el desconocimiento del usuario sobre documentos jurídicos relevantes dentro de la actividad de asesoría, ejemplos de los cuales son: diagnóstico o dictamen, Plan de medidas para erradicar deficiencias detectadas y su seguimiento, Carpeta legal y su actualización, Registro de bienes inmuebles y su inscripción en el Registro de propiedad, Disposiciones jurídicas y el Protocolo de disposiciones emitidas por el jefe máximo de la entidad.

2. Las actividades de divulgación jurídica no se imparten con la frecuencia que ello amerita, lo que limita el desarrollo de la conciencia jurídica y el conocimiento de normativas que contribuyen al cumplimiento de la legalidad. El incremento de estas actividades un reclamo de los clientes externos.

3. El porte y aspecto del cliente interno no responde, en algunos casos, a lo que el usuario espera, por lo que ellos sugieren estimular con módulos de ropa o con mejoras económicas al asesor jurídico.
4. La rapidez en la atención, solución de problemas y cumplimiento de las tareas de acuerdo a lo acordado, al igual que la asistencia y puntualidad a la entidad, no siempre satisfacen al cliente externo, pero este justifica con frecuencia la ocurrencia de tales hechos por la intervención de terceras personas o instituciones dentro de los procesos y las deficientes condiciones laborales y de transportación que tienen los consultores. Tales razones disminuyen la responsabilidad del consultor en estos incumplimientos.
5. Las opiniones que sobre el soporte físico, (incluye las condiciones de trabajo de las Consultorías Jurídicas) ofrecen los 92 clientes externos que han visitado dichas instalaciones son adversas; más del 80% de los indicadores de referencia son evaluados como regular, mal y muy mal.
6. La transportación es un factor que incide en toda la población, pero para el cliente externo constituye un problema mayor cuando para lograr la concreción del servicio tiene que buscar soluciones al respecto; más aún si como en el 74.8% de los casos, no existe compromiso alguno en el contrato concertado.
7. El conocimiento parcial de los objetivos de trabajo de las personas jurídicas por parte del consultor que asesora la entidad, es visto por el cliente externo como un factor que incide en la calidad del servicio. Es difícil brindar asesoramiento jurídico sin tener una idea exacta del contenido de la actividad laboral, los intereses y las necesidades de la empresa.
8. La necesidad de incrementar los conocimientos y la preparación jurídica del consultor para el desempeño de su actividad es un reclamo de los clientes externos, pues la variedad de resoluciones, normativas, lineamientos y disposiciones jurídicas que están presentes en la esfera empresarial requieren una actualización permanente del profesional encargado de esta labor.
9. El valor y la importancia del asesoramiento jurídico empresarial no encuentra eco en el cliente externo, en tanto la deficiente información sobre esta especialidad limita el conocimiento de la actividad y su utilidad práctica.
10. El desconocimiento del cliente externo sobre documentación jurídica esencial para la organización y funcionamiento de la empresa que dirige, está íntimamente vinculado a incumplimientos del consultor jurídico en su trabajo de asesoramiento, pero eso no justifica la irresponsabilidad y despreocupación del usuario ante sus obligaciones como dirigente de la entidad.
11. Para los clientes externos las Consultorías Jurídicas no poseen una imagen corporativa que estimule el desarrollo de la necesidad del servicio o la contratación. La proyección que transmiten es totalmente opuesta a las expectativas del cliente en cuanto a la calidad del servicio, y es el vínculo directo con el consultor jurídico y los resultados favorables obtenidos los que restan importancia a esa imagen y propician el reconocimiento social por la actividad en la individualidad del consultor y no a la institución que este representa.

12. Los consultores jurídicos han incumplido con deberes y obligaciones inherentes a la organización y funcionamiento de la actividad de asesoría jurídica empresarial que están normados en resoluciones y lineamientos emitidos por el Ministerio de Justicia.
13. Los clientes externos expresan deficiencias en cuanto a la calidad al servicio que reciben por parte de las Consultorías Jurídicas, lo que implica que su nivel de satisfacción no es óptimo (resultado que entra en contradicción con las opiniones emitidas por los consultores jurídicos en la investigación del cliente interno, quienes al autoevaluarse no señalaron deficiencias en su trabajo). Sin embargo estas insatisfacciones del cliente externo no propician una valoración general negativa del servicio, pues en la práctica, las situaciones generadoras de esos conflictos se minimizan al ser consideradas ajenas a la voluntad del consultor. Esto cual sumado a las ventajas económicas y de control de la legalidad obtenidas, compensan las irregularidades presentadas.
14. Los indicadores para medir la calidad en los asuntos contratados para un servicio determinado establecidos por la Resolución 154 del 2001, no satisfacen, en toda su magnitud, las expectativas del cliente externo en relación a la calidad de los servicios, por lo que los usuarios realizan propuestas al respecto ya mencionadas en el acápite de Diagnóstico general de esta investigación.
15. Los resultados obtenidos en esta investigación constituyen una fuente de información para el Ministerio de Justicia, la Dirección Provincial de Justicia y el Consejo de la Administración Provincial, con vistas a satisfacer las expectativas del cliente externo con el servicio y optimizar la calidad del mismo.

RECOMENDACIONES

1. La Dirección de Consultoría Jurídica y Atención a Asesores Jurídicos del Ministerio de Justicia, como órgano que orienta y controla metodológicamente la actividad, debe realizar un análisis sobre los aspectos que propician insatisfacciones en los clientes externos con el servicio que prestan las Consultorías Jurídicas con vistas a incorporarlos como indicadores de calidad.
2. El Ministerio de Justicia en coordinación con la imprenta del organismo, debe trabajar en función de confeccionar y editar boletines o folletos donde se divulguen los servicios que prestan las Consultorías Jurídicas y sus resultados de trabajo. Con este fin también es posible utilizar la Revista Jurídica y los medios de comunicación masiva. Esto contribuiría al conocimiento de la especialidad, desarrollo de necesidades del servicio en los clientes externos y la estimulación de contrataciones.
3. Es imprescindible que todos los organismos vinculados al trabajo de las Consultorías Jurídicas (Ministerio de Justicia, Dirección Provincial de Justicia y Consejo de la Administración Provincial del Poder Popular) busquen soluciones a favor de mejorar las condiciones constructivas y materiales de estas entidades, pues es necesario modificar la percepción desfavorable que tiene el cliente externo sobre las mismas y de ese modo estimular el desarrollo de su imagen corporativa.

4. El Ministerio de Justicia debe establecer convenios de colaboración e intercambio con instituciones como la Escuela de Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores u otros organismos donde se impartan cursos de Marketing de Servicios para incorporar en estas actividades a todos los clientes internos que laboran en esta esfera. Esto posibilitaría incrementar la calidad de los servicios.
- 5 .Incentivar a través del Ministerio de Justicia y la Dirección de Justicia de Ciudad de La Habana la creación de Talleres de Orientación Metodológica sobre las normativas existentes, y lograr a través de mecanismos educativos e instructivos que los consultores adquieran conocimientos, ganen en experiencia y otorguen a estos asuntos la importancia que corresponde.
6. Los jefes de grupos de las Consultorías Jurídicas podrían realizar inspecciones y controles a las diversas entidades con mayor regularidad, con el objetivo de constatar el estado de la documentación jurídica, la disciplina, la comunicación, actividades de divulgación jurídica y otros aspectos que se consideren necesarios, para brindar apoyo y asesoramiento en el caso que se requiera.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Bello, Z y Casales, J.C. Psicología Social. Editorial Félix Varela. Cuba. 2004. Pág. 113
- 2 Calviño, M. Psicología y Marketing. Contribuciones al posicionamiento de la Psicología. Editora Política. Cuba .1999. Pág. 73
- 3 Cobra, M. Marketing de Servicios. Estrategias para turismo, finanzas, salud y comunicación. 2da Edición. Editora Lily Solano. Colombia. 2000. Pág. 4
- 4 Idem. Pág. 27, 9, 89, 94, 63, 72 y 30.
- 5 Colectivo de autores. «El Marketing de los servicios: Una técnica para el éxito de las Consultoría Jurídicas». Trabajo de Investigación. Consultoría Jurídica de La Habana del Este.2003.
- 6 Colectivo de autores. «Cultura por la Calidad. Universidad para todos.» Tabloide. Instituto de Investigaciones en Normalización. Editorial Academia. Cuba. 2006. Pág. 9
- 7 García, S. Rodríguez, M. y Soñora, M. «Calidad de los servicios en el Registro Central de Sancionados. » Informe de Investigación. Ciudad de La Habana. Cuba. 2001
- 8 Hernández Sampier, R. Metodología de la Investigación. Editorial Félix Varela. Cuba 2003. Pág. 228
- 9 Hernández Ruiz, Alma, «¿Un Marketing especial para los servicios? » en Revista Espacio No.3, Habana 2000.
- 10 Hernández, R. «Algunas consideraciones acerca del Marketing en los servicios jurídicos». Ponencia. 1995.

- 1 Isidor, J. L. Seminario de sensibilización «Calidad en el trabajo», La Habana, 2000. Lineamiento Metodológico No 2 /2001. Metodología para verificar la calidad del servicio brindado a las entidades, Ministerio de Justicia. Cuba
- 2 Lineamiento Metodológico No 1 /2001. Guía Metodológica para la atención a las entidades del sector agropecuario y estatal. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 3 Mendoza, J. A. Medición de la Calidad del Servicio. Resumen sobre Modelo de las Deficiencias. Internet. 2003. Pág. 1
- 4 Resolución No 106 /2001. «Reglamento para la prestación de los servicios de asistencia jurídica en las Consultorías Jurídicas». Ministerio de Justicia.
- 5 Resolución No 42 / 2002. Lineamientos para la organización, funcionamiento y supervisión de la actividad de asesoramiento jurídico. Ministerio de Justicia. Cuba
- 6 Resolución No 154 / 2001. Indicadores de calidad en los asuntos contratados para un servicio determinado. Incluye contratos de Igualda. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 7 Resolución No 107 / 2001. Metodología para el funcionamiento de los Registros de las Disposiciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 8 Resolución No 234 / 2003. Establecimiento de tarifas de prestación de servicios en moneda nacional a personas jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba.
- 9 Rodríguez, M. y Hernández, D. La Divulgación Popular del Derecho. Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba 1998. Pág. 37
- 10 Salesmases, M. Marketing :Consejos y estrategias. Ediciones Pirámides. S. A. Madrid. 1991
- 11 Torres, Rolando y Grillo Alicia, «Marketing de Servicios y Fidelización: El desafío del Siglo XXI.» Instituto de Comercio Exterior. Cuba. 1997.
- 12 Wellington, Patricia, ¿Cómo brindar un servicio integral al cliente? Editorial Mc Graw Hill, Nomos S. A. Bogotá, Colombia, 1997.
- 13 Payne, A. «La esencia de la mercadotecnia de servicios». Fotocopia. 1999

BIBLIOGRAFÍA

Colectivo de autores, Sobre la Psicología del Cliente. Curso Básico. Ministerio de Justicia, 2000.

Colectivo de autores. Fundamentos de la Psicología Social y de la propaganda. Editorial Progreso. Moscú.1985.

Colectivo de autores. Estadística. Editorial Félix Varela. Cuba. 2004. Decreto 138, Sobre el asesoramiento Jurídico a entidades estatales. 1987.

Farell, G.E; Egaña, E; Fernández, F. Investigación Científica y nuevas tecnologías. Editorial Científico Técnica. Instituto Cubano del Libro.2003

Fernández, C y Blanco, A., Servicios Turísticos en Agencia de Viajes. Escuela de Altos Estudios de Hotelería y Turismo, 1999.

Fernández, N y Pérez, A. Plan de acción para asegurar la Gestión de la Calidad en las empresas que aplican el perfeccionamiento Empresarial. Documento. 2004.

Guía Metodológica para realizar el Diagnóstico Empresarial. Grupo Ejecutivo. Perfeccionamiento Empresarial. Folleto. Cuba. 1998.

Guía Metodológica para la elaboración del Expediente de Perfeccionamiento Empresarial (2da versión). Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de Cuba. 2000.

Kotler, P. Dirección de la Mercadotecnia: análisis, planeación, implementación y control. Sexta edición. 1992.

Lineamento Metodológico No 3 / 2003. Metodología para la habilitación del cuaderno de asuntos en tramite. Ministerio de Justicia.

Martín, C y Díaz, M. Psicología Social y Vida Cotidiana. Comunicación, Propaganda y Publicidad. Editorial Félix Varela. Cuba. 2004

Martínez Sarría, Matilde, «La atención a la Población, necesidad de estos tiempos»,Tesis de Maestría, Facultad de Contabilidad y Finanzas, 1999.

Naresh K. Malhotra. Investigación de mercado. Un enfoque práctico. 2da. edición, Prentice-Hall Hispanoamericana, S.A., 1997.

Norma Internacional ISO 9001. Traducción Certificada. Sistemas de Gestión de la Calidad-Requisitos. Impreso en Secretaria Central ISO en Ginebra. Suiza. 2000.

R. C. B. Sociedad clasificadora. Interpretación de la Norma ISO 9001 e introducción al enfoque de procesos. Programa de asesoramiento. Cuba. 2002.

- Ries, Al y Trout Jack, Las 22 leyes inmutables del Marketing, Ediciones Mc Graw Hill, Interamericana de México, 1996.
- Serrano, F. Marketing para economistas de empresa. Editorial E. S. I. C. Madrid, 1990.
- Smith, I. Psicología Social de las organizaciones. Conferencias impartidas en la Maestría de Criminología. Facultad de Derecho. Cuba. 1999.
- Terrero, Ariel, «¿Marketing en Cuba?» en Revista Espacio No 2. La Habana. 2000.
- Trilles, I. (Compiladora). Comunicación Organizacional. Selección de Lectura. Editorial Félix Varela. Cuba. 2004