Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas

. Derecho Penal, Criminología y prevención social
. Derecho Administrativo
. Derecho Mercantil
. Derecho Económico y de Propiedad

2008

Ministerio de Justicia
La Habana, 2011

Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas 2008

ACIJ 2008

ISSN: 1810 4924
RNPS: 0515

ANUARIO del

Centro de Investigaciones Jurídicas

2008

La Habana, 2011

Consejo editorial
Director general: Lic Claudio Ramos Borrego
Editor científico: Dr. Gerardo Machado Alonso
Secretaria: Lic. Seida Barrera Rodríguez
Corrección: Dr. Rafael Hernández de la Torre
Diseño de cubierta y composición digital: MSc.Rafael Aquino Guerra

Comité Editorial
Lic. Claudio Ramos Borrego/ Dr.Gerardo Machado Alonso/ Dr. Rafael Hernández de la Torre/ MSc. Ana Ercilia Audivert coello/ MSc. Jorge L. Bodes torres/ Dr. Fernando Cañizares Abeledo/ MSc. Sivia E. García Méndez/ Dra Mercedes de Armas Alonso/ MSc. María soledad Sóñora Cabaleiro/Dra Diana Hernández de la Guardia/ Dra. Caridad Navarrete Calderón/

Consejo asesor
Dr. Fernando Cañizares Abeledo (MINJUS) Dr. Ovidio de Angelo (Centro de Investigaciones Psiclógicas y Sociológicas/Dr. Julio A. Fernandez Estrada (Fac/(Fac. de Derecho de la Universidad de La Habana)/Dra. Tania de Armas Forticoba (Fac. de Derecho de la Universidad de La Habana/Dr. Jesús P. García Brigos/(Instituto de Filosofía)/ Dra Martha Fernández Martínez(Fac. derecho de la Universidad de La Habana)/Dr. Emilio Duharte Díaz (Facultad de Filosofia UH)/MSc.Ernesto Dominguez Lopez (Centro de estudios europeos)/Dra. Diana Hernandez de la Guardia (CIJ)/Dra. Caridad Navarrete Calderon (CIJ)/MSc. Fernando Alpizar Caballero (Consultoria Juridical Internacional)/ Lic. Dimitri Prieto Samsonov (Instituto de Antropologia)/Eulalia Viamontes Gibeaux (Facultadad de Derecho de la Universidad de La Habana)/ Dr. Leonel Carabello Maqueira (CITMA)/Dra Martha Prieto Valdes (Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana)/Dr. Pedro Luis Sottolongo (Instituto de Filosofia CITMA)/ MSC Silvia E. Garcia Mendez (CIJ)/MSc Maria Rodriguez Peirallo/ MSc. Maria Soledad Soñora Cabaleiro (CIJ)/ Lic. Paberl Aleman Benitez (Centro de Estudios sobre Amaerica)/ Lic. Milkos Gual Diaz (CIJ9/Lic. Elena Rojas Estevez (CIJ)/MSc. Jose Candia Ferreira (MINJUS9/Lic. Yuri san Rodrigez Aroche (MINJUS)/Lic Karima Sanchez Rey (CIJ)/Lic.Daimig Sanchez (CIJ)/MSc. Francisco A. Alea Fernandez Fernandez (MINJUS)/Dr. Ramon de la Cruz Ochoa (Bufetes de Servicios Especializados)/Lic. Noel Martin Diaz .(CONABI)/MSc. Maria Amparo Calderon Santana (Bufete Internacional)/ MSc. Belkis Caridad Nuñez Travieso (Bufete de Servicios Especializados)/ Dr. Andry Matilla Correa (Facultad de Derecho de la universidad de La Habana)/Msc. Israel IbarraSuarez (MINJUS)/Lic. Noel Martin Diaz (CONABI)/ MSc. Maria Amparo Calderon Santana(Bufete Internacional)/MSc. Belkis Caridad Nuñez Travieso (Bufete Servicios Especializados)/Dr. Andry Matilla Correa(Facultad de Derecho de la universidad de La Habana)/Dr. Fidel Vascos Gonzalez(Instituto Superior de relaciones Internacionales(Raul Roa Garcia)/ Dra. Angela Gomez Pérez (facultad de derecho de la Universidad de La Habana)/MSc. Tomas Jorrin Linares (Central de Trabajadores de Cuba)/ Dra Iracema Galvez Puebla (facultad de Derecho de la universidad de La Habana)/Lic. Raineri Rojas

©Todos los derechos reservados

© Sobre la presente edición:

Centro de Investigciones Jurídicas

ISSN 18104924 RNPS 0515

Centro de Investigaciones jurídicas
Calle O no.216 entre 23 y 25, Plaza de la Revolucion
La Habana, Cuba
Telefono (53-37) 8354408

Email:claudio minjus.cu

Cada artículo expresa la opinión de su autor

Indice

Editorial/
Derecho penal, Criminologia y Prevencion Social

La cualidad de lo comunitario yla prevención social
Maria Soledad Soñora Cabaleiro

Alternativa de la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba para la persona jurídica perjudicada
Iracema Galvez Puebla

Discriminacion y violencia contra la mujer. Reflexiones sociojuridicas derivadas de investigaciones científicas
Silvia Garcia Mendez
Ana Audivert Coello

Sistema Penitenciario y resocialización: una relación cuestionada
Martha Gonzalez Rodriguez

La necesidad y el merecimiento de pena en el delito de Lavado de dinero
Diana Hernandez de la Guardia

Derecho administrativo

La via de apremio en el contexto cubano actual
Claudio Ramos Borrego
Milkos Gual Diaz, Seida Barrera Rodríguez

Derecho Mercantil
De la Societas ómnium bonorum a la S.R.L. nueva empresa
Milkos Gual Diaz

Derecho Economico y de Propiedad

Sistema de cogestion y copropiedad: una alternativa para Cuba
Seida Barrera Rodriguez

El derecho de mediación y el arbitraje en la solución de conflictos de propiedad intelectual. Una aproximación en el contexto cubano

Reinier Garcés Prado

El ejercicio del derecho de propiedad sobre el suelo urbano. Su sentido social

Iris Cabanes Espinos, Martha Fernández Martínez

Editorial

Nos complace otra entrega del anuario de Investigaciones Juridicas correspondiebnte al año 2008. Aunque, dificultades técnicas obligaron a posponerla, con la presentación de estos nuevos artículos, cumplimos el compromiso de un espacio para la divulgación de nuestro pensamiento jurídicso, en diferentes ramas del Derecho y la Criminologia.

El Consejo Editorial, que me honro en presidir, ha decidido privelegiar la publicación con los resultados de las investigación científicas mas relevantes y trabajos de nuestro investigadores y juristas, cubnos y extranjeros.

Aspiramos a elevar la calidads científica de los artículos a publicar en los próximos números del Anuario, y para logralo, invitamos a que nos envíen sus trabajos, aquellos juristas y criminólogos dedicados a la investigación, en Cuba y en otros países de nuestro entorno geográfico y cultural, los académicos y profesores del Derecho y los estudiantes deseosos de iniciarse en la actividad científica.

Con el presente numero, esperemos satisfacer el interés de muchos lectores que encuentran en esa publicación un medio de actualización de los conocimientos de los conocimientos jurídicos y un instrumento de profundización en los problemas de Derecho.

Esperamos ponerlos a la venta en espacios comerciales accesibles, aunque la Revista puede ser consultada también en la página Web del Centro de Investigaciones Juridicas.

Lic. Claudio Ramos Borrego

Derecho penal, Criminología y Prevención social

LA CUALIDAD DE LO COMUNITARIO Y LA PREVENCIÓN SOCIAL[1]
The quality of community and social prevention

María Soledad Sóñora Cabaleiro
Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

Los enfoques comunitarios de la prevención social han centrado la atención, en los últimos años, de las políticas públicas y de las intervenciones profesionales. En el presente artículo se propone una reflexión crítica acerca de la comprensión y definición de este concepto, desde una perspectiva sociológica y un posicionamiento epistemológico que asume el autodesarrollo comunitario y distingue entre control social y prevención social. Se valoran críticamente los enfoques de la prevención que la reducen sólo a propósitos de evitación y reducción de los problemas y se sugiere un replanteamiento de la prevención hacia la formación de lo comunitario, de la interacción cooperada.

Summary

Community approaches of social prevention have focused attention. in recent years, of the public policies and professional interventions. In the present article a critical reflection about the understanding and definition of this concept it's proposed, from a sociological perspective and an epistemological positioning that assumes the community self development and distinguishes between social control and social prevention. The approaches of prevention that reduces it to only avoidance purposes and problems reduction are critically valorated and suggests a rethinking of prevention towards the formation of community, of cooperative interaction.

[1] Este artículo contiene ideas presentadas por la autora en: Sóñora, M. (2006). *¿Dónde pica?... La prevención social y criminal*. II Escuela de Verano de La Habana sobre temas penales contemporáneos. Seminario Internacional sobre prevención del delito, trabajo comunitario y alternativas a las penas privativas de libertad; Sóñora, M. (2008). Primer Taller Nacional de Trabajadores Sociales "Prevención del delito", Centro de Convenciones Pedagógicas de Cojímar de La Habana y Sóñora, M. (2009). *Una mirada hacia dentro*. XI Taller Internacional Comunidades: Historia y Desarrollo. "La Responsabilidad individual y organizacional desde el enfoque comunitario", Universidad Central de Las Villas.

Palabras Clave

Epistemología, prevención social y del delito, autodesarrollo comunitario.

Key Words

Epistemology, social and crime prevention, community self development.

El imperativo de explicitar la posición epistemológica desde la cual pretendía hacer una propuesta investigativa me colocó ante un reto que, aunque entiendo imprescindible, hizo aflorar viejas y nuevas incertidumbres, además de sentimientos encontrados, acerca no sólo del propio tema de investigación y de la manera de plantearlo, sino también de una práctica —más bien de una praxis— que en el campo científico y desde mi formación académica y mis pertenencias institucionales vengo desplegando hace ya alrededor de veinticinco años.

Por esto al pensar en la mejor manera de estructurar estas reflexiones —no escritas en sus inicios para publicar—, consideré conveniente comenzar haciendo una breve referencia a mi trayectoria profesional para explicarme y poder explicar algunas de las mediaciones intrasubjetivas e intersubjetivas, que me han hecho devenir en el sujeto social individual que soy, en su relación con los sujetos sociales colectivos de los que también formo parte.

Se trata de una mirada hacia dentro que procuro sea autocrítica, aunque en relación con mi contexto y entornos más cercanos, sobre mi quehacer profesional, opciones, ataduras, limitaciones y logros, que espero me ayude a enfrentar los nuevos retos desde una posición que pretende ser de ruptura con el positivismo y de desarrollo de una visión dialéctica y emancipadora que, con conciencia de mi punto de partida y del camino recorrido, contribuya a esclarecerme el sentido del proyecto que pretendo proponer.

Creo que precisamente en esto consisten la novedad y los principales aportes, que al menos para mí, tienen las reflexiones que hoy pongo a su consideración.

Para la contextualización de parte de mi trayectoria e historia personal como investigadora me auxilio de la distinción que han hecho algunos investigadores cubanos de tres momentos en la producción de las ciencias sociales cubanas y de los rasgos que caracterizaron esa producción. Me refiero específicamente a dos autores: Mayra Espina (2004) y su artículo *Cuba: la hora de las ciencias sociales* y *El ejercicio de pensar* de Fernando Martínez (2008)[2].

[2] Utilicé específicamente las etapas o momentos básicos definidos y tratados por: Espina, M. (2004). *Cuba: la hora de las ciencias sociales. En* Colectivo de autores. Introducción a la Sociología. Selección de lecturas, 472-491, La Habana: Félix Varela y Martínez, F. (2008). El ejercicio de pensar. La Habana: Ruth Casa Editorial.

Mi formación preuniversitaria transcurrió en la primera mitad de los años 70, década caracterizada por la subordinación de las ciencias sociales a la coyuntura política y de acuerdo con Espina por "un excesivo tutelaje ideológico que cierra los espacios de polémica"[3].

La licenciatura en Psicología la cursé en la Unión Soviética, en una universidad en la que esta disciplina estaba ubicada en la Facultad de Filosofía. Soy parte, por tanto, de la generación formada por un cuerpo teórico, fundamentalmente de origen soviético que, en el campo de la psicología, incluyó autores como Vigotsky, Leontev, Luria y Elkonin, entre otros, pero que en lo que respecta al marxismo supuso el estudio de los entonces populares textos de DIAMAT e HISMAT, todo ello combinado, además, con las interesantes discusiones que se daban al interior de un grupo multicultural de estudiantes rusos, uzbekos, vietnamitas, alemanes y cubanos que convivimos durante cinco años en la entonces República Soviética de Uzbekistán, en la cual nuestra vida cotidiana y sus contradicciones poco tenían que ver con lo declarado, en aquella época, en los documentos de los Congresos del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS). Por consiguiente también soy un resultado, supongo, de aquella mezcla de "metafísica, dogmatismo y positivismo", para decirlo a la manera de Fernando Martínez[4].

No debo olvidar, en mi trayectoria laboral, mis pertenencias institucionales. Instituciones en las que me formé en la práctica y me desempeñé siempre como investigadora. Cada una de ellas ha mediado mi formación y desempeño. Sus huellas están en los temas que he investigado, en la manera de hacerlo y en la posibilidad de socializar o no sus resultados.

En mi quehacer profesional mi acercamiento a lo comunitario (entendido en los inicios como sinónimo de localidad y abordado, además, como objeto y no como un sujeto colectivo con capacidad para la transformación de su propia realidad), se remonta a los comienzos de mi vida laboral en los años 80, al participar en una investigación sobre unos hechos acontecidos en la localidad de Bejucal, que tuvieron como sujeto central a un grupo de jóvenes. Desde entonces se sucedieron otros estudios que asumieron a la comunidad como escenario o espacio principalmente físico. La mayoría de ellos apegados al positivismo, al cuantitativismo, a la "objetividad", la medición, la clasificación, la fragmentación, la causalidad lineal e incluso hasta el etiquetamiento. Esto último aún sin proponérmelo y en contradicción con la declaración de rechazo y oposición a la estigmatización criminalizante.

[3] Espina, M., 2004: 477.
[4] Martínez, F. 2008, Ob. cit., p.

No es hasta la segunda mitad de los 90 que comienza a producirse un cambio epistemológico —pequeño, gradual, pero cambio al fin— en mi concepción de lo comunitario, en la perspectiva teórico-metodológica desde la cual partir, en los conocimientos que suponía producir, en el sentido de lo que me proponía hacer y en la orientación hacia la transformación de la realidad y no a su reproducción. Cambio que tuvo su génesis en mis primeras lecturas sobre la perspectiva metodológica cualitativa, la teología de la liberación y la educación popular.

De estas investigaciones, en las que según mi apreciación de hoy hay indicios de un cambio, recuerdo dos. En una, denominada *La escuela en la estrategia preventiva cubana: estudio de un aula de sexto grado* (1997), me propuse estudiar la formación de lo que llamé SIPE, es decir, sentimiento de identidad y pertenencia a la escuela. Sin embargo, las vivencias asociadas a la realización de la otra[5] fueron más enriquecedoras, quizás por lo polémica que resultó la manera en que la concebí al incursionar por primera vez en la investigación acción participación (IAP) desde la concepción, el diseño y la ejecución del estudio.

Creo que los cuestionamientos que se me hicieron entonces en el seno de la comunidad científica donde debí defender el proyecto son ilustrativos: por qué no hablaba de "universo y muestra" sino de población participante, cuáles eran los criterios de validez, podrían o no ser "generalizados" los resultados, por qué la estructura del reporte escrito no se adscribía a la tradicional y clásica de capítulo teórico, metodológico y resultados, entre otros.

Está claro hoy para mí que, independientemente de las exigencias que se me hicieron desde el positivismo, en los cuestionamientos al proyecto habría que incluir los errores, las insuficiencias y las limitaciones de la propia investigadora al atreverse a incursionar en una perspectiva metodológica —la cualitativa— que no dominaba suficientemente y que era apenas conocida para la mayoría de los que en ese "campo", como diría Bourdieu (1984)[6], debían evaluar el proyecto.

En fin, creo que esta fue la primera investigación en la que mi posicionamiento fue algo diferente —no de ruptura—- y, como lo diferente siempre encuentra resistencia y levanta suspicacias, hube de asumir responsablemente las consecuencias, aunque el final fue feliz.

Entonces, cuál es hoy mi posición sobre lo comunitario si "en el campo del pensamiento no hay atajos, ser o no ser tiene una respuesta inmediata, ser siempre" y "toda conquista realizada supone nuevas metas" al abordar una realidad siempre cambiante (Guevara, 2007)[7].

5 Sóñora, M. (1999). La prevención comunitaria: Investigación-Intervención. La Habana (inédito).

6 Bourdieu, P. (1984). *La distinción.* Madrid: Taurus.

7 Guevara, A. (2007). Pensar es un acto revolucionario. En *Temas* No. 52, julio-sep, 109-115.

Hoy al menos soy consciente de que pensar de manera dialéctica es complicado, pero que lo es aún más intentarlo desde el quehacer investigativo. Y como la problemática de la prevención social ha sido un tema recurrente para mí durante varios años, trataré de aclarar —y aclararme— mi posición sobre lo comunitario apoyándome en algunas ideas que he venido elaborando en los últimos años.

La prevención social y lo comunitario

Las definiciones más reconocidas y utilizadas de prevención, así como los propósitos que la orientan, guardan una estrecha relación con la ascendencia del término prevención que ha predominado: acción anticipada para evitar algo. Desde esta acepción, que no precisa a qué debemos anticiparnos y qué se debe evitar, el vocablo nos ubica mentalmente, desde el sentido común, en la idea de que ese algo a evitar es un peligro, un riesgo, un problema; por consiguiente las acciones de evitación deberían anticiparse a su aparición.

A su vez "problema" tiene una connotación negativa, es sinónimo de contrariedad, complicación, conflicto y, en el campo de lo social, un problema se asocia con una amenaza al orden social. Unas perspectivas teóricas han subrayado el componente objetivo, es decir, los hechos, condiciones o situaciones que amenazan el orden social; otras han priorizado la importancia de la dimensión subjetiva, los aspectos simbólicos y culturales expresados en la representación social que prevalezca acerca de los problemas y de las respuestas institucionales a ellos (Soñora, M., 2006)[8]. No obstante, la tendencia ha sido asumir lo percibido o construido como amenazante en afinidad con "desviación", "enfermedad" o "anormalidad" y reaccionar activando los mecanismos de control social para la contención de los desórdenes sociales.

Los objetivos de la prevención (ya sea del delito o de las drogodependencias) comúnmente son definidos en términos de evitación, reducción o retraso de la aparición del problema; no están dirigidos al crecimiento y desarrollo humano por cuanto no están orientados a la concienciación, ni a la salud entendida como "la capacidad para solucionar los problemas o para encontrar los caminos constructivos" (Vanistendael, 1997)[9].

[8] Sóñora, M. (2006): ¿Dónde pica?... La prevención social y criminal. II Escuela de Verano de La Habana sobre temas penales contemporáneos. Seminario Internacional sobre prevención del delito, trabajo comunitario y alternativas a las penas privativas de libertad (ponencia).

[9] Vanistendael S. (1997). *La resiliència o el realisme de l'esperança*. Barcelona: Claret.

Es un enfoque, por tanto, que bloquea la posibilidad de participar (imprescindible en las acciones preventivas), al presuponer que el profesional de la intervención (sea este un médico, un investigador social o cualquier otro actor social) posee "el saber" y que al otro (sea un sujeto individual o colectivo) sólo le corresponde hacer lo indicado. Se asocia con una praxis que homologa comunidad con localidad, remite a ella como a un lugar o espacio principalmente físico y asume a los individuos y grupos sociales como entes pasivos, necesitados de ayuda y asistencia. Se desconoce al otro como sujeto activo, por consiguiente, también se ignoran sus necesidades reales, su historia, cultura y contexto.

Otro indicador de la concepción y prácticas predominantes es la propia tipología de la prevención, más utilizada internacionalmente, según la cual los programas y proyectos se clasifican de acuerdo a los "destinatarios". En ella está implícita la idea de las personas como "objetos" de la prevención. No hay un reconocimiento del otro como sujeto activo capaz de transformar creativamente su historia y su realidad, ni una comprensión de la prevención comunitaria como un acto de mediación y un proceso educativo, necesariamente colaborativo y participativo, orientado al desarrollo y crecimiento humano, con énfasis en el autocambio y auto-desarrollo.

Concepción esta evidentemente incompatible con "lo comunitario" como cualidad y con la comunidad como sujeto colectivo y no como objeto de asistencia.

Se actúa desde modelos centrados en el daño y la enfermedad desconociendo que la prevención debe promover, ante todo, procesos de identificación de las contradicciones sociales, entendidas como fuente de desarrollo de la propia comunidad; de reflexión acerca de las "estrategias vitales para enfrentar la cotidianidad" (Alonso et al, 2004)[10], de descubrimiento de las potencialidades individuales y colectivas, de concienciación acerca de la responsabilidad hacia la propia salud individual y colectiva, todo lo cual requiere indudablemente la implicación y participación de los propios sujetos.

Ante los escasos resultados logrados mediante métodos punitivos y en el contexto de la reforma estructural del Estado y de un proceso de descentralización y redefinición de varias de sus funciones y responsabilidades, son varios los países que declaran haber pasado del modelo reactivo-punitivo, en el que históricamente se sustentó el control del delito, a concentrar los esfuerzos en la esfera de la prevención.

[10] Alonso J., Pérez Yera A., Rivero, R., Romero, E., y Riera C. M. (2004). *El autodesarrollo comunitario. Críticas a las mediaciones sociales recurrentes para la emancipación humana*. Santa Clara: Feijóo.

La criminalidad y la violencia constituyen apenas una porción de las inseguridades que impactan a una parte excluida y significativa de la población mundial. La pobreza, la discriminación, la xenofobia y la exclusión social son una muestra de los otros problemas que comparte hoy el mundo, porque la homogenización de determinados problemas, no de la forma particular en que se expresan, en condiciones de una fuerte heterogeneidad de oportunidades, es también una dimensión de la globalización. No obstante, el mercado de la seguridad privada ha sabido aprovechar el sentimiento de inseguridad prevaleciente en la mayoría de los países, alimentado por los medios masivos de comunicación. En algunos contextos nacionales se habla de un crecimiento de este mercado, en la última década, cercano al 400%.

El nexo existente entre la prevención social y la prevención del delito no es desconocido. La relación o no de la política criminal con las políticas social y económica y los mecanismos de control social —formal e informal—, ha sido objeto de análisis recurrentes.

Al conceptuar política criminal unos la reducen al campo del derecho penal al contrario de otras concepciones más amplias que, rebasando el marco de los códigos penales, incluyen cualquier medida estatal para prevenir el delito. Incluso prestigiosos especialistas alertan acerca del riesgo de criminalizar la política social y sugieren un proceso inverso de socialización de la política criminal, pero este es un riesgo que, en opinión de otros estudiosos, no resulta probable en países donde se ha abandonado sostenidamente la instrumentación de políticas sociales que garanticen los derechos más elementales de las personas.

Sin embargo, desde cualquier perspectiva epistemológica, teórica, metodológica y axiológica que se conduzca, el estudio de los problemas sociales es una forma de intervenir en ellos y las intervenciones autodenominadas comunitarias abundan.

El término comunidad se ha convertido en uno de los más utilizados en las políticas públicas. Existen múltiples experiencias, programas y proyectos, e incluso se ha identificado un conjunto de pautas y premisas para el éxito de las intervenciones. Sin embargo, la pobreza, la violencia, la discriminación y la criminalidad continúan creciendo. Según datos del año 2000 del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas “la lucha contra el delito consume el 5% del producto nacional bruto en los países desarrollados y hasta el 14% en los países en desarrollo”.

La histórica desatención de las problemáticas y demandas sociales que afectan a la mayoría de las sociedades, el crecimiento sostenido de la criminalidad, de la violencia institucional como respuesta y del

sentimiento de inseguridad de la población, el juego mediático que se produce en torno a estas problemáticas, el deterioro de las policías nacionales, el crimen organizado empoderado, la crisis de los sistemas penitenciarios, la extensión del fenómeno de la violencia urbana a las ciudades latinoamericanas, los procesos migratorios, la extensión de franjas marginales y la prevalencia de una percepción de corrupción e ineficiencia, son elementos del contexto latinoamericano (Dammert, L., 2007)[11].

En lo que respecta a las políticas de seguridad pública en nuestra región, la tendencia predominante ha sido circunscribirlas al accionar del sistema policial y demás componentes del control formal. Se ha desconocido su carácter pluridimensional y multisectorial, no se han privilegiado intervenciones sustentadas en la consideración y reconocimiento de los múltiples procesos económicos, sociales, políticos, culturales e ideológicos que producen y reproducen el delito y la delincuencia[12].

En el X Congreso de Prevención del delito y tratamiento al delincuente, celebrado en Viena hace ya nueve años, se subraya la necesidad de atacar las causales del delito. Sin embargo según sean la perspectiva teórica y la ideología implícita que se asuman acerca de esas causales, serán el contenido, la orientación y los propósitos de las acciones preventivas.

El Consejo Económico y Social ha solicitado la aplicación de estrategias de prevención del delito concebidas para fomentar el desarrollo social. Se insiste en estrategias dirigidas al fortalecimiento de las redes de solidaridad social mediante la responsabilidad, en apoyo de esfuerzos de prevención del delito. Son disímiles los documentos internacionales en los que se aboga por el fomento del desarrollo —de la gente, para la gente y por la gente—, porque los Estados dispongan de políticas nacionales de prevención y por la promoción de la participación comunitaria en el proceso de fortalecimiento de la solidaridad.

Resulta paradójico pretender fortalecer redes de solidaridad humana y formar el sentido de lo comunitario en sociedades donde el propio sistema, por su naturaleza, genera todo lo contrario, mediante políticas, programas y proyectos de prevención del delito que, desde su propia concepción —y mas allá de autodenominarse comunitarios o de declararse participativos—, están dirigidos esencialmente al control social y sustentados en la conveniente fragmentación.

[11] Dammert, L. (2007): Seguridad pública en América Latina: ¿Qué pueden hacer los gobiernos locales? En *Nueva Sociedad,* No 212, noviembre-diciembre.

[12] Centro Regional de Conocimientos y Servicios para el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia (2005). Las políticas de seguridad pública, (octubre).

En el *Libro de los abrazos,* Eduardo Galeano cuenta una anécdota que me parece oportuna para ilustrar el sentido de lo que quiero decir. Cuenta Galeano (2000) de la visita que hizo una misión evangelizadora a un cacique de los indios del Chaco paraguayo que tenía prestigio de sabio. Narra que el cacique escuchó la propaganda religiosa que le leyeron en lengua de los indios y que terminada la lectura, los misioneros se quedaron esperando. Luego de tomarse su tiempo el cacique opinó: Eso rasca. Y rasca mucho y rasca muy bien, pero rasca donde no pica[13].

Entonces cabría preguntarnos: ¿Dónde pica?, ¿Cuáles son los enfoques y las prácticas "comunitarias" que se diseñan e implementan?

Estoy muy lejos de poder ofrecer "la respuesta", pero a la reflexión conjunta acerca de nuestras prácticas y de los enfoques que las sustentan, me atrevo a brindar las propias como una buena manera de "hacer camino al andar" como dijera el poeta.

Comunidad denota la cualidad de lo compartido, remite a lo común, lo comunitario, sentimiento del nosotros. A su vez son múltiples las definiciones de comunidad. Estas definiciones y enfoques, que luego tienen impacto en las prácticas interventivas que se desarrollan, son parte de una praxis que aún homologa comunidad con localidad y remite a ella como a un lugar, a un espacio, principalmente físico. Por otra parte, muchas de las intervenciones focalizan grupos de riesgo, en particular de jóvenes, e informan de una serie de factores de riesgo de naturaleza diversa —con el consiguiente efecto estigmatizador—, sobre los que se sustentan esas intervenciones. En estas prácticas se pone el énfasis en la juventud como etapa problema por lo que se dirigen a la reducción de estos problemas (consumo de drogas, deserción escolar, prostitución, trastornos de conducta y otros) y no al fomento de su desarrollo integral como seres humanos inmersos en un contexto y momento histórico concretos. Es un enfoque basado en la "enfermedad" que privilegia el control y con escaso efecto en el desarrollo y desajenación humanos.

La concepción de comunidad que viene sosteniendo el Centro de Estudios Comunitarios de la Universidad Central de Las Villas, que la adscribe a un grupo social que se distingue de otros grupos sociales por los procesos de cooperación y participación que se dan en torno a un proyecto y que asume la integración de la diversidad en un sujeto colectivo a partir de posibles puntos de integración, se aviene muy bien a mi posición actual.

Desarrollar comunidad implica reconocernos como sujetos y asumir al otro como sujeto; afrontar la diversidad como una ventaja y posibili-

[13] Galeano, E. (2000): *El libro de los abrazos*, Siglo XXI. Buenos. Aires: Catálogos.

dad creativa; promover participación como parte de un proceso de integración desde la diferencia y la diversidad y como una vía para la formación de sujetos activos (Espina, 2001)[14]. No se trata de fragmentar, sino de integrar puesto que la sociedad requiere de "una praxis revolucionaria en la cual nos impliquemos desde una perspectiva Otra colocada al fin en el lugar de Nosotros[15]" (Montero, 2002). Desarrollar comunidad no es compatible con sectorialismo, tampoco con "enfoques estandarizadores[16]" (Espina, 2001).

La integración de un sujeto colectivo, es decir, la gestación de lo comunitario, requiere de aprendizajes. El comportamiento humano responde a motivaciones, necesidades no sólo biológicas, también espirituales. Son estas últimas las que se relacionan con el humanismo, la ética y la axiología. Es la espiritualidad la que permite el desarrollo de responsabilidad, solidaridad, cooperación y la que potencia la fuerza integradora del espacio simbólico de lo comunitario. La espiritualidad debe permitir, en un contexto cultural determinado, penetrar la realidad con mayor profundidad. Los valores en expansión asociados al éxito personal, al individualismo y al egoísmo, superan el sentimiento de solidaridad y cooperación y reducen la potencial fuerza integradora del ámbito comunitario.

Por tanto, al definir los contenidos de la prevención comunitaria, no basta con pensar qué se pretende evitar, como nos dicen diccionarios y enfoques teóricos, implica cuestionarse qué se pretende formar, fortalecer, potenciar. Este proceso formativo, de aprendizaje, entraña colocar el protagonismo en ese sujeto colectivo — la comunidad—, orientarlo a la autoformación de la capacidad de interacción social cooperada. Es la participación la que convierte en comunitaria la acción social y es en el nivel micro social, en el transcurrir de la vida cotidiana de las personas, donde debe potenciarse, porque el lugar de la participación es el espacio simbólico de lo comunitario "de ahí en lo adelante todo será representación[17]" (Valdés J., 2001).

Si se asume que prevenir significa integrar (no homogenizar), comunicar, dialogar, debatir (no manipular ni imponer), formar, crear, actuar, participar, desarrollar y transformar, estaremos entonces de acuerdo en que es necesario desproblematizar las miradas, es decir, sin representaciones prejuiciadas, sin etiquetas, sin centrarse en los riesgos,

[14] Intervención de Espina, M. (2001) En Colectivo de autores. ¿Entendemos la marginalidad? *Temas* No. 27, (oct.-dic.), (69-97).

[15] Montero M. (2002). Construcción del otro, liberación de sí mismo. En *Utopía y Praxis Latinoamericana,* año 7, No. 16, 41-51. Caracas. Venezuela.

[16] Espina, M., Ob.cit.

[17] Intervención de Valdés, J. (2001), Ob. Cit.

sino en el desarrollo de capacidades, de potencialidades, de resiliencia. Pensar en lo social sin exclusiones, descubrir lo diferente que el otro puede dar, búsqueda de la unidad diversa.

La generación de marginalidad, la exclusión social, la clasificación, la estigmatización, son entonces incompatibles. El egoísmo, el hedonismo, la crueldad, la violencia, la irresponsabilidad y la insensibilidad, que subyacen en la mayoría de los comportamientos criminales, son sus antónimos[18] (González R., 2006).

Pensar y hacer pensar, como un acto revolucionario (Guevara A., 2007)[19], demanda la participación activa y el protagonismo de la comunidad en el proceso de su transformación y desarrollo. Por consiguiente, la prevención social es un campo intrínsicamente transdisciplinario por los propósitos que la deben orientar; las instituciones y personas que intervienen; las formas, los procedimientos, las técnicas y los recursos de la transformación y por los saberes requeridos.

La prevención comunitaria no puede ser un asunto de "expertos", los profesionales no son prescriptores de soluciones, ni es "todopoderoso" el interventor social (Alonso, y Riera, 2007)[20]. Como dice Lía Cavalcanti (1995)[21], "no es algo que se decrete; se construye, se teje para crear vínculos". Esto requiere una postura metodológica de carácter dialógico. El diálogo como fuente de generación y renovación de sentidos subjetivos de múltiples sujetos y como espacio de crecimiento personal y colectivo, "como espacio de encuentros entre iguales y diferentes, pero no entre antagónicos" (Romo, 1999 en Espina, R., 2009)[22] para transformar la realidad.

Desde este ángulo de enfoque a la prevención del consumo de drogas orientada "hacia" lo comunitario le interesa la capacidad de la gente para establecer un proyecto y "funcionar juntos", incluso más que la propia realización de aquel proyecto, cuya construcción debe ser colectiva (Ross, 1967)[23]. Los objetivos son de proceso porque es en el

[18] González, R. (2006). Significación médico-legal y ético-humanística de las drogas. Seminario sobre las drogas. La Habana (ponencia).

[19] Guevara A. (2007). Pensar es un acto revolucionario. En *Temas,* No. 52 (julio-septiembre), 109-115. La Habana.

[20] Alonso J. y Celia M. Riera (2007). El interventor social no es todopoderoso. Retos epistémicos del desarrollo comunitario**.** En *Complejidad, Ciencia y Estética*. Disponible en Internet: www.sintesys.cl

[21] En Barbero J. M. y Cortés F. (2005). *Trabajo comunitario, organización y desarrollo social*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.

[22] En Espina R. (2009). *Pedagogía de la identidad. Para una reversibilidad del reverso*. XI Reunión Nacional y IV Encuentro Internacional de Investigaciones Sobre Juventud. La Habana (ponencia).

[23] Citado por Barbero J. M. y Cortés F. (2005). *Trabajo comunitario, organización y desarrollo social*. Madrid: Alianza Editorial, S.A.

proceso y debido a él que se producen esos resultados. Esto requiere, como ya se ha planteado, de la implicación del profesional y de la "comunidad". Es una epistemología de la implicación (Barbero y Cortés, 2005)[24] o de "la relación" (Montero, 2002)[25], porque es en la participación en la lucha práctica por cambiar la realidad que se descubre la esencia de las cosas y se llega a comprenderlas.

En contraposición a esta visión está la prevención situacional del delito, orientada a la disminución de las oportunidades para delinquir.

La prevención situacional —surgida en la década del 80 del siglo XX, en los Países Bajos y contextos del mundo anglosajón—, se ha extendido y resulta la más utilizada en los últimos veinte años. Este modelo de prevención se ha ido desarrollando y extendiendo en asociación con el discurso y el proceso neoliberal de globalización, con el debate en torno a la reformulación del rol del Estado, el Estado mínimo y con la tendencia a transferir a los ciudadanos la búsqueda de solución al asunto de la criminalidad.

El interés por dinamizar las potencialidades comunitarias a través de su participación en la prevención del delito, surgido en América Latina a consecuencia de la inoperancia del Estado, la represión y violencia policial y la desconfianza y deslegitimación de los mecanismos del control social formal, fertilizaron el terreno para que determinados segmentos de la población comenzaran a organizarse e implementar alternativas de respuesta al delito íntimamente vinculadas con sus condiciones sociales, económicas y culturales. Por consiguiente, los modelos y prácticas preventivas a escala local también difieren según se trate de "comunidades" populares o de clase media.

Según una sistematización realizada, entre las estrategias y líneas comunes de acción que, en materia de políticas de seguridad y de prevención del delito, se han estado desarrollando en países de América Latina, se encuentran: la formación y capacitación de la policía y otros organismos involucrados en la seguridad; el perfeccionamiento de los procedimientos de obtención y análisis de la información sobre el delito; la realización de estudios sobre victimización y representación social del delito; la elaboración de planes dirigidos a promover la participación comunitaria en la prevención; el fortalecimiento de una cultura de legalidad y seguridad ciudadana; el rescate de espacios públicos; y programas preventivos en el ámbito educativo (Dammert L , 2003)[26].

[24] Barbero J. M. y Cortés F., 2005. Ob. Cit.

[25] Montero M. (2002). Construcción del otro, liberación de sí mismo. En *Utopía y Praxis Latinoamericana,* año 7, No. 16, 41-51. Caracas. Venezuela.

[26] Dammert, L (2003). Participación comunitaria en prevención del delito enAmérica Latina. ¿De qué participación hablamos? Centro de Estudios del Desarrollo. Santiago. Disponible en Internet: www.policiaysociedad.org; Bastón, C. (2006). Proyectos de seguridad ciudadana en América Latina: Balance y perspectivas En *Revista Internacional para el desarrollo humano*, edición 46.

La convocatoria a la participación comunitaria en la prevención del delito, promovida desde fuera y desde arriba, en ocasiones no pasa del discurso político.

Simultáneamente a la implementación de políticas represivas, que han resultado ineficaces en la realización del objetivo de protección efectiva de los ciudadanos, en América Latina se aprecia el fenómeno de la privatización de la seguridad ciudadana.

El enfoque situacional del delito, dirigido a disminuir las oportunidades para delinquir —según Clark (1992)[27] aumentando riesgos y esfuerzos para delinquir y reduciendo las recompensas—, está basado en el fomento de una industria de la seguridad que promueve el uso de tecnología de avanzada, policía privada, vigilancia, diseño arquitectónico de espacio defendible, planificación urbana para protegerse de los posibles delincuentes, urbanizaciones aisladas, privatización de espacios públicos. Las acciones no tienen fines societarios, sino que están relacionadas con el propósito de autoprotección particular o vecinal. En este enfoque subyace la mirada al otro como enemigo, como un extraño del cual hay que protegerse, en fin la enajenación.

Según Naciones Unidas, esta estrategia "ha permitido que se obtengan resultados muy satisfactorios en la prevención de una amplia variedad de delitos, y actualmente forma parte de la política oficial de lucha contra la delincuencia en varios países europeos, entre ellos el Reino Unido, los Países Bajos y Francia"[28]. Incluso se ha dicho que los países desarrollados están invirtiendo en lo que resulta eficaz.

Ahora bien: ¿No entra en contradicción la prevención situacional con el llamado a fortalecer las redes de solidaridad social?, ¿realmente se está invirtiendo en lo que resulta eficaz?, ¿eficaz para qué y para quiénes?, ¿pueden los países en desarrollo apostar por una prevención de tal tipo cuando los propios círculos empresariales objetan el costo de muchas de estas medidas?, ¿deben invertir en esa prevención?

Los elementos apuntados revelan apenas algunas limitaciones de las concepciones teórico-metodológicas predominantes de la prevención y de las intervenciones preventivas que se realizan e indican la necesidad de un cambio de paradigma que reconozca la multicondicio-

[27] En Sozzo, M. (2000). Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito. En *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, Ad-Hoc, BsAs, No. 10.

[28] Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Tema 5 del Programa Provisional Prevención eficaz del delito: adaptación a las nuevas situaciones, Participación de la comunidad en la prevención de la delincuencia. Documento de antecedentes para el curso práctico sobre participación de la comunidad en la prevención de la delincuencia.

nalidad de los fenómenos que se pretenden evitar, en estrecho vínculo con el contexto y las posibilidades reales de cambio, que asuma la acción participativa y cooperada en función de la transformación de esa realidad, colocando el énfasis en el autodesarrollo, la emancipación del sujeto individual y colectivo; no en el aislamiento, el enclaustramiento y la desajenación.

La perspectiva de la acción social, en este caso la prevención, requiere tomar en consideración una referencia teórica que contemple la acción preventiva situada en un contexto históricamente construido en el que los factores psicosociales y culturales contextuales inmediatos adquieren significación por su interacción con factores macrosociales. Demanda continuar los esfuerzos por integrar un marco teórico que oriente las intervenciones preventivas por otros rumbos e incorpore una ética de la investigación que tenga como centro al ser humano individual y colectivo.

Bibliografía está en la página 23 del libro en formato de papel

ALTERNATIVA DE EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO EN CUBA PARA LA PERSONA JURÍDICA PERJUDICADA

Execution alternative of civil responsibility derived from crime in Cuba for the legal aggrieved person

Dra. Iracema Gálvez Puebla
Profesora Asistente de la Facultad de Derecho
de la Universidad de La Habana

Resumen

La Criminología como ciencia empírica y transdisciplinaria, ha estado en constante movimiento y desarrollo, esa dinámica le ha permitido centrar dentro de los objetivos de su objeto de estudio el análisis de la víctima, problemática que se ha agudizado en la última década en Cuba, al excluir a la persona jurídica del campo de acción de la caja de resarcimiento para hacer efectiva la ejecución de los daños y perjuicios derivados de un hecho delictivo.

Necesita esta institución jurídica un profundo análisis criminológico, doctrinal y legislativo, que permita solucionar la cuestión que tanta inseguridad e insatisfacción así como falsas expectativas ha creado, considerando la carencia de efectividad en cuanto al ejercicio de sus derechos, que logren una verdadera tutela judicial efectiva, por lo que conlleva a una valoración en cuanto a la deficiencia en la ejecución de la indemnización de los daños y perjuicios, cuando el perjudicado es una persona jurídica.

Summary

The Criminology like empiric science, has been in constant movement and development, this dynamic has allowed it to center inside the objectives of its study object the victim's analysis, problematic that has become worse in the last decade in Cuba, excluding the juridical person from the action field of the indemnity box to make effective the execution of the damages and detriments, when the aggrieved it's a juridical person.

This juridical institution needs a deep criminological, doctrinal and legislative analysis, that allows to solve this question that so much insecurity and dissatisfaction as well as false expectations has created; considering the effectiveness lack of law exercise, in order to achieve a truly effective tutelage, therefore leading to an assessment as to the deficiency in the execution of damages and detriments indemnification, when the aggrieved it's a juridical person.

Palabras Clave

Criminología, Satisfacción, Ejecución, Derechos, Efectividad.

Key Words

La institución de la responsabilidad civil ha adquirido fuerza en el Derecho Penal, originado esencialmente por la importancia que ha ido tomando el perjudicado del acto punible en el sistema penal; y a la imperiosa necesidad político-criminal de resarcirle el daño que dicho acto le ha ocasionado.

Es necesario indagar en el lugar en que se encuentra la responsabilidad civil dentro de las numerosas posibilidades con las que el Estado cuenta para responder frente a un delito cometido, precisar cuál es su función en la armazón de finalidades que ha de cumplir la respuesta del Estado en una condena penal.

En tal sentido, al centrarse la atención en la individualización de la pena[1] la doctrina enfatiza en problemas que tradicionalmente conllevan a las contradicciones existentes entre los fines de prevención general y prevención especial, sin embargo la reparación del daño ocasionado a las víctimas del delito, ha sido un tema preterido por el Derecho Penal y Procesal, por lo que han sido escasos los análisis doctrinales; por lo tanto lo que se ha tratado es de asegurar el interés y la función de la pena, no tanto resolver un conflicto entre autor y víctima[2], sino que confluye una serie de intereses, como los de la sociedad en general, de evitar futuras transgresiones penales y la protección de otras posibles víctimas. Estos diversos intereses se expresan en las distintas consecuencias jurídicas que establece el juez en el momento de la individualización de la pena. Sin embargo, más allá de la pena en sí misma, es preciso encontrar soluciones rápidas que logren materializar la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la personas jurídicas; la pena es concebida esencialmente a partir del interés público que expresa, pero partiendo de su propia naturaleza, con su imposición no se cubre el resarcimiento de los daños y perjuicios que refleja un interés privado.

[1] El *iter* de la pena está conformado por tres etapas sucesivas para lograr la individualización de la pena. En el Código penal, primeramente se señalan los delitos y la graduación de las penas; siendo este el primer paso para su particularización, formulado en abstracto sin precisar el sujeto que incurre en la violación del precepto legal. La segunda trayectoria, es la jurisdiccional, se presenta cuando se es aplicada por el juez concretamente en una sentencia, y el tercer momento es el de la ejecución de la sentencia. *Vid* GÁLVEZ PUEBLA, Iracema: *"La protección jurídica del recluso en el sistema penitenciario cubano. Realidades y perspectivas"*, Tesis para optar por el Título de Licenciatura en Derecho, La Habana, 2001, p. 42.

[2] Los modelos de solución como alternativas o como mecanismos insertos al proceso jurisdiccional para la reparación e indemnización de los daños y perjuicios se centran fundamentalmente en la conciliación y la mediación, el desarrollo de la conciliación puede conducir a la solución por la obtención de propuestas las cuales pueden expresar el máximo punto de acuerdo al que han podido llegar las partes. Lo más importante es el trabajo con las personas para que sean ellas mismas las que puedan llegar a encontrar una solución, pero cuando estas no intenten o no logren resolver espontáneamente entre ellos sus divergencias jurídicas en dependencia del tipo penal infringido, se debe acudir entonces a la administración de justicia; pues el proceso jurisdiccional es una de las posibilidades para la resolución de los conflictos. *Vid* GELSI BIDART, A.: *"Sentido de mediación",* Ponencia expuesta en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mayo 1997; Editorial Graficentro, 1999, pp. 3-4.

La recuperación de la ubicación e importancia de la víctima en el sistema penal, desde las incuestionables denuncias de la Criminología Crítica[3], hacen de la reparación del daño causado por el delito, un aspecto central conjuntamente con la pena en la solución que debe resolver el juez en la sentencia, una vez que se haya probado la responsabilidad penal del autor.

La responsabilidad civil en Cuba es una de las instituciones más controvertidas del Derecho penal, debido a la dualidad que entraña su regulación, contenida tanto en el Código Penal como en el Código Civil.

Por el dinamismo de la sociedad cubana, en la actualidad existen dificultades institucionales y normativas en relación con la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito[4] a favor de las personas jurídicas; aún cuando esté dispuesta jurídicamente la responsabilidad del juez de velar por el cumplimiento y ejecución de lo dictado en la sentencia penal.

Desde que, en el año 1997, se dicta el Decreto-Ley 175 resultó excluida la persona jurídica como sujeto pasivo de la caja de resarcimientos que era el órgano encargado de hacer efectiva la responsabilidad civil derivada del delito; no se han creado los mecanismos necesarios para que no se vea doblemente victimizado este perjudicado de las consecuencias adversas derivadas de la comisión de un hecho delictivo. En la actualidad este problema se acentúa con la diversidad de personas jurídicas en el tráfico económico-comercial a raíz de las modificaciones introducidas en la Constitución de la República y el impulso dado a la inversión extranjera.

[3] El movimiento conocido dentro del desarrollo criminológico actual, como Criminología Crítica, nueva Criminología, Criminología radical, o de la liberación, reorienta el discurso criminológico afianzando el rechazo al modelo positivista, se amplía el objeto de estudio de esta ciencia desde una perspectiva transdisciplinaria, incluyendo cuestiones tales como la víctima, la reacción social, los mecanismos del control social, la política criminal, entre otras. *Vid* VIERA HERNÁNDEZ, Margarita: *"Temas fundamentales sobre Criminología"*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, p. 67; *Vid* DE ARMAS FONTICOBA, Tania: *"El desarrollo del pensamiento criminológico"*, en Colectivo de autores, Criminología, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 82 y 83.

[4] Dentro del cuerpo del artículo nos encontraremos terminologías que van a determinar el proceso de indemnizaciones de daños y perjuicios cuando se derive de un delito, así valoraremos términos como responsabilidad civil derivada del delito o responsabilidad civil ex delito, existen autores que se refieren a la responsabilidad civil derivada del delito como QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *"Derecho Penal Parte General",* Edición Marcial Pons, ediciones jurídicas, S.A. Madrid, 1992, p. 670, LUZÓN CUESTA, José María: *"Compendio de Derecho Penal Parte General"*, Editorial Dykinson, S. L.., Madrid, 1997, p. 273. Sin embargo, existen autores que se refieren a la responsabilidad ex delito como GIMENO SENDRA, Vicente: *"Lecciones de Derecho Procesal Penal",* Editorial Colex, Madrid, España, 2001, p. 306, CAVANILLAS MUGICA, Santiago; Emilio de Llera Suárez- Barcena; Gonzalo Quintero Olivares: *"La Responsabilidad Cicil ex Delito"*, Editorial Aranzadi, S.A., 2002, p. 19, SÁINZ-CANTERO CAPARÓS, María Belén: *"La Reparación del Daño ex Delito entre la pena privada y la mera compensación",* Editorial Comares, Granada, 1997, pp. 16, 109, 157.

La investigación presenta actualidad y novedad y va dirigida al fundamento de una propuesta concreta de solución que contribuya al cumplimiento efectivo de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de las personas jurídicas, desde una óptica penalista.

Por lo tanto para dar respuesta a la problemática existente en nuestro país, nos trazamos el siguiente **problema de investigación:**

¿Cómo pueden superarse las limitaciones teóricas y prácticas que existen en Cuba en cuanto a la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la persona jurídica como perjudicada?

Para darle respuesta a la problemática investigativa nos propusimos los siguientes objetivos:

GENERAL:

- Realizar una valoración técnica jurídica de la responsabilidad civil, en especial la derivada del delito y fundamentar científicamente la necesidad de crear vías para el cumplimiento de la reparación de daños e indemnización de perjuicios que se origina de la comisión de delitos a favor de la persona jurídica.

ESPECÍFICOS:

1. Valorar la repercusión de los diferentes mecanismos implementados en el ordenamiento jurídico cubano.
2. Proponer la vía de solución para el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la persona jurídica como perjudicada, ante los vacíos legislativos creados por su exclusión de la caja de resarcimiento.

Resultado que esperamos obtener:

Desarrollar vías de solución, por la falta de regulación de mecanismos que logren hacer efectivo el cumplimiento a favor de la persona jurídica de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un hecho delictivo.

Alternativa de ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito en Cuba para la persona jurídica perjudicada.

La ejecución de la responsabilidad civil proveniente de la comisión de hechos delictivos, sin dudas constituye un particular, que por la importancia que reviste en la actualidad ha constituido un tema de análisis y valoración. Esta problemática, sugiere enfrentar la poca funcionalidad de los mecanismos públicos resarcitorios; pues no pueden los efectos del delito crear al causante del ilícito penal una total indiferencia

hacia su deber de indemnizar los daños y perjuicios causados; ni que

derive esta responsabilidad de pago al soporte estatal sobre los presupuestos públicos, cuando estos costes los debe soportar y enfrentar primordialmente el responsable de los daños. Por estas cuestiones planteadas, la doctrina se ha referido a la aplicación de algunos mecanismos que tratan de rembolsar esos pagos oficiales, así como viabilizar el resarcimiento.

Se han dividido estos mecanismos resarcitorios en extrajudiciales, legales, procesales y ejecutivos, por los efectos que producen, y para una mejor comprensión y organización metodológica de la institución.

Con estas formas de resolver el conflicto, el Derecho Penal se aleja de la teoría tradicional absolutista de la pena, en la cual ante la presencia de una infracción penal se tiene obligatoriamente que culminar con una sentencia condenatoria o absolutoria, y cerrando con ello la posibilidad de apelar a nuevas alternativas de solución al conflicto penal. Con estas formas de solución a conflictos de relevancia penal, nuestros Códigos Penal y Procesal se colocan a las exigencias del Derecho comparado y a la altura de las modernas doctrinas imperantes, auxiliándose en un Derecho penal mínimo, como principio de última *ratio.*

Nuestro ordenamiento jurídico se ha sumado a la fórmula positivista de la intervención estatal en la solución del conflicto, sin embargo, el fin represivo de la pena no pierde su finalidad, si se utiliza como alternativa de la sanción la reparación del daño causado, cuando la víctima ha sufrido un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial o determinados perjuicios, en dependencia de la peligrosidad de los hechos o las características individuales del comisor del ilícito penal; o la valoración de la víctima en la decisión que toma el Estado a través de lo que su aparato judicial determine sobre el caso, sin que éste pierda el dominio del proceso.

Valoración de la aplicación de los mecanismos extrajudiciales en Cuba

En materia penal en Cuba la conciliación como mecanismo extrajudicial de resolver los conflictos, ha tenido poca acogida y esto se observa por el escaso desarrollo que ha tenido la conciliación en la administración de la justicia penal, porque se ha malentendido su funcionamiento, asimilándole únicamente aspectos meramente económicos, sin detenerse a pensar que también los acuerdos pueden ser de otra índole.[5]

[5] Vid. Luna, Erik: "La justicia restaurativa: Un modelo de penas alternativas", en La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y

Brasil, , Reforma Penal Internacional, Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, 2006, pp. 102-116.

La conciliación, puede tener como impedimento en cuanto a su ejercicio en el sistema penal, el asumir que con dinero se pagarán los delitos, o sea, que delitos como asesinato, robo con violencia e intimidación en las personas entre otros, podrían negociarse, estableciendo que tales delitos quedarían sin castigo penal siempre y cuando el imputado cuente con recursos económicos suficientes para pagar a la víctima o a sus familiares por el agravio cometido.

Consideramos que no hay razón para albergar este pensamiento y con ello alarmarse, pues la utilización de la conciliación viene marcada por determinados requisitos que deben tenerse en cuenta al analizar cada uno de los delitos, como la peligrosidad social del hecho y las circunstancias personales del sujeto activo, de esta manera se tomarían las medidas pertinentes para evitar la compra de impunidad y el negocio viciado en la justicia.

La conciliación no es pagar y volver a delinquir, lo que se busca en el fondo es que los protagonistas de un conflicto penal busquen por ellos mismos la solución del problema que les aqueja, que la sanción que surja sea el resultado de su convicción, es devolverle la potestad de poder decidir qué solución le quieren dar a los conflictos suscitados. El antecedente más reciente de la conciliación lo encontramos en la *«Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y de abuso de poder»*, recomendadas por el 7mo. Congreso de las Naciones Unidas y adoptada por la Asamblea General en la Resolución del año 1985, donde señala en el artículo 7 que, *«Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas»*. Por su parte, la recomendación No. R85 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa recomendó, *«examinar las posibles ventajas de mediación y de conciliación».*

El jurista Llobet Rodríguez señala que, "*en la actualidad existe una tendencia en el Derecho comparado a darle relevancia a la conciliación entre el autor de un hecho delictual y la víctima como premisa para sobreseer la causa penal".*[6]

Se entiende que con tal esquema de resolver el conflicto se promueve la reparación y con ello se tiene un efecto resocializante, porque se obliga al autor a enfrentarse a las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima, siendo importante destacar

[6] Vid. Llobet Rodríguez, Javier: "Proceso penal comentado", Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., Costa Rica, 1998, p. 134.

que tal reparación puede ser un acto simbólico con lo cual también se ven la cara autor-víctima en un diálogo frente a su problema.

La mediación que se propone como una alternativa más, va dirigida a resolver el conflicto que se originó por la comisión del hecho punible, incluso antes del inicio del proceso a partir de la reparación del daño ocasionado, puede ser una solución viable, si se esgrime con el requerido cuidado en atención a determinadas violaciones de la ley, en aras de hallar otra vía de solución al conflicto penal, más eficiente, educativa y merecida en equivalencia con las características del hecho y las condiciones personales del autor, tal como establece nuestra legislación penal en sus por cuantos y al exponer sus objetivos. La búsqueda de soluciones alternativas en materia de responsabilidad civil y más aún en el tratamiento jurídico penal a conductas establecidas como delito, no contradice a nuestro juicio el carácter educativo y preventivo de nuestro Derecho Penal.

Existen conductas que aún y cuando se considere que reúnen todos los elementos que la tipifican como delito, no constituyen un peligro mayor a la sociedad, si se examina su alcance, solo concretan un conflicto que concierne a dos partes, sostenidas con intereses particulares y de marcado fin económico. Si al proceso penal se le reconoce el carácter de medida extrema de la política criminal, es necesario dejar para este escenario solamente los diversos comportamientos delictivos que por su gravedad y trascendencia social lo requieran.

Si se le concede una mayor cantidad de prerrogativas al sujeto pasivo en la decisión del caso, no se sentiría tan preterido, así en los delitos menos graves que lesionan fundamentalmente sus intereses y el Estado sólo acude para reclamar la legalidad quebrantada que está llamado a restablecer, coadyuvaría a que la víctima extienda la posibilidad de resarcirse como objetivo principal, todo ello bajo la fiscalización del Estado, que visualiza y controla esta decisión final entre víctima y acusado como se establece en la práctica jurídica cubana en los delitos de daños[7], así como los daños en ocasión de conducir vehículos por la vía pública[8], siempre y cuando no entren en contradicción con los intereses

[7] El Artículo 339.1. El que destruya, deteriore o inutilice un bien perteneciente a otro, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

[8] El artículo 179.1. El conductor de un vehículo que, infringiendo las leyes o reglamentos del tránsito, cause daños a bienes de ajena pertenencia, incurre en sanción de multa hasta cien cuotas, el apartado dos del artículo establece que si el daño causado es de valor considerable, o si, a causa del mismo, se produce un prejuicio grave, la sanción es de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas, la instrucción No. 165 del 2001, determina el alcance del término considerable valor y para este apartado considera que es superior a mil pesos.

supremos de la sociedad, ni signifiquen la exclusión del Estado en esta solución. Así se evita someter a un proceso, a delitos que por su propia naturaleza y menor gravedad pueden ser solucionados mediante los acuerdos conciliatorios, que permiten prescindir de la maquinaria judicial y se preserva únicamente para casos que realmente lo merezcan por el carácter e importancia de las relaciones que lesionan o ponen en peligro.

La inclusión del artículo 8.3 en el Código Penal cubano[9], posibilita aplicar un tratamiento administrativo a determinadas figuras de delitos las cuales no excedan el año de privación de libertad o multa no superior a trescientas cuotas. Esta alternativa en el escenario penal, ha logrado en gran medida el resarcimiento de los daños y perjuicios causados si el responsable satisface el pago de la multa que le fue impuesta y además cumple con los términos de la obligación civil durante los tres días hábiles a su posterior imposición; así se tendrán por concluidas las actuaciones, y a los efectos penales el hecho no será considerado delito, sólo se aplicará para aquellas infracciones sancionadas únicamente dentro de los marcos que establece el artículo; sin embargo, consideramos que este marco puede ampliarse a aquellas infracciones que por las características y la escasa peligrosidad del hecho no sea superior su límite máximo a los tres años de privación de libertad, o multa hasta mil cuotas.

La utilización del artículo 8.3 del Código Penal puede considerarse una aberrante aplicación al no materializar por su tratamiento administrativo las garantías del proceso penal; sin embargo, consideramos atinada su aplicación, y consideramos oportuna la modificación que introdujo el Decreto-Ley 175 de 17 de junio de 1997, al proporcionar una alternativa diferente a la hora de enfocar y canalizar el conflicto penal, además, se valora la ejecución de la responsabilidad civil derivada del hecho, cuestión que se debate ante el desamparo que cubre a los perjudicados, alternativa que tiene no sólo una función limitadora con relación a las medidas coercitivas, sino también con todas aquellas formas de injerencia estatal que deriva el protagonismo entre víctima-imputado. En estos casos se aprecia el principio de oportunidad reglada como una figura jurídica de solución del conflicto como alternativa al juicio, que supone, la facultad discrecional que tiene el fiscal de poner o no en práctica la persecución penal por falta de interés y por razones de política criminal, debido a la poca dañosidad al bien jurídico tutelado o porque no compromete gravemente el interés público, así como la falta también de relevancia con relación a otros hechos de mayor importancia.

[9] Cfr. Disposición Especial única del Código Penal, Ley No. 62 de 29 de septiembre de 1987, adicionada por el artículo 37 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997.

En consecuencia, de lo que se trata es de aplicar diferentes formas de solución del conflicto que parten de la conciliación imputado-víctima, las cuales sí llegan a un acuerdo sobre la reparación del daño, no desde el sentido o enfoque que brinda el Derecho Civil como mecanismo puramente resarcitorio; sino en la búsqueda de la paz jurídica a través del Derecho Penal. La necesidad de fortalecer el papel de la víctima en la búsqueda de su propia solución, de promover el diálogo y de devolverles el papel protagónico víctima-imputado, siempre que sea posible, son mecanismos y posibilidades que ofrecen una nueva mirada a la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito.

Trascendencia de las modificaciones al Código Penal cubano en los mecanismos legales

Las diferentes modificaciones de que fueron objeto la Ley 62, Código Penal cubano, de 29 de diciembre de 1987, el Decreto-Ley 150 de 1994; el Decreto-Ley 175 de 17 de junio de 1997, así como la Ley 87 de 16 de febrero de 1999, introdujeron diferentes variantes en nuestro sistema penal, las cuales serán valoradas en cuanto a su repercusión y trascendencia en la ejecución de la obligación civil derivada del delito.

Dentro de estos mecanismos legales podemos valorar, las sanciones subsidiarias a la pena privativa de libertad[10], que se fueron incorporando dentro de la práctica jurídica por el movimiento internacional de reforma de la pena privativa de libertad y el deseo de conferir a todo el sistema de consecuencias jurídico-penales un sentido educativo inspirado en el ideal humanitario. El reexamen al que fue sometida la pena privativa de libertad, provocó un perfeccionamiento dentro del moderno desarrollo tanto de las regulaciones penales en el sistema penal como de las novedosas tendencias sancionadoras que sustituirían en gran medida la deshumanizante pena de prisión.

Las sanciones subsidiarias[11] se aplican cuando la sanción principal impuesta no exceda de los cinco años de pena privativa de libertad,

[10] Con cierta frecuencia, se han identificado, por la teoría penal, las penas subsidiarias y las penas alternativas, sin embargo, las primeras van dirigidas a la no utilización de la pena privativa de libertad, por eso es que al apreciarlas, estas necesitan de la existencia de una pena principal; las penas alternativas por su parte, se concretan en la parte especial de los códigos, encontrándose establecidas dentro de los tipos penales como sanciones principales que el juez puede aplicar una u otra variante o en ocasiones ambas. Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén: Manual de Derecho Penal, Tomo IV, en proceso de edición.

[11] Las penas subsidiarias a la privación de libertad comenzaron a introducirse en la legislación cubana en el Código Penal de 1979, en el que se reconoció sólo una, la de limitación de libertad. Las ventajas que se advirtieron en esta experiencia dio lugar a que en el Código Penal de 1988 se llegaran a reconocer tres, que subsisten dentro de nuestro Código Penal, que reconoce dentro de esta categoría de sanciones subsidiarias a la pena privativa de libertad, al trabajo correccional con internamiento (artículo 32), el trabajo correccional sin internamiento (artículo 33), y la limitación de libertad (artículo 34). Vid. COLECTIVO DE AUTORES: "Derecho Penal Especial", Tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, pp. 93-97.

además, es preciso analizar las circunstancias del hecho y personales del autor, por lo tanto a pesar de ser una variante para el cumplimiento de la obligación civil derivada del delito, el inconveniente que presenta es que al igual que las demás variantes utilizadas por el Código es excepcional su aplicación, e imposibilita su utilización ante cualquier hecho delictivo.

Compartimos el criterio del profesor QUIRÓS PÍREZ, quien fundamenta la aplicación en nuestra normativa de las sanciones subsidiarias en cuanto al papel que desempeña el trabajo en la formación moral, ética y en la educación de los hombres, excluyendo el criterio en cuanto a las penas de corta duración, problemática específica que cuestiona la Ciencia Penal, en cuanto a los límites mínimos y máximos para la determinación de éstas, así encontramos como generalización de considerar penas de corta duración los marcos que oscilan entre uno y tres años, por lo que supone una gran contradicción al respecto en asumir dentro de la legislación penal cubana que los delitos que no superen los cinco años de pena privativa de libertad se incluyan dentro de las penas de corta duración. Se considera más factible la incidencia del trabajo en el cumplimiento satisfactorio de la sanción y de la reeducación del sancionado, aspecto que se refleja en el precepto legal aplicable a las sanciones subsidiarias de la pena privativa de libertad.

Dentro de las obligaciones que le impone el tribunal al sancionado, al cual se le ha impuesto una sanción subsidiaria[12], se encuentra la de satisfacer la responsabilidad civil declarada en la sentencia y su incumplimiento es causal de revocación por parte del tribunal. Sin embargo, es preciso valorar en cuanto a la limitación de libertad que no es extensiva a los deberes que tiene que cumplir el sancionado a la obligación civil derivada del delito; una interpretación extensiva de la norma en su apartado seis, en cuanto a las causales de revocación, establece la negación por parte del sancionado a cumplir las obligaciones inherentes a la limitación de libertad, nos hace valorar que el juez en el fallo debe ser explícito en cuanto a esas obligaciones que se deben cumplir, de existir responsabilidad civil derivada del delito.

[12] Cfr. La Instrucción No. 128 de 12 de abril de 1988, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, dispone que las sentencias que se dicten imponiendo la sanción subsidiaria de trabajo correccional con internamiento y sin internamiento, deberán contener, además de los requisitos previstos en el artículo 44 de la Ley de Procedimiento Penal: Las razones determinantes de la aplicación de esa sanción, las obligaciones que el sancionado debe cumplir durante la ejecución de la pena; las obligaciones pecuniarias que tenga el sancionado, las obligaciones impuestas en la sentencia y otras legalmente establecidas, las cuales serán deducidas de los ingresos provenientes de su trabajo.

El juez de ejecución desempeña un rol vital en el cumplimiento de todas las obligaciones del sancionado, pues mediante la Instrucción 163 BIS de 24 de abril del año 2002 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, es la figura que controla la ejecución de la sanción, surge fundamentalmente por la necesidad de lograr implementar un sistema[13] efectivo e integral en cuanto a la vigilancia de los beneficios de excarcelación, medidas de seguridad predelictivas y las sanciones subsidiarias.

Otro de los aspectos que merece atención son las atenuantes genéricas previstas en la parte general del código en su inciso ch, que posibilita que el sujeto activo, de manera espontánea evite, repare o disminuya los efectos del delito, o le dé satisfacción a la víctima, etc. Esta atenuante, presenta una utilidad político-criminal, pues estimula la resolución de los problemas penales mediante el arrepentimiento del autor del hecho, al decidir disminuir, o reparar los daños y perjuicios que haya producido su comportamiento, requiere de una actuación positiva del autor; que conlleva a amortiguar los efectos del delito. Sin embargo, QUIRÓS PÍREZ considera, *"que no se debe estimar dentro de la atenuante la existencia de un sentimiento de pesar, por la concurrencia del daño ocasionado, exigencia impropia por dos razones, por exigir la concurrencia de un fenómeno de la esfera afectiva y por exigir que ese sentimiento se base exclusivamente en la consideración del daño realizado".*[14]

No nos sentimos identificados del todo con la posición del profesor QUIRÓS, pues a pesar de que el arrepentimiento necesita de la voluntad del sujeto para restaurar la paz jurídica vulnerada, esa voluntad debe ser espontánea, por lo que depende de las cualidades personales del agente y de su verdadera actitud de lograr repudiar su actuación u omisión mediante alguna de las formas previstas en el apartado ch) del artículo 52 del Código Penal, así como lograr en cierta medida reparar los daños o perjuicios que se produjeron a pesar que no es lo único que persigue el sujeto, si de la manera que se encuentra estipulado en el apartado, es uno de los elementos fundamentales que se trata de conseguir, característica que consideramos atinada en cuanto a las soluciones legales que se brindan para lograr ejecutar la obligación civil derivada del delito.

[13] Con anterioridad a la puesta en marcha de esta experiencia, sólo la Policía Nacional Revolucionaria (PNR), tenía estructurado determinado nivel de control sobre esas personas, mediante la Orden No. 3 de 7 de marzo de 1997, del Viceministro Primero del Interior. Vid. Memorias del Taller Nacional sobre la actividad del juez encargado de la ejecución, La Habana, 2006, p. 5.

[14] Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén: Ob. cit., Tomo IV, en proceso de edición.

Sin embargo, el inconveniente que resulta de este apartado es que las circunstancias atenuantes genéricas no modifican el marco sancionador, sólo si se aprecian de manera muy significativa, por el órgano jurisdiccional, que puede apreciar la adecuación extraordinaria de la sanción[15], que se manifiesta como una potestad facultativa no preceptiva. Por su parte, la Ley de Tribunales faculta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular a *"impartir instrucciones generales de carácter obligatorio para los tribunales, a los efectos de establecer una práctica judicial uniforme y coherente en la interpretación y aplicación de la Ley"*[16], por tanto, consideramos oportuno que sobre la base de esta facultad, se establezca en el caso de apreciarse esta atenuante, la adecuación extraordinaria de la sanción como incentivo para lograr la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Otra de las cuestiones que merece atención por su implicación en cuanto a la ejecución de la responsabilidad civil *ex delito,* es sin dudas la remisión condicional, instrumento procesal que suspende el cumplimiento de una sanción penal a favor de un sujeto imputado que se somete, durante un plazo a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto. Sin dudas repercute en el cumplimiento de la obligación civil, y es otra de las soluciones al conflicto contempladas en el Código Penal, regulada en el artículo 57; aplicable en los supuestos que no excedan de los cinco años de pena privativa de libertad, ofrecen al sancionado la posibilidad en dependencia de las circunstancias del hecho y personales del autor suspender la ejecución de la sanción principal, la suspensión es siempre facultativa, en virtud de las consideraciones del tribunal juzgador.

En el período de prueba, a pesar de ser un beneficio que se le otorga al sancionado, el tribunal puede imponer al beneficiado algunos de los deberes que reconoce la norma en su artículo 57.5. Al respecto el Profesor Quirós en cuanto a la reparación del daño causado, plantea que son alegables dos diferencias entre el deber de reparar los daños inherentes a la remisión condicional de la sanción y el abono de la reparación material; estableciendo como primera diferencia el momento de proceder a la reparación, que en el caso del beneficio adoptado con la

[15] Cfr. El artículo 54.1 del Código Penal cubano modificado por el Decreto-Ley 150 del año 1994, establece: de concurrir varias circunstancias atenuante o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, el tribunal puede disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito.

[16] Artículo 19.1 Inciso h), de la Ley No. 82 de Los Tribunales Populares. Vid. Prieto Valdés, Marta y Lissette Pérez Hernández: "Selección legislativa de derecho constitucional cubano", Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 174 y ss.

institución aplicada sería durante el período de prueba, mientras que lo concerniente a la responsabilidad civil debe llevarse a cabo en la etapa de la ejecución de tal responsabilidad y en segundo plano, la forma de abonar esa reparación; que en la responsabilidad civil derivada del delito deberá entenderse mediante la Caja de Resarcimiento, mientras que en la remisión condicional al no aludir expresamente el artículo 57.5 inciso a) del Código Penal el órgano encargado, debe hacerse directamente entre el perjudicado y el beneficiario.

Al respecto fundamentamos partiendo de la postura que ha adoptado QUIRÓS, las razones siguientes:

- No se establece que con la imposición de una pena privativa de libertad la cual haya sido remitida condicionalmente, esa suspensión sea extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito.
- El resarcimiento de las obligaciones civiles perfectamente pueden ser satisfechas en el período de prueba por la que tiene que atravesar el beneficiado.
- No es necesario que el responsable de los daños causados abone a la Caja de Resarcimiento las cantidades efectivas en cuanto a la reparación material, pues es el juez de ejecución el que debe controlar el cumplimiento de las obligaciones que contraiga este sujeto como deber consignado por el tribunal.
- Consideramos que tanto la reparación del daño como el ofrecimiento de excusas a la víctima por parte del sujeto que ha sido beneficiado con la remisión condicional, son las formas de reparación tanto moral como material que se regulan en el artículo 83 incisos a) y ch) del Código Civil cubano.

No obstante, compartimos los siguientes argumentos con los planteados por el Dr. QUIRÓS PÍREZ[17]:

- Debe existir un pronunciamiento por parte del juez dentro del fallo emitido, en cuanto a la obligación civil derivada del delito, pues no basta con la expresión "está obligado a reparar el daño

[17] El Dr. QUIRÓS al respecto plantea que en cuanto al deber del beneficiario en la sentencia deberá constar, con independencia de los otros particulares exigidos en la Ley procesal, lo siguiente: si se aplica la remisión condicional y al mismo tiempo se establece que uno de los deberes del beneficiario es el de reparar los daños causados, no podrá hacerse pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil, por lo menos en la modalidad prevista en el artículo 83 b) del Código Civil cubano; el tribunal estará obligado a señalar claramente la reparación que debe hacer el sancionado y si es patrimonial fijar su cuantía; no basta con que exprese que "está obligado a reparar el daño causado", sino a decir, qué daño es el que se ha causado y que debe hacer el sancionado para repararlo; además si debe restituir el bien, deberá indicar que bien debe restituir, si debe reparar el daño material o indemnizar los perjuicios, señalará en qué consiste el daño material o la cuantía de los perjuicios, en otro caso será dejada la satisfacción de este deber al arbitrio del perjudicado o del sancionado. Vid. QUIRÓS PÍREZ, Renén: Op. cit., Tomo IV, pp. 51 y 52.

causado" como se regula en el artículo 57.5 inciso a), el tribunal debe señalar el tipo de reparación ya sea material o moral y la cuantía a la que asciende la reparación, así como establecer la indemnización de los perjuicios o la restitución de ser posible.

- De existir pronunciamiento por parte del juez dentro de la sentencia sobre la reparación material de los daños causados o la reparación moral como parte de las obligaciones que deben ser cumplidas por el responsable de los daños, con el objetivo de satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito, no se le puede aplicar el artículo 57.5 inciso a) o b), pues se violaría el principio *non bis in ídem*.

Una de las cuestiones novedosas, que introdujo el Decreto-Ley 175 del año 1997, al Código Penal fue la posibilidad en el delito de Estafa[18], de que el perjudicado abone la cantidad correspondiente a la que ascienden los daños materiales, y de esta forma queda exento[19] de responsabilidad penal. La posibilidad de la reparación ha sido la vía más atinada ante los hechos acontecidos, la reparación de los daños causados se visualiza como una sanción más y se logra en tal sentido la solución del conflicto para contribuir a restaurar la armonía social. Debemos objetar que no se puede Valorar como única solución ante hechos constitutivos de delitos, la intervención del Derecho Penal y la imposición de una pena, lo cual hoy día se aprecia de acuerdo a la opinión más actualizada, como la forma tradicional de obtener la paz jurídica o solución del conflicto, lo cual debe ser rebasado por la ineficiencia hasta hoy manifiesta en cuanto a la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito y la atención a los perjudicados del ilícito penal; por lo que nos sumamos a la utilización y aceptación de aquellas soluciones alternativas al juicio que eviten la imposición de una pena, la víctima en lo que generalmente está interesada es en la reparación y no en la imposición de una sanción al imputado. La reparación integral del daño causado al respecto indica que la acción penal se extingue por resarcimiento integral del daño particular o social provocado, realizada antes del juicio oral. Esta institución como salida

18 Cfr. artículo 334. Apartados 1y 5 del Código Penal cubano.

19 En el caso del delito de Estafa regulado en el artículo 334. 5 del Código Penal cubano, la exención de responsabilidad penal es por cuestiones de política criminal, en este supuesto estamos en presencia de una causa posterior al hecho que anula la punibilidad, son circunstancias que se relacionan indirectamente con el hecho, se producen después de este y eliminan la punibilidad ya surgida; son circunstancias que no radican en el sujeto sino se hayan vinculadas indirectamente con el hecho, son objetivas. Vid. Quirós Pírez, Renén: Ob. cit., Tomo I, p. 127; Goite Pierre, Mayda: "Delitos contra los derechos patrimoniales", Tomo II, en Derecho penal especial Coord. Mayda Goite Pierre, et al Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 236.

procesal distinta de la sentencia, guarda mucha relación con la suspensión condicional del procedimiento en donde es necesario el establecimiento de un plan de reparación del daño. El daño a que se refiere esta figura jurídica y el cual hay que reparar es el que proviene de un delito, entendiéndose que lo primero que tiene que hacer el juez es verificar si hubo o no lesión o puesta en peligro al bien jurídico tutelado. De ahí que la primera comprobación en caso de aplicarse esta figura procesal sea establecer y constatar la lesión efectiva o la real puesta en peligro del bien tutelado.

Un aspecto que conlleva el uso de la reparación es que la víctima tiene que admitir el resarcimiento, lo que demuestra la participación protagónica que tiene en la solución de su conflicto y la amplia presencia que el sistema penal le reserva.

La semejanza que tiene esta forma de extinción de la acción penal con la conciliación viene dada por la promoción del diálogo y la negociación que debe realizarse entre víctima e imputado, y es parte de la tendencia contemporánea en el sistema penal de establecer instituciones que promuevan el diálogo y una mayor participación de la víctima en la solución directa de su problema.

Todo esto, en cierta forma, no es más que un rechazo o por lo menos una intención para disminuir el uso de la sanción penal, lo cual a su vez es una exigencia del Derecho penal mínimo y del principio de *última ratio*, sin embargo, en el delito de Malversación[20], se manifiesta una circunstancia facultativa de adecuación en cuanto a la apreciación de una atenuante específica de ese tipo penal, que se apreciará teniendo en cuenta la facultad de reintegro o gestión de reintegro antes de la celebración del juicio oral. Modificaciones que en cierta medida logran la ejecución de la obligación civil por la importancia que comienza a tener el perjudicado para el Derecho Penal en cuanto a su satisfacción de resarcimiento ante las consecuencias adversas que sufrió por la comisión del hecho.

Si valoramos el artículo 220.2 del Código Penal, se puede apreciar un requisito de perseguibilidad en cuanto la posibilidad que se brinda a las víctimas del delito en el ejercicio de la denuncia previa, lo que produce efectos en la iniciación del proceso, aspectos que presentan repercusión en el área de los mecanismos procesales, así como la utilización de las medidas cautelares del artículo 277 de la Ley de Procedimiento Penal, para lograr que se ejecute con posterioridad el fallo del órgano jurisdiccional en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito.

[20] Cfr. artículo 336 apartados 1 y 6 del Código Penal cubano.

Cuestionamiento a los mecanismos procesales

La utilización en Cuba de las medidas cautelares de carácter civil, reguladas en el artículo 277 de la Ley de Procedimiento Penal[21], no se lleva a vías de hecho, lo que posibilita la inejecución en gran parte de las obligaciones civiles derivadas de los hechos delictivos, cuestión que debe ser rebasada en cuanto al modelo acumulativo de ejercicio de la acción civil, que recoge nuestra Ley adjetiva; el Ministerio Público en representación de los intereses del Estado y de la víctima debe, teniendo en cuenta el principio de legalidad, recurrir y agotar todas las posibilidades que le brinda la ley, para satisfacer las necesidades de los perjudicados, en cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios en el cumplimiento del artículo 109 de la Ley Procesal Penal vigente, que establece que este organismo debe velar por la protección a la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal, y garantizar conforme a la ley, la vigencia de sus derechos durante el procedimiento. Como recomienda la Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 en su artículo 4, se establece que, *"Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad y tendrán derecho al acceso de los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido",* cuestiones que repercuten en el derecho a la tutela jurídica del perjudicado, según la aplicación de las medidas cautelares que posibiliten asegurar la protección de las víctimas en cuanto a la materialización del fallo emitido por el órgano jurisdiccional.

Hay que reconocer que en el actual modelo[22], para el ejercicio de la acción civil en Cuba no se hace efectivo el derecho a la víctima a la información ni se le ofrecen facultades para su participación procesal, lo que imposibilita su conformación como actor civil y el ejercicio de todos los derechos y garantías que con posterioridad repercutan en el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones civiles derivadas del ilícito penal.

[21] Ley No. 5 de 13 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Penal cubana, Artículo 277: El instructor, el Tribunal o el fiscal en su caso, pueden en cualquier estado del proceso, de oficio o a instancia de parte, disponer mediante resolución fundada las medidas cautelares de fianza, embargo y depósito de bienes del acusado o del tercero civil responsable, que sean necesarias para asegurar en su día la ejecución de la sentencia en lo referente a la responsabilidad civil.

[22] Cfr. La Ley de enjuiciamiento criminal, en sus artículos 110 y 111; reconocía a los perjudicados como actores civiles y, por tanto, se consideraban parte dentro del proceso, lo que les permitía disfrutar de ciertas prerrogativas para la comprobación de los daños o perjuicios de carácter civil como consecuencia de los hechos delictivos.

El embargo de los bienes, como una de las medidas a aplicar al procesado, debe satisfacer y garantizar el resarcimiento, medida cautelar de tipo económico, destinada a asegurar la ejecución de las obligaciones civiles emergentes del delito, tiene por objeto, en primer lugar, individualizar los bienes del deudor y conservarlos para garantizar el crédito de sus acreedores, fase del proceso judicial encaminada a lograr la obligación de pago de dinero, judicialmente reconocida, consistente en la tasación y la venta de los bienes del deudor, así como la fianza en una cuantía suficiente que pueda responder de las cantidades que se le reclaman.

Repercusión de los mecanismos ejecutivos en Cuba

En Cuba se materializa una ruptura en la fase de ejecución, lo que ha provocado el análisis e interés de valoración de los mecanismos ejecutivos; los tribunales, después de emitir el fallo se desentienden en gran medida el cumplimiento de la sanción de privación de libertad, dejando en manos de la administración penitenciaria el control de la sanción. Debemos superar estos problema que aducen en gran medida al incumplimiento de una parte de la sentencia firme en cuanto a la satisfacción del resarcimiento de la obligación civil. A pesar que dentro de las funciones de los jueces mediante la Ley 82, del año 1997, se establece en su artículo 7 apartado f, *"la obligación de los tribunales de ejecutar efectivamente los fallos firmes que se dicten y de vigilar el cumplimiento de estos…".*

El juez de ejecución ha sido una figura que se introdujo en Cuba tardíamente y se redujo su actuación al control de las sanciones subsidiarias de la pena privativa de libertad, la remisión condicional, las medidas de seguridad predelictivas y los beneficios de excarcelación condicionados; al respecto consideramos que son muy limitadas sus funciones, su actuación debe extenderse al control de las penas privativas de libertad, de esta forma se lograría una mejor interacción entre la administración penitenciaria y los jueces de ejecución que repercute en los beneficios que adquieren los internos dentro del régimen penitenciario; se debe considerar esta figura como el controlador asiduo de las sentencias firmes de los órganos jurisdiccionales y se evitaría, como ocurre en ocasiones, que se otorgue la libertad condicional a un interno que aún no ha satisfecho la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Esta problemática se agudiza en cuanto al ejercicio de labores útiles por parte de los sancionados, al establecerse en el artículo 30.12 del

Código Penal[23] que *"durante el cumplimiento de la sanción, los sancionados aptos para el trabajo efectúan labores útiles si acceden a ello"*, sin embargo, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos en su artículo 71 establece que, *"el trabajo penitenciario no puede tener carácter aflictivo y que todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y síquica, según la determine el médico"*; este análisis nos conduce a respetar, la progresividad de nuestra legislación en cuanto al principio de la no obligatoriedad del trabajo en las prisiones, además es sabido que es uno de los requisitos, al igual que el buen comportamiento, que le permiten al interno progresar en regímenes hasta obtener el beneficio de la libertad condicional, sin embargo, alguna alternativa se debe crear sobre este episodio, en cuanto a los sancionados que deben responder civilmente por los daños y perjuicios derivados del delito, pues nos hemos preguntado ¿qué sucede si un recluso no accede a trabajar y debe responder por las obligaciones civiles derivadas del hecho?, donde se encuentra la tutela judicial efectiva y el respaldo a la satisfacción de la víctima.

El trabajo es el eje de la pena privativa de libertad y tiene un sentido correccional y educativo, resalta su importancia, si pensamos en el tiempo que el interno transcurre en los establecimientos de reclusión y principalmente si tenemos en cuenta que mediante éste se satisface la reparación material del daño y la indemnización de los perjuicios, con estas dos razones no es difícil darle un papel de primerísimo orden.

Otro de los aspectos ejecutivos que debe ser valorado es la Caja de Resarcimientos[24] que en Cuba se crea con la puesta en vigor del Código de Defensa Social, en el año 1936, con el objetivo de garantizar y

[23] Ante la carencia de una Ley de Ejecución de Sanciones en Cuba se ha hecho imprescindible regular dentro del Código Penal cuestiones que trascienden a la ejecución de las sanciones privativas de libertad.

[24] En el ordenamiento jurídico penal cubano la reparación del daño material y la indemnización de perjuicios se resarcen a través de la Caja de Resarcimientos, órgano destinado a abonar a las víctimas o a los perjudicados por el delito, la cantidad de dinero que como consecuencia de la afectación sufrida se determinó en la sentencia que dictó el tribunal competente. La reparación del daño material, consiste en el pago a la víctima del valor del bien o el deterioro que sufrió el objeto del delito; se compensa el daño con la respectiva prestación monetaria. La indemnización de perjuicios, comprende los desembolsos que deban realizar las personas perjudicadas por el delito, que puede coincidir o no con la víctima del mismo, que además abarca las posibles obligaciones alimenticias del que resulta fallecido…comprende todos aquellos desembolsos posteriores que realiza el perjudicado hasta obtener su total recuperación; etc. *Vid.* MEDINA CUENCA, Arnel y Mayda GOITE PIERRE: "*Selección de lecturas de derecho penal general*", Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, pp. 441 y ss, Código Penal cubano Artículo 71.1 y del Código Civil cubano Artículos: 82, 83, 85 y 86.

llevar a efectos la responsabilidad civil y la protección a las víctimas del delito; se encontraba subordinada a la secretaría del Ministerio de Hacienda y posteriormente por la Ley Decreto 1178 de 1953, queda adscrita al Ministerio de Justicia; las posteriores reglamentaciones sobre el tema se encuentran contenidas en diferentes disposiciones[25]; así como su ley marco actualmente vigente Ley-Decreto 1258 de 28 de enero de 1954, publicado en la Gaceta Extraordinaria No. 2 del 30 de enero de 1954, que regula la relación entre los tribunales y la Caja de Resarcimientos, los pagos que debía realizar la Caja y los que debían hacerse a la misma, el procedimiento a seguir en los casos de sentencias dictadas por los tribunales, establece el procedimiento para hacer efectivas las fianzas y modifica además los artículos 121, 125, 126 y 127 del Código de Defensa Social o la Ley Decreto 802 de 1936.

Desde sus orígenes presentó dificultades en su ejercicio, a razón de la insuficiente recaudación que recibían en la práctica, causada por las diferencias que existían entre los pagos que debía realizar y lo percibido por parte de los obligados.

Para llevar a efectos el cumplimiento de sus funciones, la Caja debe exigir el pago a los obligados y abonar a los damnificados las cantidades que estableció el tribunal en concepto de responsabilidad civil. La Caja presenta como fuentes de ingresos las siguientes:

- Los descuentos efectuados en las remuneraciones por el trabajo de los reclusos a los efectos de la responsabilidad civil no satisfecha y a la que están obligados;

[25] *Vid.* Decreto 379 de 18 de febrero de 1939, que estableció el Reglamento para la Caja de Resarcimientos, delimitando el funcionamiento interno de la misma, la manera de tramitar las reclamaciones y demás particularidades que contempla el Código; Ley Decreto 1178 de 13 de noviembre, publicada en la Gaceta Oficial 267 de 1953, que absorbe la Caja de Resarcimiento establecida por el artículo 121 del Código de Defensa Social, por el Ministerio de Justicia, pues se encontraba adscripta al Ministerio de Hacienda; Ley Decreto 1870 de 22 de diciembre de 1954, publicada en la Gaceta Ordinaria 303 del año 1954, que autoriza al Ministro de Justicia para que pueda ordenar a la Caja de Resarcimientos el pago de indemnizaciones sin ajustarse al orden establecido en la Ley Decreto 1258, cuando el pago deba hacerse a una institución benéfica o en casos especiales de alta conveniencia en el orden internacional; Decreto 2076 de 19 de junio de 1958, publicado en la Gaceta Ordinaria 141 de 23 de julio de 1958, promulgando el reglamento para el servicio central de la Caja de Resarcimientos del Ministerio de Justicia; Ley 597 de 7 de octubre de 1959, publicada en la Gaceta Extraordinaria No. 47 de 13 de octubre de 1959, por la que se modifican los artículos 1, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 22, 25, 30, 36 y los apartados a) y b) del artículo 19 así como el título de la sección segunda del capítulo cuarto de la Ley Decreto 1258 de 1959 para el pago de indemnizaciones a la Caja de Resarcimientos; Decreto-Ley 47 del 1ro de septiembre de 1981, publicado en la Gaceta Extraordinaria de 29 de septiembre de 1981, esta disposición modificó parte del artículo 4 de la Ley Decreto 1258 de 1954, y dispone que las personas con derecho a cobrar indemnización de los perjuicios o de reparaciones de los daños materiales, deberán reclamar el pago mediante escrito que presentarán a la Caja de Resarcimientos dentro de los 90 días naturales, que se contarán a partir de la fecha de la notificación de la sentencia, estas modificaciones serán aplicadas en los casos de sentencias que hayan quedado firmes antes de la entrada en vigor del Decreto-Ley y quedarán sometidas al artículo que se modifica.

- El dinero decomisado como efecto o instrumento del delito y el que se haya ordenado devolver y no se reclame dentro del término de un año a partir de la firmeza de la sentencia;
- Las responsabilidades civiles no reclamadas por sus titulares dentro del término de 90 días;
- Los recargos que se impongan por concepto de demora en el pago de la responsabilidad civil, consistente en un incremento del 10% de la deuda;
- El importe de las fianzas decomisadas en los procesos judiciales;
- Los descuentos a beneficiarios que son de un 20%;
- Cualquier otro ingreso que determine la ley.

La creación de esta institución como entidad mediadora entre la víctima y los declarados responsables civilmente por la comisión de un delito, constituye una garantía a la seguridad jurídica[26] de los derechos del primero, empero, su funcionamiento en la práctica indica la existencia de determinadas insuficiencias que atentan sustancialmente contra la eficacia para la cual fue constituida, motivadas en principio por incongruencias y lagunas legislativas en el proceso establecido para requerir a los sancionados el pago de la responsabilidad civil a que están obligados por la comisión de un hecho punible.

Para hacer efectivo el pago de la responsabilidad civil derivada del acto delictivo, se consigna en Ley un término de 30 días; de transcurrir dicho término, sin hacerse efectiva tal obligación, se emite por la mencionada entidad un requerimiento de pago, añadiéndole un recargo del 10% para conminar al referido pago. Si aún agotada la vía antes explicada no se ha logrado el cumplimiento de la obligación de resarcir, se procede a imponer o adicionar, en dependencia del caso de que se trate, un día de privación de libertad por cada tres cuotas dejadas de pagar, sin exceder de seis meses.

La inactividad de la Caja de Resarcimientos, se sustenta en el «Proyecto de Constitución de Unidad Presupuestada Financiada con sus Ingresos», efectuado en noviembre de 1995 por dicha entidad, donde se argumenta que basados en estudios realizados desde 1991 hasta septiembre de 1994, el 40% de las cuentas por cobrar se apreciaron

[26] El principio de seguridad jurídica, se presenta como una garantía a favor del ciudadano frente al sistema lo que no significa que se trate de una mera garantía individual, ya que su cumplimiento posibilita una mejor política criminal. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho penal parte general", Edición Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 2002, p. 51.

incobrables, por las causas de fallecimientos, emigrados del país y sancionados incorregibles. Además de ello, faltaba la necesaria conexión entre esta entidad y la Dirección de Migración y Extranjería con el fin de evitar que sus deudores eludan la obligación civil declarada en sentencia penal. En relación con los sancionados incorregibles, recae sobre la Caja la obligación de declarar el embargo de salario, de toda clase de bienes y derechos del responsable civil, acción que también puede ser ejercitada por el instructor, el fiscal o el tribunal, en cualquier momento del proceso penal, ya sea de oficio o a instancia de parte, y que en la práctica jurídica actual no es utilizada.

De lo anterior resultan dos cuestiones significativas. Una es que las fuentes de ingreso de la Caja de Resarcimientos no son suficientes como para colocarse en una adecuada capacidad de pago, pues su ingreso de mayor significación, el de los descuentos provenientes del trabajo de los reclusos, no resulta proporcional ni oportuno en correspondencia con los montos de satisfacción en concepto de responsabilidad civil.

El Código Penal cubano disponía que la responsabilidad civil derivada de delitos, fuera abonada por la institución de la Caja de Resarcimientos a los sujetos pasivos-acreedores de tales indemnizaciones por los daños y perjuicios, tanto personas naturales como personas jurídicas[27]; estos pagos se llevaban a cabo por los ingresos a los que ya hicimos alusión, así como del presupuesto estatal que se le asignaba a la institución; sin embargo, los montos a los que ascendía el pago por concepto de responsabilidad civil derivada del delito, eran tan altos cuando la víctima era una persona jurídica, que la Caja no podía asumir el resarcimiento, situación que consideramos pudo conllevar a la modificación del cuerpo de la Ley.

Análisis del Decreto-Ley 175 del año 1997. Su repercusión en la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la persona jurídica como perjudicada.

El Decreto-Ley No.175 del año 1997, excluye de la Caja de Resarcimientos a la persona jurídica como sujeto pasivo; creándose una inestabilidad jurídico-legal que se agudiza ante la persona jurídica como víctima del hecho delictivo para cobrar la indemnización de los daños y perjuicios, porque no existe en la actualidad un órgano que se encargue de la satisfacción de su resarcimiento al no regularse tal situación, la ley es omisa, y se crea una inestabilidad reconocida.

[27] Cfr. artículo 71 del Código Penal cubano del año 1987, sin las posteriores modificaciones; Vid. GRILLO LONGORIA, J. A.: **"**Sanciones y medidas de seguridad", Editorial Félix Varela, La Habana, 1998, p. 301.

Esta cuestión ha desenlazado grandes inconvenientes a los efectos de materializar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito siempre que el sujeto pasivo sea una persona jurídica. La inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento para garantizar el cumplimiento de tal obligación, conlleva a que la responsabilidad civil determinada por un órgano judicial penal no sea cumplida por el obligado, dado lo cual el proceso penal no logra una eficaz ejecución de la justicia[28], quedando las personas jurídicas en un determinado estado de inseguridad por la falta de ejecución que provoca que no se lleve a cabo una verdadera tutela judicial efectiva.

Se argumenta que tal exclusión se debe fundamentalmente a la insolvencia e incapacidad de la Caja de Resarcimientos por las altas cuantías que debería pagar para lograr hacer efectiva la indemnización a la persona jurídica como sujeto pasivo; ya que los montos a los cuales ascendían los resarcimientos rebasaban con creces el presupuesto que el Estado asignaba a la caja.

Al eliminarse la exposición de motivos que fundamentan la inclusión o no de determinadas figuras en la normativa del Código Penal, sólo es posible analizar los fundamentos que aparecen en los POR CUANTOS del Decreto-Ley No.175 del año 1997, lo que no nos permite apreciar las causas del vacío. Los vacíos de la Ley se conocen mediante la interpretación de la norma que ejecuta el Consejo de Estado; sin embargo, existe una insuficiencia a la hora de interpretar los Decretos Leyes; por lo tanto, en virtud del artículo 121 de la Constitución de la República, en relación con el artículo 15, inciso 2, de la Ley No.82 del año 1997, Ley de los Tribunales Populares, se le confiere al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular la posibilidad de emitir acuerdos, dictámenes e instrucciones[29] para aportar una interpretación que asegure la efectividad de la responsabilidad civil derivada del delito a

[28] Cfr. artículos 492 y 495 de la Ley de Procedimiento Penal para la ejecución de la sentencia.

[29] Vid. Acuerdo No. 37 de 27 de enero de 1981, indica el deber en que están los Presidentes de los Tribunales Provinciales de velar por la ejecución sobre la responsabilidad civil derivada del delito y de las demás medidas que deben adoptarse con los incumplidores; Acuerdo No. 126, Dictamen No. 198 de 2 de agosto de 1984, sobre las certificaciones para la identificación de las personas a los efectos del pago de las indemnizaciones por la Caja de Resarcimientos; Circular No. 11 de 18 de marzo de 1982, dispone que se debe notificar personalmente y no por correo la indemnización decretada por concepto de la responsabilidad civil decretada en sentencia firme. Acuerdo 335 de 11 de mayo de 1964, Acuerdo 415 de 1ro de junio de 1964, acuerdo 363 de 18 de septiembre de 1967, que modifica el acuerdo 355 de 1964, Instrucción No. 109 de 27 de abril de 1983, Acuerdo 390 de 28 de diciembre de 1999; Dictamen No. 246 de 1986, establece que los hechos cometidos que no sean constitutivos de delitos que concurran los requisitos de la escasa entidad y buenas condiciones personales del autor; la persona perjudicada por los daños ocasionados por el sujeto al cual se le aplicó el beneficio, podrá reclamar los mismos contra él, por la vía civil.

favor de la persona jurídica como sujeto pasivo, en tanto no se dicte disposición legal que solucione esta problemática.

La situación antes descrita afecta también a la persona natural que debe actuar como sujeto pasivo de la obligación de reparar, que no puede cancelar sus antecedentes penales hasta tanto no haya cumplido tal obligación, cuestión que adolece de los cauces legales y prácticos idóneos para su satisfacción. En un intento de esclarecer la situación creada, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo emitió el Dictamen 390, de 28 de diciembre de 1999, donde establece que los tribunales que conozcan de los procesos en los que se declara la responsabilidad civil derivada del delito a favor de personas jurídicas, como entes perjudicados, deberán atender cualquier reclamación de cancelación de antecedentes penales de aquellas personas naturales que no hayan concluido el pago de sus obligaciones civiles derivadas de delitos a personas jurídicas; sin embargo, en la práctica no procede tal cancelación porque la ley[30] exige la condición *sine qua non* de haber cumplido las obligaciones civiles imputadas por el órgano judicial penal, por lo que la persona natural responsable civilmente de satisfacer a la persona jurídica se encuentra con el impedimento de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un procedimiento que le permita efectuar el pago, ni existe otra instancia o institución que viabilice ese trámite.

En torno a los cuestionamientos ante la precaria situación se han manejado[31] como posibles soluciones las siguientes:

- Establecer un contrato de seguro obligatorio entre el obligado a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito y el perjudicado, lo cual posibilitaría que las entidades aseguradoras, materialicen el pago en concepto de resarcimiento a las personas jurídicas, y posteriormente demandar al sujeto comisor del hecho delictivo ante el tribunal civil para obligarlo de esta manera al pago a la entidad aseguradora del importe de los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, esta vía sigue siendo ineficaz, pues no todas las personas jurídicas cubanas están aptas económicamente para concertar un contrato de seguro.

[30] Vid. Artículo 67.1.4 inciso b) del Código Penal cubano.

[31] Cfr. Acuerdo 330 de 1999, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, el cual trata de esclarecer los debates que se suscitaron en el Tribunal Provincial Popular de Granma, con la modificación que se introdujo al artículo 70.1 apartado 1 del Código Penal al excluir de la Caja de Resarcimientos a la persona jurídica como perjudicada; no obstante se incorporaron en esta tesis otras cuestiones que se debatieron como inconvenientes que resultaron no de los Tribunales Populares sino de otras instituciones que se relacionan con la temática en estudio, como los criterios emitidos por la Entidad de Seguro y de la Caja de Resarcimientos.

- Entregar nuevamente a la Caja de Resarcimientos, la función de hacerse cargo de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de delito cuando ésta tenga como sujeto pasivo a una persona jurídica. Esta vía no nos parece atinada al analizarse la situación actual de la Caja; además, el Estado mediante los fondos públicos no tiene por qué responder ante hechos los cuales no le incumbe la reparación, consideramos que el Estado mediante sus presupuestos debe responder en determinados supuestos de delitos.
- Recurrir al proceso declarativo en la vía civil, donde la cuantía a reclamar determina la competencia del Tribunal Municipal Popular o de Sala de provincia; este proceder suscitaría que se dictara una sentencia civil que reitera la penal precedente, en la que con absoluta necesidad debe declararse la responsabilidad civil proveniente del acto ilícito, según lo regulado en el Artículo setenta del Código Penal y que se reitera con el Artículo doscientos setenta y cinco de la Ley de Procedimiento Penal; preceptos estos que además excluyen cualquier otra jurisdicción para tales pronunciamientos.
- Se estima que la sentencia penal es un título de crédito que genera ejecución, en este caso tenemos que los artículos cuatrocientos ochenta y seis y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico relacionan de manera precisa y clara cuáles son los títulos de créditos vencidos, líquidos y exigibles que tienen fuerza ejecutiva y no se incluye en tal relación a la sentencia.
- Utilización de la fórmula de los artículos cuatrocientos setenta y tres y siguientes de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. En este particular se establece como requisito, que la ejecución debe cumplirse en el mismo proceso en que fue dictada la sentencia. En este punto, en el caso de asimilarse que dichas acciones fueran tramitadas no en la vía penal sino en la civil habría que adecuarse a sus reglas de competencia, que no hallan correspondencia con las de otro tipo de proceso, provocando además un tráfico documental de una a otra jurisdicción que harían extrema-damente engorroso el trámite que se interesa.[32]
- Que los tribunales penales se hagan cargo de la ejecución de la responsabilidad civil derivada de delito; un análisis exhaustivo

[32] Cfr. Acuerdo 330 de 28 de diciembre del año 1999, Dictamen 390 de 28 de diciembre del año 1999, emitidos por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

> de la norma sustantiva sobre la declaración y la ejecución de la obligación civil reserva al tribunal de primera instancia, ejecutar la obligación de restituir y reparar el daño moral, así como la aplicación de desocupar en los casos previstos en la parte especial del Código cuando se haya dispuesto de algún inmueble de manera ilícita, en relación con lo regulado en los artículos 231, 232, 233. En cuanto a la reparación de los daños materiales y la indemnización de los perjuicios, el artículo 71 de la norma penal excluye a la persona jurídica como perjudicada del radio de acción de la Caja de Resarcimientos como órgano encargado de hacer efectiva las obligaciones civiles comprendidas en la sentencia, lo que provoca que estos sujetos de derecho se encuentren en estado total de indefensión, y los jueces se desentienden con la ejecución de las sanciones penales violando el artículo 492 de la Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal de 13 de agosto de 1977, así como el artículo 7 de la Ley No. 82 del año 1997, Ley de los Tribunales Populares.

Poder ejercitar el derecho a acceder al órgano jurisdiccional competente, no sólo se manifiesta en la posibilidad brindada a formular una concreta pretensión punitiva; sino en poder instar a la acción de la justicia en defensa de determinados derechos e intereses legítimos de las personas, que han sido vulnerados.

Las sentencias firmes, no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se materialice y satisfaga lo obligatoriamente dictado, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se demuestra el avance en cuanto a la preocupación de la satisfacción de los perjudicados para materializar el cumplimiento de la obligación civil derivada del delito, sin embargo, no podemos dejar de mencionar que aún no es suficiente todo lo que en vistas a la ejecución de la responsabilidad civil se ha logrado, tenemos que rebasar nuestras propias metas y cruzar obstáculos; tenemos que persuadir a los instructores, fiscales y jueces, para lograr interponer las medidas cautelares de carácter civil que reconoce nuestra norma procesal, a exigir una mayor preocupación fundamentalmente por el fiscal como representante por excelencia de las garantías y derechos de la víctima, y la pronta ejecución en cuanto a los daños y perjuicios que se hayan derivado de los hechos constitutivos de delitos; debemos ampliar las facultades del juez de ejecución que logre aunar esfuerzos y no tronchar la fase ejecutiva, por tanto es el juez el que debe controlar el cumplimiento de los fallos emitidos, así como el seguimiento que debe establecerse a la ejecución de la res-

ponsabilidad civil, valorando el comportamiento y la aptitud del interno en cuanto a las labores útiles, para lograr cumplir con las exigencias impuestas en el fallo, cuestiones que deben trascender a los análisis que se realicen a la hora de determinar el beneficio de la libertad condicional.

Aún no se ha estipulado cómo garantizar el cumplimiento de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de las personas jurídicas, sin embargo, es preciso aclarar que la Resolución No. 102 de 5 de agosto de 2009 regula un "Procedimiento excepcional para el cobro, a las personas naturales, del importe de la responsabilidad civil proveniente de delitos, a favor de personas jurídicas", estableciendo que dicha excepcionalidad procede cuando la persona jurídica, acreedora de tal obligación haya dejado de existir jurídicamente; o porque la entidad acreedora haya realizado los ajustes contables y financieros que hacen incobrable la deuda por responsabilidad civil derivada del delito; lo cual no soluciona totalmente la problemática existente, dejando latente aún un déficit en cuanto a la inejecución práctica que se percibe en relación con la obligación civil derivada del delito. Por ello, consideramos oportuno y necesario aportar un modelo de procedimiento para el pago de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la persona jurídica.

Posible vía de solución ante el déficit en Cuba de ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito a favor de la persona jurídica

La justificación que fundamente la búsqueda de soluciones para lograr que se cumpla la obligación que sirve de contenido a la responsabilidad civil derivada del delito, en el caso específico de la persona jurídica como sujeto pasivo, está fundamentalmente en el fracaso que hasta hoy ha existido en cuanto a la reparación e indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito del resarcimiento a las víctimas; por tanto, se hace necesario fundamentar la necesidad de crear los mecanismos que consigan de una manera u otra el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de un delito. Cuando hacemos referencia a un procedimiento, sin dudas fundamentamos la posibilidad de que sea ejecutado ante cualquier delito, sin tomar como referencia el marco sancionador o las cualidades personales del infractor, como se ha establecido para aplicar las soluciones parciales que el ordenamiento jurídico ha recogido dentro de los mecanismos extrajudiciales o legales que tratan de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito.

En nuestro país, la inejecución de la responsabilidad civil derivada de delitos que tienen como sujeto afectado a personas jurídicas se ha alargado a 11 años, sin encontrar solución alguna ante delitos de gran peligrosidad y trascendencia social, pues las soluciones que la norma permite aplicar en otras figuras delictivas no son aplicables a estos supuestos mencionados.

Hay que crear un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento de los daños y perjuicios que logre ejecutar en el caso específico de la persona jurídica, siempre regido por la actuación del juez de ejecución de sanciones, a pesar de que la Instrucción 163 Bis del año 2002 no lo establece, por lo que consideramos que se deben ampliar las funciones del juez de ejecución en este ámbito, mecanismo procesal que debe lograr satisfacer la ejecución de la responsabilidad civil.

Dentro de los requisitos que se deben establecer para abrir el procedimiento que se propone, como garantía a la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito, se encuentran los siguientes:

1. Se requiere de la existencia de una sentencia firme.
2. Una vez abierto el procedimiento, el juez procede a ejecutar teniendo en cuenta las medidas cautelares que se regulan en el artículo 277 de la Ley de Procedimiento Penal que se ejercitaron dentro del proceso, así como las disposiciones que contiene al respecto la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que logren asegurar la ejecución del resarcimiento.
3. El juez convocará a las partes y se intentará conciliar la manera de reparar los daños materiales o la indemnización de los perjuicios.
4. De formularse objeciones por alguna de las partes, o no encontrar en el proceso de conciliación un previo acuerdo, el juez procederá a ejecutar el embargo del salario, o de encontrarse el individuo en estado de insolvencia, se dictará una resolución en cuanto al cumplimiento dentro de un término determinado de las obligaciones civiles derivadas del delito, se le enviarán las pertinentes copias al centro penitenciario donde se encuentre cumpliendo la sanción penal correspondiente a la pena privativa de libertad, o al centro de trabajo en el caso de las sanciones subsidiarias a la pena privativa de libertad o remisión condicional de la pena.

El juez de ejecución es el que debe llevar a cabo la ejecución después de ser firme la sentencia, es decir, que contra ella no quepa recurso alguno. Los tribunales populares deben elevar el principio de judicialidad, consagrando las facultades judiciales en cuanto a la determinación, ejecución y control de todo lo pronunciado en la sentencia.

Sin dudas, todo procedimiento recoge en sí un grupo de principios que se materializan, de ahí que relacionemos a continuación los que

consideremos que justifican y se deben desarrollar dentro de esta fase de ejecución[33], si bien pueden existir diferencias doctrinales al respecto[34]:

El Principio de conciliación: Según CARNELUTTI, los litigios que van a surgir dentro de los miembros de la sociedad pueden ser resueltos de dos formas, fundamentalmente entendidas dentro de la heterocomposición o la autocomposición:

La heterocomposición implica la intervención de un tercero, ajeno a la controversia suscitada entre los sujetos quienes necesitan llegar al fondo del asunto; función que se atribuye el Estado y realiza por conducto de la rama judicial, mediante la sentencia. La autocomposición es la solución del litigio por los propios sujetos entre quienes surge. En este caso no hay intervención ajena alguna y la forma usual de lograrlo es mediante la transacción, que las partes pueden efectuar antes o en el curso del proceso.

Frente a esas dos posiciones, la heterocomposición y la autocomposición, se encuentra una intermedia o mixta, por participar de la naturaleza de ambas, pues son las partes las que logran u obtienen el acuerdo que le pone fin al litigio, pero a él llegan mediante la intervención de un funcionario que puede o no ser operador del sistema de justicia, a quien se le atribuye esa específica función, sea en el curso o antes del proceso, constituida o representada por la conciliación.

La conciliación[35], a pesar de las críticas que ha recibido, instituidas en algunos aspectos que la justifican, presenta un balance general favorable, pues permite obtener la finalización de muchos procesos, cumpliendo el objetivo con ella perseguido, el cual ha sido el logro de la descongestión de los despachos judiciales.

[33] En sentido gramatical ejecución es la acción y efecto de ejecutar, ejecutar es realizar, cumplir, hacer efectivo, dar realidad a un hecho. El vocablo en sentido jurídico, coincide sustancialmente con el gramatical, mediante la ejecución el Tribunal realiza un cambio real o material, en relación con la que anteriormente existía entre aquellas. Vid. GRILLO LONGORIA, Rafael: "Derecho procesal civil. Teoría general del proceso civil", Tomo II, Editorial Félix Varela, Primera Reimpresión, La Habana, 2006, pp. 98-99.

[34] Dentro de esta fase encontraremos autores de la altura de CARNELUTTI que considera se pueda manifestar el principio de conciliación, sin embargo hay quienes se abstienen de reconocerlo por romper con el carácter público de los procesos penales. No obstante compartimos la opinión de este ilustre catedrático, si consideramos que el proceso de ejecución de daños e indemnización de perjuicios, a pesar de poder reconocerse dentro de la Ley de Procedimiento Penal, como un específico procedimiento, es de mero trámite administrativo, pues el juez de manera coercitiva aplicando la normativa civil ante estos casos dará cumplimiento a lo estipulado en la sentencia.

[35] El Derecho Penal puede ser un espacio también para la concordia, y no solamente para el conflicto, si se reflexionara un poco más profundamente sobre la falta de mecanismos legales que puedan dar sentido de normalidad a la reparación. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; Santiago, CAVANILLAS MUGICA; Emilio De Llera, SUÁREZ-BARCENA: "La responsabilidad civil ex delito", Editorial Aranzadi, S.A, 2002, p. 31.

El Principio de seguridad jurídica[36]: Es considerado un principio universal, reconocido por el Derecho, que por su certeza práctica sin dudas representa la seguridad con que cuentan los ciudadanos. La seguridad jurídica es considerada como la garantía que el Estado le brinda a los individuos, sobre los bienes que presentan relevancia jurídica, que no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados protección y reparación por la sociedad.

La seguridad jurídica es por tanto, la certeza[37] que tiene la sociedad de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y establecidos previamente.

Este principio presenta íntima conexión con el de la certeza del Derecho, de forma que para que la norma jurídica pueda ser observada y aplicada por sus destinatarios, el ciudadano tiene que tener la posibilidad de conocer cuáles son las consecuencias jurídicas que conllevan la realización de sus propios actos analizados de manera objetiva al amparo de lo regulado, sin caer en dobles sentidos de interpretación. Es la expectativa razonablemente fundada del ciudadano basada en la actuación del poder en la aplicación del Derecho.

El progreso puede provocar determinados cambios que motiven una modificación legislativa, sin embargo, esta no puede vulnerar ni la permanencia del Derecho ni transferir inseguridad jurídica, los cambios normativos deben pronunciarse garantizando el principio de legalidad y estructurando un andamiaje de mecanismos que logren reparar, en su caso, los perjuicios y daños que se puedan provocar derivados de las relaciones jurídicas ocasionadas en una sociedad determinada. Esta cuestión ha tocado fondo en nuestro país a raíz de las modificaciones que se implementaron mediante el Decreto- Ley 175 del año 1997, lo cual produjo un estado de inseguridad jurídica, que no ha sido resuelto. La seguridad jurídica es un postulado de muy amplia proyección, que informa todo el ordenamiento jurídico.

La seguridad jurídica[38], se amenaza en dependencia de dos situaciones que se pueden presentar, por un lado, incorrecta aplicación de

[36] Presupuesto natural del método de estudio del Derecho Penal, que afecta a la realidad de su vigencia y a la certeza del proceso. Ídem, p. 29

[37] Los ciudadanos tienen que tener una razonable certeza en torno a las condiciones que se precisan para que un proceso penal por delito nazca y sobre cuáles son los modos de conclusión de ese proceso. Ibídem, p. 29.

[38] El principio de seguridad jurídica se encuentra en estrecho vínculo con el de legalidad, que comparte con aquel, una misma finalidad y fundamento, siendo uno de sus aspectos fundamentales el que todos, tanto los poderes públicos como los sujetos de derecho, sepan a qué atenerse, lo que implica en el ámbito del Derecho sancionador estatal, no razonable, consiguientemente, que

la técnica normativa y por otro la inestabilidad del ordenamiento jurídico. Se debe implementar algún mecanismo que proteja a los sujetos de derecho, ante el caso de derogaciones o modificaciones parciales de alguna normativa que perjudique la defensa jurídica, así como el estado de vulneración que provoque indefensión y falta de confianza.

El Principio de igualdad ante la ley, se considera un aspecto fundamental para valorar el alcance de la ley y su aplicación a todos los implicados al producirse un hecho delictivo. La imposibilidad de ejecutar lo establecido en la sentencia vulnera el derecho del perjudicado de lograr la satisfacción de la obligación contraída por el deudor.

Hay que sumar, a la situación existente, la falta en gran medida del rigor técnico que deba existir en cuanto a la materialización de la ejecución, cuestión que se agudiza actualmente en cuanto al pronunciamiento que se realiza en las sentencias penales sobre esta institución, aún y cuando los jueces conocen sobre la inexistencia de un órgano intermediario o ejecutor de la responsabilidad civil; sin existir proyección hacia la búsqueda de soluciones para su aplicación. Todo esto conlleva como resultado práctico que el perjudicado se encuentre ante un desamparo en materia de ejecución, ya sea teniendo en cuenta la duración, como la forma de cumplirse ésta, limitaciones que atentan contra el principio de protección a la víctima.

La idea de objetividad, compaginada con las ideas de eficacia y de sometimiento a la ley que exige un tema como este, debe conducir al legislador a la obligación de proteger los derechos del perjudicado y a conocer con certeza en qué se va a traducir en la práctica la ejecución de la obligación contraída sobre la indemnización de los perjuicios y la reparación material de los daños.

El Principio de protección a la víctima[39], es uno de los postulados que se enarbolan, hoy en día dentro de la doctrina criminológica, penal

---

los ciudadanos en particular no sepan con certeza el límite de cumplimiento máximo en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, ni las circunstancias durante el iter de su ejecución, máxime si ese ciudadano es además el directamente afectado por la actividad delictiva, la víctima, lo cual puede llegar a socavar la certeza del Derecho y la confianza de la sociedad en el mismo y empeñar el mismo valor de la justicia. Vid. INSTAN BURÓN, Javier: "El principio constitucional de seguridad jurídica. Su posible desconocimiento por el actual sistema de ejecución penal", Editorial Actualidad Jurídica Arazandi, No. 173, Madrid, 2008, p. 4.

[39] El principio de protección a la víctima, debe añadirse, dentro de la Ley de Procedimiento Penal, el cual debe ser desarrollado a tono con las nuevas tendencias que propugnan una mayor presencia y acción de estos sujetos en el proceso penal. Vid. BODES TORRES, Jorge: "Sistema de justicia y procedimiento penal en Cuba", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2001, p. 55.

y procesal de los estados democráticos de derecho[40]; las Naciones Unidas con posterioridad a la segunda guerra mundial, dejan establecida la clasificación a la cual se subdivide esta categoría[41].

Dentro de los elementos fundamentales que rigen el principio de protección a las víctimas podemos encontrar:

- Ser informado directa y oportunamente de los derechos que en su favor se establecen.
- Recibir asesoría jurídica gratuita desde el inicio de la averiguación previa para lograr la defensa de sus intereses.
- Recibir por ocasión de la comisión del delito, atención médica, psicológica o psiquiátrica en dependencia que lo requiera.
- Obtener la reparación del daño o indemnización de los perjuicios en caso que proceda.
- Que la autoridad investigadora o jurisdiccional tome medidas cautelares o asegurativas, que logren materializar la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito.
- En dependencia del modelo que se siga por la legislación procesal interna en el ejercicio de la acción civil, podrá participar como acusador privado, conjuntamente con el Ministerio Público en el proceso penal y en los términos previstos en la normativa; o colaborar como testigo si así lo dispone el Ministerio Público.
- Ser informado por la autoridad investigadora, de las actuaciones y del estado que guarde la averiguación previa o el proceso penal correspondiente.
- Estar presente en el desarrollo de los actos y diligencias en que intervenga el inculpado o su defensor.

El Estado se atribuye la intervención penal en aras del interés público, representado por la definición estatal de las conductas prohibidas

[40] Existen ya diferentes Estados que reconocen una normativa específica en cuanto a los derechos y garantías, que se le reconocen a las víctimas de los delitos, así podemos citar la Ley de atención y protección a las víctimas del Estado de bajo California, de fecha 22 de agosto de 2003, reformado por Decreto No. 247 de 27 de octubre de 2006; ley que parte de los requisitos y principios que se encuentran regulados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como lo estipulado en el artículo 35 del Código Penal.

[41] Se aclara la división por la que atraviesa la víctima, teniendo en cuenta a las víctimas de los delitos y a las de abuso de poder, entendiendo por víctima en sentido amplio, a la persona que conforme a la ley tenga derecho a la reparación del daño o a exigir la responsabilidad civil derivada del delito. Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: "Victimología", Editorial Porrúa, 8va Edición, México, 2003, pp. 65- 67.

penalmente y por la facultad decisoria de la pretensión penal a cargo de un órgano jurisdiccional del Estado.

La persecución estatal excluyó a la víctima del conflicto penal, atribuyendo en gran parte al Ministerio Fiscal[42] en representación de sus intereses; el discurso jurídico que es utilizado dentro de la doctrina es el simulacro creado en cuanto a la contienda que se manifiesta dentro del juicio oral entre las partes, las cuales estarán representadas, lo que evita enfrentamientos personales. La exclusión de la víctima es tan completa que se afirma que la decisión determinante, cuando un individuo ha sido lesionado, es un juicio objetivo y externo a ese individuo, que se formula sin tener en cuenta su opinión.

El fiscal debe asesorar a las víctimas sobre sus derechos y sobre todas las posibilidades que la ley contemple para la satisfacción de sus intereses, por ser el pleno representante estatal de sus derechos y garantías; esta tarea, que en ocasiones por su poca práctica, se considera secundaria, es en realidad fundamental en este marco que reconoce a los individuos como sujetos y no como meros instrumentos del sistema. Frente al fenómeno generalizado del desconocimiento del derecho, esta función se torna primordial, en cuanto a reconocer con la pretensión no solo a la víctima como sujeto de derechos, sino también posibilitar el ejercicio efectivo de sus derechos.

La decisión del Estado de acceder a la persecución de oficio de los delitos implica la intervención de órganos estatales. Este interés público, se somete ante la gravedad del hecho y el temor a la venganza privada que serán los fundamentos de tal intervención[43].

A través de mecanismos de reparación, no solo se logra el fin de protección del autor del hecho punible, sino también se atienden los intereses de la víctima que, en muchos casos, puede preferir la solución reparatoria. En este sentido, se sostiene por la doctrina alemana que, en un Derecho Penal entre libres e iguales, la reparación debe ser la sanción primera, la terminación del conflicto por reparación del daño e indemnización de perjuicios, el procedimiento preferido[44].

[42] Si el fin que justifica la existencia del Derecho Penal es la protección de la convivencia social, y además la protección del autor del delito, el titular de la acción penal debe ser el ofendido. Un sistema penal concreto que opere dentro de este marco de justificación le asigna la representación de todos y, sin embargo, actúa como el representante de nadie; la única forma de asegurar el fin del Derecho Penal consiste en otorgar la titularidad de la acción a la víctima. Ídem, pp. 25 a la 48.

[43] Vid. Baumann, J.: "Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales", Trad. De Finzi, C. A., Desalma, Buenos Aires, 1986, pp. 42- 48.

[44] Vid. Roxin, Claus: Op. cit., p. 141.

No llevar a vías de hecho el cumplimiento y la satisfacción del perjudicado civilmente por los daños y perjuicios derivados del ilícito penal ha contribuido a deteriorar la credibilidad del funcionamiento del Sistema Jurídico Penal; por tanto, es menester proporcionar los instrumentos legales y prácticos que brinden efectividad a la institución en estudio, debe existir una respuesta jurisdiccional a los conflictos de los cuales conocieron, de esta manera se ve la protección estatal a la víctima y la seguridad jurídica, así como la verdadera efectivización de derechos individuales y sociales, esto implica la certeza y garantía de una tutela judicial efectiva, por lo tanto, tenemos que lograr un verdadero alcance y funcionamiento ejecutor en este segmento y no crear falsas expectativas al establecer un pronunciamiento en la sentencia penal sobre la exigencia de responsabilidad civil derivada del delito, que solo provoque una efímera ilusión al no proceder su ejecución provoca una falta eficientista de tales pretensiones.

Lo que pretendemos es dar una respuesta actualizada, integral, coherente y eficiente al fenómeno, teniendo en cuenta una cosmovisión integradora de la institución que permita orientar, cumplimentar y ejecutar en el campo de la responsabilidad civil *ex delito.*

CONCLUSIONES

El artículo 275 de la Ley de Procedimiento Penal en Cuba, establece como principio general acumular la acción penal y civil dentro del proceso penal, posibilita legitimación al fiscal para el ejercicio conjunto de ambas acciones, la civil y la penal, dentro de un mismo proceso.

La exclusión de la persona jurídica del radio de acción de la Caja de Resarcimientos conllevó a un vacío legislativo y a un estado de indefensión de este sujeto al no poder lograr que se ejecute a su favor la responsabilidad civil derivada del delito.

La situación particular que tienen las personas jurídicas en el ámbito teórico normativo y práctico, en cuanto al cobro de la responsabilidad jurídica civil derivada del delito, evidencia la necesidad de fundamentar un modelo de procedimiento para la indemnización de perjuicios y reparación de daños, teniendo en cuenta:

- La ejecución de la resolución judicial emitida por el órgano jurisdiccional en materia penal debe proceder en cualquier delito, sin que sea preciso valorar el marco sancionador o las cualidades personales del autor como requisitos imprescindibles en las soluciones parciales que se han introducido en el ordenamiento jurídico cubano, teniendo en cuenta los diferentes mecanismos a los que se ha hecho referencia.

La ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito, debe llevarse a vías de hecho después que la sentencia sea firme y debe ser ejecutada por el juez de ejecución de la pena, brindándole al fenómeno una respuesta efectiva y rápida.

Dentro del procedimiento debe ponerse en práctica un grupo de principios, tales como:

- Principio de conciliación
- Principio de seguridad jurídica
- Principio de igualdad anta la ley
- Principio de protección a la víctima

RECOMENDACIONES

Existen respuestas fragmentadas al fenómeno, ya sea mediante la institución del seguro, o de la utilización nuevamente de la figura del tercero civil responsable, pero es necesario crear un procedimiento genérico ante cualquier manifestación delictiva, del cual se genere responsabilidad civil derivada del delito, que logre un eficaz funcionamiento ejecutor en este segmento, con un alcance seguro y rápido.

Los tribunales populares deben superar los problemas metodológicos, y elevar el principio de judicialidad, consagrando las facultades judiciales en cuanto a la determinación, ejecución y control de todo lo pronunciado en la sentencia y que ha sido de su competencia.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: "*Capítulo criminológico*", Revista de las disciplinas del control social, Vol. 36, No. 1, Enero- Marzo, Venezuela, 2008.

_____: "*Derecho civil parte general*", Coord. Caridad del Carmen Valdés Díaz, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

_____: "*Derecho*", órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 52, Lima, diciembre de 1998 a abril de 1999.

_____: "*Descripción de la persona jurídica*", en Legal express, Año 3, N° 26, Lima, febrero del 2003.

_____: "*La irrealidad del artículo 78° del Código Civil*", en Gaceta Jurídica, Tomo 51, Lima, febrero de 1998, www.indret.com Consulta realizada el 20 de enero de 2009 11:00 AM.

_____: "*La ley*", en Actualidad, Año LXII, N° 89, Buenos Aires, 15 de mayo del 2003.

_____: "*La mentira ¿es sujeto de derecho?*", en Gaceta Jurídica, Año 2, N° 24, Lima, diciembre del 2002.

_____: "*La persona jurídica ¿es distinta de sus miembros?*", en Gaceta Jurídica, Tomo 50, Lima, enero de 1998.

_____: "*Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*", coord. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

ABALOS, RAÚL W.: "*Derecho procesal penal*", Tomo II, Ediciones Jurídicas Cuyo, Chile, 1993.

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: "*Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*", Editorial Palestra, Lima, Perú, 2003.

ACOSTA SÁNCHEZ, ISABEL: "*La persona jurídica víctima en el proceso penal cubano. Su regulación*", tesis presentada para optar por el título de Especialista en Derecho Penal, La Habana, 2007.

ALASTUEY DOBÓN, M. C.: "*La reparación a la víctima en el marco de las reparaciones legales*", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO: "*Ensayo de derecho procesal*", Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944.

ARCIANDÍA GONZÁLEZ, PEDRO: "*Tratamiento procesal de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores tras la reforma de reflexiones a la luz de la circular de la Fiscalía general del Estado*", s. E.d., España, 2007.

ARRANZ CASTILLERO, VICENTE JULIO: "*Cuestiones teóricas generales sobre la prueba en el proceso penal cubano*", Tesis presentada para optar por el grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, Cuba, 2004.

ASENCIO CANTISÁN, HERIBERTO: "*La individualización de la pena*", en La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil, Reforma Penal Internacional, La Habana, julio del 2006.

ÁVILA ORTIZ, F.: "*Comentarios al artículo 17 del código procesal*", en Código procesal comentado, Honduras, 2000.

BANACLOCHE PALAO, J.: "*Las líneas generales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*", en Tribunales de Justicia, 2000.

BARBOSA CASTILLO, GERARDO: "*Principales transformaciones del derecho procesal penal, un análisis estructural*", 1ra Edición, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D. C., 2006.

BARONA VILAR, SILVIA: "*Líneas generales y principios configuradores de la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil*", en revista de Derecho Universal de Valencia Estudio General, No. 1, Septiembre 2002.

BARRELL MADRID, RAFAEL: "*Responsabilidad patrimonial del estado en Venezuela*", segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Civil, en los umbrales del tercer milenio, Argentina, agosto de 2001.

BERISTAIN, A.: "*Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro*", en Las víctimas en el Proceso Penal, Consejo General del Poder Judicial y Departamento de Justicia, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Servicio General de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria- Gsteiz, 2000.

BIDART CAMPOS, J.: "*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*", Tomo I, Editorial EDIAR, nueva edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, 2000.

BODES TORRES, JORGE: "*Sistema de justicia y procedimiento penal en Cuba*", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2001.

GÁLVEZ PUEBLA, IRACEMA: "Ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito. La persona jurídica como perjudicada", Colección Jurídica No. 44 (enero-abril 2009), edición electrónica de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

_____: "*Una mirada internacional a la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito*", en Revista Jurídica Electrónica, vLex Internacional, No. 4, Enero 2009, http://vlex.com/vid/67800965

GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS ALADINO: "*La reparación civil en el proceso penal*", Editorial Idemnsa, 2da edición, Lima, 2005.

GOITE PIERRE, MAYDA Y MEDINA CUENCA, ARNEL: "*Selección de lecturas de derecho penal general*", Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

GOITE PIERRE, MAYDA: "Delitos contra los derechos patrimoniales", Tomo II, en GOITE PIERRE, Mayda (Coordinadora), *et al* Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

_____: "*La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal*"**,** en Revista Cubana de Derecho, No. 14, julio-diciembre, 1999.

_____: "*La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*", Tesis presentada para optar por el grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002.

FUENTES LEGALES

Acuerdo 330 de 28 de diciembre del año 1999, Dictamen 390 de 28 de diciembre del año 1999, emitidos por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo 335 de 11 de mayo de 1964, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo 363 de 18 de septiembre de 1967, que modifica el acuerdo 355 de 1964, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo 390 de 28 de diciembre de 1999; Dictamen No. 246 de 1986, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo 415 de 1ro de junio de 1964, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo No. 126, Dictamen No. 198 de 2 de agosto de 1984, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo No. 353 de 1994 emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Acuerdo No. 37 de 27 de enero de 1981, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Circular No. 11 de 18 de marzo de 1982 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Código Civil y Leyes Civiles Cubanas, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.

Decreto 2076 de 19 de junio de 1958, publicado en la Gaceta Ordinaria 141 de 23 de julio de 1958.

Decreto 379 de 18 de febrero de 1939.

Decreto-Ley 175 de 17 de junio de 1997, publicado en la Gaceta Extraordinaria No. 6 de 26 de junio de 1997.

Decreto-Ley No. 151, “Modificativo de la Ley de Procedimiento Penal”, de 10 de junio de 1994, publicado en la Gaceta Extraordinaria No. 6 de 10 de junio de 1994.

Decreto-Ley 47 del 1ro de septiembre de 1981, publicado en la Gaceta Extraordinaria de 29 de septiembre de 1981.

Dictamen No. 343, Acuerdo No. 12 de 22 de febrero de 1993, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Dictamen No. 79 de 1979 y 338 de 1993, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Instrucción No. 104 de 16 de febrero de 1982, modificado por el Acuerdo No. 3 de 13 de enero 1987, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

Instrucción No. 109 de 27 de abril de 1983, emitido por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 19 de octubre de 1888.

Ley No. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de la República de Cuba.

Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal de 13 de agosto de 1977.

Ley 597 de 7 de octubre de 1959, publicada en la Gaceta Extraordinaria No. 47 de 13 de octubre de 1959.

Ley de Procedimiento Penal Colombiana, Ley 600 del año 2000.

Ley Decreto 1178 de 13 de noviembre, publicada en la Gaceta Oficial 267 de 1953.

Ley Decreto 1258 de 1959.

Ley Decreto 1870 de 22 de diciembre de 1954, publicada en la Gaceta Ordinaria 303 del año 1954.

Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999, nuevo Código de Procedimiento Penal de Bolivia.

Ley No. 62 de 1987, Código Penal de la República de Cuba, Gaceta Oficial No. 3 de 30 de diciembre de 1987, edición especial.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal Español en relación con la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal Español.

DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: REFLEXIONES SOCIO-JURÍDICAS DERIVADAS DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

Discrimination and violence against the woman: Partner-legal reflections derived from scientific

MSc. Silvia E. García Méndez
Profesora e Investigadora Auxiliar
Centro de Investigaciones Jurídicas

MSc. Ana E. Audivert Coello
Directora de Divulgación
Ministerio de Justicia

Resumen

Los resultados de este trabajo se obtuvieron con el análisis de 13 investigaciones científicas en las que se aplicaron diversas técnicas a 1242 mujeres y hombres víctimas o victimarios de violencia y 200 especialistas o expertos que de una u otra forma se vinculan a esta temática.

La información obtenida demuestra la existencia de una cultura patriarcal a nivel social que actúa como estímulo para que se produzcan algunas manifestaciones de discriminación contra la mujer; subsisten en las personas a nivel de sus ideas, opiniones, conceptos y formas de comportamiento estereotipadas que responden a tradiciones, costumbres y modelos socialmente establecidos, propiciando que se brinden opiniones, criterios, se asuma una actitud o comportamiento que perjudica, denigra, humilla o lesiona los derechos de una mujer, solo por pertenecer al sexo femenino; siendo ejemplos de ello la concepción de víctima-provocadora, la poca atención que se brinda ante una denuncia por maltratos de la pareja y el rol asignado, impuesto y valorado, a lo largo de la historia, como de obligatorio cumplimiento de madre-abnegada, esposa-sumisa, cuidadora de enfermos y trabajadora doméstica. A lo anterior, se suman la existencia de insuficiencias y vacíos legislativos que se evidencian fundamentalmente en la ausencia de artículos que contemplen expresión de tipo legal que implique un tratamiento especial al fenómeno de la violencia y la discriminación contra la mujer, la ausencia de lenguaje de género y la desactualización existente, de acuerdo a la realidad cubana de hoy, que favorece consciente o inconscientemente la aplicación de reglamentaciones que discriminan directa o indirectamente a la mujer.

Summary

The results of this work obtained with the analysis of 13 scientific researches in which 1242 women techniques to and man were applied to diverse victims or aggressor of violence and 200 specialists or experts who of one or another form tie to this thematic one.

The obtained data demonstrates the existence of a patriarchal culture to social level that acts as I stimulate so that the discrimination against the woman is pronounced; it subsists in the people at level of his ideas, opinions, concepts and stereotyped forms of behavior that respond to traditions, customs and models socially established, causing that offer opinions, judgement, assume an attitude or behavior that harm, discredits, denigrates, humiliates or injures the rights of a woman, only to belong to feminine sex; being examples of it the conception of victim-provoker, the little attention that offers before a denunciation by abuses of the pair and the assigned, tax and valued roll, throughout history, like of obligatory mother-self-sacrificing, wife-submissive fulfillment of, nursemaid of patients and domestic worker. Added to the previous thing, the legislative existence of insufficiencies and emptiness's that are demonstrated fundamentally in the article absence that contemplates expression of legal type that implies a special treatment to the phenomenon of the violence and the discrimination against the woman, the absence of sort language and the existing not upgrade, according to the Cuban reality of today, unconsciously favors conscious or the application of regulations that discriminate direct or indirectly to the woman.

Palabras Clave

Discriminación directa, discriminación indirecta, patriarcado, sexismo, víctima, maltratador.

Key Words

Direct discrimination, indirect discrimination, patriarch, sexism, victim, maltreatment.

INTRODUCCIÓN

En Cuba, la importancia de garantizar la igualdad de derechos y oportunidades a las mujeres, ha propiciado la creación de un andamiaje jurídico y políticas sociales esenciales, capaces de dar respuesta a las posibles violaciones de la legalidad que se presenten en el tema de la discriminación; inclusive los textos normativos no se limitan a formular el derecho a la igualdad, sino que en ellos se consagra el rechazo o la prohibición de discriminación en cuanto a sexo, origen nacional y social, color de la piel y raza, como queda plasmado en la Constitución de la República de Cuba (1992).

Sin embargo, la persistencia de actitudes patriarcales en la sociedad que se manifiestan en la esfera familiar y social, posibilitan la existencia de casos de subordinación de la mujer con respecto al hombre, colocándolas en posición discriminatoria y el derecho de última ratio (Derecho Penal), no recoge en detalle este fenómeno como tal, lo que hace que puedan estar presentes elementos que incidan en la presencia de discriminación en sus formas de manifestación directa e indirecta.

La discriminación directa existe cuando la legislación, la reglamentación o la práctica cita explícitamente un motivo específico, como el sexo, la raza, etc. para negar la igualdad de oportunidades (Organización Internacional del Trabajo. OIT. 1996-2003) y puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido.

La discriminación indirecta se da cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueden ocasionar una desventaja a personas por motivos de género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; a no ser que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima (Por la diversidad. Contra la discriminación www.stop-discrimination.info). Se considera, además, su presencia para esta investigación, cuando aún sin estar consignado en ninguna norma, pero como resultado de ideas, prejuicios y estereotipos establecidos; se brindan opiniones, criterios, se asume una actitud o un comportamiento que perjudica, demerita, denigra, humilla o lesiona los derechos de una mujer, solo por pertenecer al sexo femenino.

El tema de la discriminación hacia la mujer, en particular en el sector jurídico, no ha sido un tópico que destaque producto de estudios e investigaciones realizadas en el país, o al menos no se ha contado en el marco de este trabajo con información científica que así lo avale, inclusive las estadísticas que se manejan no permiten obtener toda la claridad sobre el asunto, ni se constata información alguna sobre persona sancionada como sujeto de dicha conducta, aunque tal posibilidad no se excluye.

No obstante, en la práctica cotidiana y en las investigaciones realizadas sobre la violencia contra la mujer, se puede hacer referencia a la presencia de este tipo de fenómeno discriminatorio en la medida que persisten a nivel social viejos hábitos de pensar y actuar en numerosas personas, lo que implica entre otros aspectos, un paralelismo entre hombres y mujeres en tanto espacio público y privado, «el primero asignado fundamentalmente a los hombres y el segundo y secundario a las mujeres» (Flochova, M. y Madrigal, M. E. 1996).

Esta concepción que se sustenta, en muchos casos, a través de valores, métodos de crianza y mitos que orientan la conducta a seguir y que implica consciente o inconscientemente una forma de discriminación, está implícita en la justificación y minimización de los comportamientos violentos, en la cotidianidad de los mismos y en la subvaloración del rol de la mujer en la sociedad; incluido en ello el trabajo doméstico históricamente asignado a las féminas y sobre el que se conforma y consolida la familia, aunque no ha sido remunerado ni reconocido en su justo valor.

La Revolución desde el primer momento se planteó como principio y propósito esencial el logro de la igualdad de la mujer y desde la creación de la Federación de Mujeres Cubanas hasta la actualidad, el trabajo desarrollado ha tenido y mantiene como objetivo esencial llevar adelante esta batalla.

La mujer ha logrado demostrar a lo largo de todas las etapas del desarrollo social su valía como ser independiente, racional, inteligente y capaz de lograr todo lo que se proponga, pues su resistencia, tenacidad y perseverancia son infinitas, sin embargo, la lucha por el pleno ejercicio de sus derechos ha sido una tarea compleja y no concluida; el camino es largo y laborioso, el androcentrismo, las tradiciones y las costumbres limitan su avance; no obstante con la voluntad política del Partido, del Gobierno, el trabajo de la Federación de Mujeres Cubanas, las organizaciones de masas y la participación de las mujeres y de los hombres, se sigue avanzando.

Aproximarse en el sector jurídico al conocimiento de la situación actual que se confronta en el país sobre el fenómeno de la discriminación contra la mujer, tanto en el entorno social, como a nivel normativo e institucional constituye una prioridad; es el punto de partida de este trabajo que con una connotación exploratoria y descriptiva , pretende realizar un diagnóstico en atención a las referencias científicas con que se cuenta, sin embargo la perspectiva debe ser continuar profundizando en la temática, con vistas a conocer cada día más sobre la diversidad de aspectos que integran este fenómeno y brindar información científica que posibilite un trabajo cohesionado de todos, para lograr cambios sustanciales al respecto.

El tema de la discriminación de la mujer, no puede tratarse sólo desde el punto de vista jurídico-formal, sino que exige además un enfoque sociológico, respecto a las posibilidades de realización de los derechos y facultades, por tanto la existencia de un conjunto de condiciones objetivas que aseguren el ejercicio de esos derechos y facultades y que permitan la defensa de los mismos en caso de amenaza o violación, garantiza la inviolabilidad de las leyes, el control de la constitucionalidad y la legalidad de las decisiones judiciales o administrativas; lo que asegura que la interpretación, tanto en su sentido como en su alcance, no haya obviado el principio de igualdad o no haya generado trato desigual, preservando lo establecido constitucionalmente.

La Constitución cubana vigente dedicó un capítulo en especial a la igualdad como principio básico y fundamental, refiriendo de manera taxativa diversas formas de manifestación de esa igualdad, tanto en las relaciones familiares, como en las relaciones políticas que establece el Estado, la esfera laboral y la política electoral; perfeccionándose de manera relevante el concepto de igualdad de género.

La no discriminación en el ordenamiento cubano se manifiesta en el reconocimiento de la igualdad entre los seres humanos en diferentes esferas de la vida social y el desconocimiento de la igualdad; consecuentemente, la violación del principio de la no discriminación, tiene en el ordenamiento cubano su sanción.

El principio de no discriminación no es absoluto. Se admite la diferenciación -que la doctrina llama discriminación positiva o acción afirmativa- sólo cuando aquellas medidas transitorias, que ofrecen trato desigual, se adoptan para proteger, lograr la igualdad de trato y derechos, así como promover el desarrollo de determinados y específicos sectores poblacionales que han estado comúnmente limitados. En tal sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) refiere la existencia de medidas especiales de carácter temporal que permiten asegurar una atención diferente, pero no discriminatoria a las féminas y la Organización de las Naciones Unidas, que a través de los Congresos de Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente, en la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, en la Comisión de los Derechos Humanos y en las Conferencias Internacionales llevadas a efecto, ha desarrollado de forma prioritaria el tema de la Discriminación y Violencia Contra la Mujer (García, S. 2000) .

Los Estados, Gobiernos, instituciones y organizaciones demuestran interés en relación con la temática, pero legitimar todos los derechos de los seres humanos ha sido y sigue siendo una tarea compleja y lograrlo en el caso de las mujeres se hace aún más difícil, pues la viola-

ción reiterada de sus derechos ha sido invisibilizada por la histórica posición secundaria y subordinada que desde el surgimiento del patriarcado se ha asignado a las mismas.

Este fenómeno de la discriminación, donde la violencia y los malos tratos tienen primacía, está presente desde las épocas más remotas de la cultura humana y es universal, pues mujeres del mundo entero con independencia del grado cultural, nivel económico, posición social o ideología, lo han padecido o aún lo padecen, indicando los altos estimados existentes a escala internacional que la cifra de afectación oscila entre una de cada tres mujeres, aún cuando los datos que revelan estas situaciones constituyan solo la punta del iceberg, pues son muchas las féminas que por desconocimiento, miedo o dependencia no denuncian estos hechos (García, S. 2004).

La mujer cubana, en todas las épocas, ha desarrollado papeles protagónicos que la han hecho merecedora de prestigio y reconocimiento social. En las Guerras de Independencia, durante la celebración de la Asamblea de Guáimaro, Ana Betancourt rompiendo las barreras de su tiempo, reclamó el derecho de la mujer a ser liberada de la esclavitud, que no era de raza ni de cuna, sino de sexo (Díaz, E. 1997).

Durante la República, las mujeres realizaron manifestaciones y acciones en contra de los gobiernos de turno, pero además, se crearon movimientos feministas exigiendo, entre otras demandas, el derecho al voto, a la patria potestad y al divorcio.

En la lucha contra la dictadura batistiana, tanto en el clandestinaje como en la Sierra Maestra, fueron numerosas las mujeres que participaron en acciones armadas, sabotajes, distribución de propaganda y como enlaces o mensajeras entre otras actividades; sufriendo detención, tortura y muerte por defender los ideales revolucionarios; sin embargo, el espacio público continuó en manos del poder masculino, el androcentrismo predominante no permitió a la mujer desterrar de su vida la posición subordinada transmitida generacionalmente (García, S. 2004).

De hecho, antes de 1959, las mujeres realizaban tareas de escasa relevancia social y poco calificadas; generalmente eran empleadas domésticas o de pequeños comercios familiares y secretarias o maestras, en el mejor de los casos; siendo víctimas de la alta tasa de desempleo. Según un censo de población realizado durante 1953, la mujer sólo constituía el 12 por ciento de la fuerza laboral del país, que incluía las que recibían paga y las que no la recibían.

A partir del triunfo de la Revolución y con la activa participación de la FMC, la situación comienza a cambiar y las mujeres se insertan a la

vida socioeconómica de la nación en todos los frentes: educación, defensa, salud, empleo y programas dirigidos a proporcionarles el pleno ejercicio de sus derechos de igualdad de género, siendo notable el crecimiento de la población femenina económicamente activa en todos estos años.

Estos avances, no implican la solución de todos los problemas en relación con el fenómeno de la discriminación y la violencia contra la mujer, pero constituyen un salto cualitativo que incide en los patrones comportamentales y las concepciones tradicionales existentes hasta entonces; no obstante, la existencia de ciertas manifestaciones culturales, conceptuales y conductuales basadas en condicionantes objetivas y subjetivas, dificultan la realización o el cumplimiento de los derechos y facultades de las mujeres, pudiéndose señalar entre ellas:

Sociofamiliares: Se refiere a los patrones culturales predominantes en buena parte de la sociedad que hacen prevalecer en muchas familias el concepto de que las tareas domésticas, el cuidado y atención de los hijos, enfermos y ancianos corresponden únicamente a las mujeres. Esas concepciones no han cambiado en la misma magnitud que la función social actual de la mujer, aun cuando económicamente esta sea proveedora importante dentro de la familia. De hecho, son muchas las mujeres que con su aporte económico logran la satisfacción de necesidades dentro del hogar, pero no por ello se ha obtenido que se comparta la vida en dicho espacio, ni que reciban el reconocimiento y el apoyo de sus parejas, padres o hijos en las actividades domésticas o de realización personal, limitándose así sus posibilidades de participación y desarrollo en actividades de superación profesional, recreativas, deportivas y cargos de dirección.

Culturales: La igualdad de las oportunidades en el acceso a la educación es un factor decisivo en la reducción de la desigualdad entre sexos, la mujer recibe igual instrucción que el hombre, pero existen manifestaciones de una educación cultural sexista que fomenta diferencias entre los sexos, siempre en detrimento de las féminas.

En la educación que se trasmite de generación en generación y que continúa vigente en muchas familias, se mantiene un modelo tradicional de distribución de tareas domésticas con prototipos diferenciados, uno de maternidad, de abnegación y sacrificio y otro de supremacía de la figura masculina. Las responsabilidades domésticas, la educación de los hijos y el cuidado de enfermos, siguen siendo valorados y asumidos por muchos como condiciones innatas y exclusivas para el sexo femenino, «doble presencia» (trabajo-hogar), aun cuando estas actividades limiten la incorporación y la permanencia de las mujeres en actividades laborales.

En el caso de los hombres, el modelo es diferente, la paternidad tiene un carácter periférico, este puede o no participar en las actividades directamente vinculadas a la escuela y la enseñanza de los hijos, pero además, también es selectiva la colaboración en las tareas del hogar, por tanto no necesariamente interiorizan como suyas ninguna de estas acciones.

Estas diferencias que propician la sobrecarga de tensiones de las mujeres, en muchas ocasiones es causa de conflictos, pues sin desestimar los incidentes provocados por el machismo de los hombres, los cambios estructurales y sociales que se han dado y continúan presentándose; donde la participación de la mujer en el espacio público es significativa, no se corresponden con los patrones sexistas tradicionales existentes.

Es válido reconocer que ya hay hombres que asumen su masculinidad de manera diferente en la vida familiar, de hecho desde finales de la década del 90 del siglo XX, las licenciadas Carolina Aguilar, Perla Popowski y Mercedes Verdeses, del Grupo de Estudios de la Mujer, señalaron un incremento de la intervención de los restantes miembros familiares en el desempeño de la jornada doméstica, siendo más común una reflexión en las familias.

En este contexto se puede señalar como aspecto novedoso, aunque ocasional, a pesar de las posibilidades que ofrece el Decreto-Ley 234, la participación de algunos hombres en el cuidado del hijo o la hija, cuando sus compañeras reciben una remuneración superior a la de ellos por el trabajo que desempeñan.

Todavía queda mucho por andar y de hecho uno de los principales conflictos que genera discusiones y violencia en la pareja, de acuerdo a resultados investigativos de la MSc. Silvia García, coautora de este artículo, está en las exigencias que hace la mujer a su cónyuge en aras de la colaboración en tareas domésticas. Para muchos hombres estas actividades son degradantes y propias de mujeres, poniendo al descubierto la desvalorización de este trabajo -que es en última instancia quien posibilita la subsistencia de la familia como célula social fundamental de formación de nuevas generaciones- y la discriminación hacía la mujer a quien minimizan en su cotidianidad.

Económico-coyunturales: Entre las dificultades objetivas existentes se puede señalar la paralización de las construcciones de círculos infantiles por restricciones materiales en los últimos años, lo que influye en la reincorporación de jóvenes madres al trabajo.

Este problema, que aún subsiste, ha obligado a recurrir a otras alternativas dentro y fuera de la familia, en las que no pocas jubiladas o

amas de casa se dedican a cuidar niños. Pero esta alternativa no está al alcance de todos, pues los precios fijados en esta opción particular son superiores a los mínimos establecidos en los centros estatales de cuidado infantil, en los cuales se garantiza la alimentación y programas educativos impartidos por personal calificado para educar a los niños antes de su ingreso en la enseñanza primaria, lo que trae como consecuencia limitaciones para la incorporación de la mujer a la actividad laboral, la maternidad tardía y una disminución de la fecundidad que no garantiza el reemplazo poblacional. Se suman a lo anterior, las deficiencias materiales en los círculos infantiles -aun cuando son priorizados dentro de los escasos recursos financieros disponibles en el país- que originan cierres temporales de estas instalaciones, lo que repercute desfavorablemente en la estabilidad laboral de muchas madres trabajadoras.

También existen otros factores que atentan contra la actividad laboral femenina, como el matrimonio, el nacimiento del primer hijo, ser una madre sola, el embarazo y la enfermedad de un hijo o de un familiar (fenómeno que en las condiciones actuales, con el incremento de la expectativa de vida, se ha agudizado)

Un pilotaje realizado recientemente por el Instituto de Estudios e Investigaciones del Trabajo, demuestra que las diferencias de ingresos entre hombres y mujeres con iguales escalas laborales y salariales se debe, en gran medida, a situaciones similares a las antes mencionadas (Colectivo de Autores, 2007), lo que en su esencia no es atribuible a la norma sino a la construcción sociocultural sexista existente.

Todo lo expuesto es reflejo del trabajo educativo y las políticas sociales que el Estado cubano ha desarrollado a favor de la mujer con vistas a lograr una equidad de género, pero aun queda camino por recorrer y en ello los agentes socializadores como la familia, la escuela, las organizaciones de masas y sociales, las instituciones culturales y la sociedad en su conjunto, tienen que lograr una mayor intervención; ellos son los mediadores de la influencia educativa que ejerce la sociedad sobre el individuo, de forma tal que los valores, normas y costumbres que son transmitidos por estos grupos, no solo se interiorizan, sino que también se reproducen con el sello personal de cada sujeto y se transmiten al resto de la comunidad en la interacción permanente como seres sociales.

Resultados obtenidos

Primero que todo, es importante destacar que los resultados que aquí se exponen constituyen una parte del aporte de las autoras de este artículo a la investigación denominada «Expresión en Cuba del fenómeno de la discriminación directa e indirecta contra la mujer. Medidas adoptadas para prevenir, atender y sancionar los casos que se presen-

ten. Medidas especiales de carácter temporal existentes y conveniencia de aplicar otras», culminada en diciembre del 2007 por un equipo de trabajo integrado por el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General de la República, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Tribunal Supremo Popular, la Federación de Mujeres Cubanas y la Unión Nacional de Juristas de Cuba. En dicha investigación, clasificada como exploratoria-descriptiva, se utilizó como técnica principal el Análisis de Documentos para la obtención de los resultados científicos.

Para la temática que aborda el artículo, se valoraron todos los Informes de Investigaciones Científicas sobre violencia contra la mujer realizados por las investigadoras del Centro de Investigaciones Jurídicas, MSc. Silvia García y Dra. Caridad Navarrete. Además, tres Tesis de Maestría en Criminología y Derecho de Familia, con el mismo perfil, que fueron tutoradas o asesoradas por dichas investigadoras durante los años 2006 y 2007.

Como trabajos de la MSc. Silvia García Méndez se encuentran:

- Violencia Conyugal: El hombre maltratador.
- Violencia contra la mujer: Percepción social en el Consejo Popular de Belén. Municipio Habana Vieja.
- Violencia contra la mujer: Percepción social en el Municipio Habana Vieja.
- La violencia contra la mujer: Mitos y creencias.
- Una mirada a la violencia contra la mujer desde sus protagonistas.

En el caso de la Dra. Caridad Navarrete Calderón:

- Estudio exploratorio de la violencia doméstica: Detección de hogares con presencia de estos hechos.
- Violencia masculina en parejas de novios.
- Estudio comparativo de mujeres maltratadas españolas y cubanas.
- Caracterización criminológica de mujeres comisoras del delito de lesiones.
- Maltrato femenino en un Área de Salud de San Miguel del Padrón.

Las Tesis en opción del título de Máster en Criminología y Derecho de Familia fueron:

- «Mujer, víctima de violencia en la relación de pareja. ¿Denunciar o no denunciar?». Lic. Natividad Rodríguez Márquez.

- «Factores criminógenos que influyen en el asesinato de la mujer dentro de la relación de pareja. Estudio de casos». Lic. Yanet Noda Wanton.
- «La violencia contra la mujer. Su atención en el Sistema Penal.» Lic. Ana Lucía García López.

En relación con las investigaciones de la MSc. Silvia García Méndez, los resultados se apoyan en la información obtenida a través de la aplicación de entrevistas, cuestionarios y otras técnicas diversas. La muestra fue de 653 personas; 369 fueron mujeres y 284 hombres, cifra que estadísticamente no es representativa de la población del país, pero significativa en cuanto a las investigaciones sobre el tema en Cuba, sobre todo si se tiene en cuenta que 637 de los casos no conformaban entre sí una pareja, por tanto las vivencias obtenidas como víctimas o víctimarios responden al efecto causado o recibido por otras personas no entrevistadas, lo cual duplica la muestra utilizada. También en estas investigaciones, como vía de obtención de información sobre la temática se entrevistaron 50 expertos; 20 funcionarios del Gobierno, 18 médicos de familia y 12 fiscales. De forma general, los criterios de estos especialistas reflejaron desconocimiento sobre el fenómeno y necesidad de capacitación en el tema.

Como aspectos de mayor relevancia se pueden señalar:

1. El patriarcado es un sistema que confiere al hombre poder sobre la mujer apoyado en una rígida división sexual de roles que asigna para ambos sexos tareas y funciones diferentes dentro de la familia y la sociedad en perjuicio de la mujer. Este sistema que ha subsistido a lo largo de la historia de la humanidad y mantiene su vigencia, puede estar presente en cualquier país con independencia de su ubicación geográfica, el régimen político y el nivel de desarrollo educacional, cultural y social existente, lo cual en términos de salud pudiera considerarse como una pandemia, pues, aunque su período de latencia rebasa los marcos de cualquier patología, ha logrado extenderse mundialmente.

   Esta situación heredada de generación en generación fue siempre aceptada sin cuestionamientos, como si los roles que a cada sexo se le asignaron socioculturalmente fueran condiciones genéticas invariables e indiscutibles, convirtiendo de esa forma al patriarcado como el sistema ideológico social por excelencia. La violencia contra la mujer dentro de las relaciones de pareja es parte de este sistema, el hombre, como ser supremo, tiene el derecho de exigir, controlar, gobernar e

imponer sus criterios y puntos de vista, aunque para ello utilice la fuerza física, la humillación, las ofensas o la intimidación.

2. La desvalorización y subestimación de la mujer es un hecho que consciente o inconscientemente se justifica y minimiza, apoyado en el poder masculino reconocido y otorgado socialmente.

3. La ideología patriarcal que establece diferencias sustanciales de poder entre los sexos, con predominio y sobrevaloración de la figura masculina, constituye una condicionante fundamental que está presente en la educación y socialización de los hombres estudiados que ocasionan maltrato a sus parejas.

4. Una parte significativa de la población femenina estudiada, ha recibido una educación rígida e inflexible en cuanto a estereotipos diferenciados de roles de género, donde la mujer siempre ha ocupado una posición subordinada en relación con el hombre, aceptando como normal la prepotencia y la violencia masculina, justificando esta conducta e inclusive auto-responsabilizándose por ello.

5. En estas investigaciones se pone al descubierto que la mayoría de las personas sólo identifica como maltrato a la violencia física, por lo que no se reconocen como víctimas o victimarios al no haber sido objetos o sujetos de esta forma de humillación; no existe conciencia del rol que se desempeña en la relación, aun cuando esté presente otra forma de manifestación de la violencia. Esto se hace más evidente, si se tiene en cuenta que el maltrato que con mayor frecuencia aparece en todos los territorios estudiados es el psicológico; que por su sutileza no se reconoce como tal, pero produce efectos desestabilizantes y destructivos que de manera paulatina deterioran la personalidad de la víctima, quien involuciona en su actuar, desvalorizándose y perdiendo su autoestima.

6. Las denuncias realizadas por las mujeres, como mecanismo de autodefensa ante la conducta agresiva de los hombres, constituye para estos un comportamiento inesperado que atenta contra sus patrones masculinos; es como una rebelión ante lo normal y lícito socialmente, una insubordinación ante el poder androcéntrico. Esta situación, que es vista por los hombres como una agresión, en ocasiones ha incidido en el incremento de los malos tratos hacia la mujer, por lo que muchas veces estas prefieren hacer silencio para evitar nuevos conflictos, lo cual va deteriorando su autoestima e incentivando el aislamiento social y el miedo al maltratador.

7. Son numerosas las personas entrevistadas que priorizan como causas del fenómeno de la violencia contra la mujer; el masoquismo femenino («a la mujer le gusta que le peguen»), los trastornos psiquiátricos en el hombre, el bajo nivel cultural, el alcoholismo y la drogadicción (las dos últimas constituyen detonantes de los sucesos, pero no su esencia en la ocurrencia). Estas son respuestas estereotipadas que a lo largo de los años han tratado de justificar los hechos de violencia, aun sin un fundamento real que las sustente, pero que la fuerza de la costumbre y la transmisión continua de una generación a otra, ha posibilitado su permanencia en el tiempo, convirtiéndolas en mitos y creencias que condenan a miles de mujeres en el mundo.

8. La violencia contra la mujer es un fenómeno multicausal donde la ideología patriarcal, la educación sexista y la propia violencia, vivenciada en el proceso de socialización del ser humano, ocupan los roles predominantes**.**

9. En general, la población entrevistada reconoce la existencia del fenómeno de la violencia contra la mujer dentro de la sociedad, lo cual es indicador del comienzo de su visibilización, sin embargo las posiciones en cuanto a la manera de percibir y evaluar el fenómeno están divididas en tres grupos:

- El primer grupo y lamentablemente más numeroso, considera estos sucesos como cotidianos, habituales y naturales; pueden estar presentes en una relación de pareja, lo que demuestra la necesidad de sensibilizar a la población con estos hechos, fundamentar su origen, su injusticia histórica y trabajar en función de cambios en las actitudes de hombres y mujeres.

- Un segundo grupo valora estos hechos como lamentables e injustificables; son situaciones que la pareja por sí sola ya no puede resolver y que afectan a todos los miembros de la familia, lo que es indicador de la necesidad de ayuda para la búsqueda de soluciones, con vistas a disminuir o erradicar la incidencia perjudicial que estos sucesos pueden tener en la pareja y en el proceso de educación de niños y jóvenes en tanto imitación de modelos y patrones comportamentales violentos.

- Un tercer grupo reconoce en este fenómeno, un delito que lesiona a las personas y debería ser sancionado por la ley, lo que evidencia que el mismo ya rebasa el escenario privado de la familia para convertirse en público, trasciende el marco individual de la víctima para ser socialmente rechazado.

Estas opiniones demuestran la necesidad de continuar trabajando en la temática, pues el desconocimiento sobre las causas de este fenómeno y la necesidad de que todos se sensibilicen con estos perjudiciales y peligrosos sucesos, que por sus consecuencias directas o indirectas afectan a toda la sociedad sin distinción de sexo, es imprescindible.

En cuanto a los estudios científicos realizados por la Dra. Caridad Navarrete Calderón la información fue resumida en función de cada investigación. El total de casos vistos fue de 529, de los cuales 55 fueron hombres y 474 fueron mujeres, incluidas en estas últimas las 100 españolas entrevistadas.

«Estudio exploratorio de la violencia doméstica. Detección de hogares con presencia de estos hechos». A través de la participación de la Federación de Mujeres Cubanas, se conoció en el municipio Plaza de la Revolución, de cuarenta familias en las cuales fueron observados y / o registrados, maltratos hacia la esposa y los hijos por parte del padre de familia. Los resultados reflejaron la invisibilidad del fenómeno y la muy extendida representación social en cuanto a la idea de la violencia doméstica y en especial la violencia contra la mujer de que «Entre marido y mujer, nadie se debe meter».

«Violencia masculina en parejas de novios»: Se entrevistaron ambos integrantes de parejas de estudiantes de enseñanza media superior del Municipio Plaza de la Revolución. En las entrevistas realizadas a los estudiantes se conoció de manifestaciones de celos, prohibición de participar en actividades sociales e incluso en actividades de las organizaciones estudiantiles. También se constataron maltratos de palabra por parte de los varones de las parejas estudiantiles.

«Estudio comparativo de mujeres maltratadas españolas y cubanas»: Se aplicaron entrevistas, mediante una misma guía, a mujeres españolas de Granada y a cubanas de San Miguel del Padrón. Los resultados demostraron la presencia de discriminación social en mayor medida y de manera significativa en las mujeres españolas, fundamentalmente en cuanto a las ofertas de empleos realizadas, las cuales no cumplían con las necesidades y expectativas esperadas. Es de señalar que entre las mujeres españolas entrevistadas había algunas dedicadas a la prostitución, actividad que explicaban por razones de necesidad económica. Resultó muy significativa la diferencia entre el período que soportaron el maltrato dentro de la pareja las españolas y las cubanas, constatándose hasta doce años resistiendo vejaciones y humillaciones del varón por parte de las españolas mientras que, entre las cubanas, el máximo de convivencia con la pareja u hombre maltratador alcanzó cuatro años.

En estos resultados, con independencia de las concepciones patriarcales imperantes tanto en mujeres como en hombres, puede estar incidiendo la seguridad e independencia económica y social que proporciona el Estado cubano a todos sus ciudadanos, donde las mujeres tienen la posibilidad de estudiar y trabajar en busca de su sustento y el de sus hijos sin necesidad de prostituirse o soportar ofensas y maltratos durante interminables años.

«Maltrato femenino en un Área de Salud de San Miguel del Padrón»: Se aplicó una encuesta individualmente a ochenta mujeres mayores de quince años, todas atendidas en el Consultorio Médico de la Familia. Las formas de maltratos de más altas frecuencias resultaron: la prohibición de asistir o participar en actividades y el maltrato económico, incluida en ello la prohibición de trabajar asalariadamente, es decir, limitaciones en cuanto al desarrollo de comportamientos y actitudes que implican interrelaciones sociales. Las formas de maltrato psicológico más frecuentes fueron los insultos y la no prestación de ayuda en ocasión de que la mujer se encontrara enferma. Los maltratos físicos de mayor frecuencia fueron los empujones, pero la violencia sexual con agresión y críticas en el desempeño sexual y la violencia contra objetos o ecológica con destrucción de muebles y objetos personales, también estuvieron presentes. En las muchachas jóvenes que consideraron haber sido objeto de discriminación social, se pudo constatar que los distintos tipos de maltratos recibidos a lo largo de su socialización, influyeron de manera negativa en la formación de su identidad.

«Caracterización criminológica de mujeres comisoras del delito de lesiones»: La investigación se realizó con 104 comisoras de delitos por lesiones corporales que fueron juzgadas y cumplieron sanciones. Todas fueron sometidas a una encuesta y del total de mujeres, 89 declararon haber recibido diversas formas de maltrato social. También se confeccionaron las historias de vida con entrevistas en profundidad a las que se habían autoevaluado como «muy maltratadas». Los resultados indicaron que sus parejas las menospreciaban y de diversos modos las hacían sentirse disminuidas, lacerando su autoestima al considerarse socialmente inferiores a otras personas. Afirmaron haber sido discriminadas socialmente y en sus historias de vida se apreció la violencia transgeneracional sentida desde el trato recibido dentro de su hogar, en su propia familia de procedencia desde que eran niñas, diferente a cómo se reflejaba en la crianza de sus hermanos varones. En esta investigación se apreciaron autoinculpaciones de las propias mujeres por el maltrato recibido durante años de parte de sus parejas masculinas, lo que pone en evidencia cómo la ideología patriarcal está presente también en las mujeres, algunas de las cuales se consideran provocadoras de los hechos y los justifican.

En cuanto al análisis de las Tesis en opción del Título Académico de Máster se encontró:

«Mujer, víctima de violencia en la relación de pareja. ¿Denunciar o no denunciar. Se entrevistó a un total de 18 mujeres, de ellas 6 lograron hacer la denuncia en la Unidad de la PNR y 12 buscaron ayuda en la casa de Orientación de la Mujer del municipio Plaza de la Revolución. Como conclusiones de este trabajo se señalan:

1. Existencia de factores de riesgo dados por: Dependencia económica, pues aunque gran parte de las mujeres son jóvenes y tienen nivel medio de escolaridad, sólo se dedican a labores domésticas y el lugar de procedencia, ya que más de las dos terceras partes de la población estudiada pertenece a otras provincias, no cuenta con apoyo familiar en la ciudad y no quieren regresar a sus lugares de origen y abandonar al maltratador por carecer en sus provincias de procedencia de una vivienda con condiciones, de acuerdo a lo que consideran que necesitan, o haber perdido el lugar habitable que tenían, producto del tiempo que llevan fuera del lugar.
2. Problemas de vivienda como factor coadyuvante principal que incide en la ocurrencia de hechos de violencia. La lentitud burocrática en los trámites con vistas a lograr soluciones a los conflictos, la complejidad para extraer de la vivienda a una persona con la que no se desea seguir conviviendo y las pocas posibilidades para dividir el inmueble o permutarlo, provoca que se agudice la violencia en el espacio y tiempo que transcurre bajo esas condiciones.
3. De las 12 mujeres que acudieron a las Casas de Orientación de la Mujer y la Familia, 7 fueron a la Unidad de la Policía a realizar la denuncia, pero las autoridades encargadas de esa acción no quisieron recepcionarlas y se mostraron insensibles ante estos hechos, asumiendo una postura androcéntrica y discriminatoria, en tanto consideraron los sucesos como insignificantes y propios del matrimonio, lo que llevó a una nueva victimización de la mujer agredida. Esto demuestra la necesidad de conocer y analizar en todas sus dimensiones el fenómeno de la violencia contra la mujer, haciendo énfasis en la importancia de brindar al personal de la Policía en especial y a todas aquellas personas que de una manera u otra se pueden relacionar con mujeres víctimas, una preparación especializada en el tema con vistas a su prevención, tratamiento y erradicación.

Esta población, producto de las situaciones enfrentadas en relación con los problemas de vivienda, la poca atención de los agentes de la

Policía Nacional Revolucionaria en cuanto a las denuncias y las medidas judiciales tomadas con los agresores, refiere como criterio general desconfianza en la administración de la justicia.

«Factores criminógenos que influyen en el asesinato de la mujer dentro de la relación de pareja. Estudio de casos». Lic. Yanet Noda Wanton. Tesis en opción al título de Máster en Criminología. Esta investigación aborda el estudio del 48% de los delitos de asesinato radicados en la Sala Segunda del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, en el período comprendido del año 2002 al 2004, y donde la víctima, producto de la agresión masculina dentro de la relación de pareja, fue una mujer. En todos los casos fue evidente la presencia de diferentes formas de manifestación de la violencia contra la mujer durante la historia amorosa de la pareja, destacándose la psicológica y la física. A su vez, el alcoholismo, la drogadicción, la infidelidad y los celos fueron factores criminógenos desencadenantes o coadyuvantes en la comisión de este delito.

Se destacan ideas machistas en los victimarios, quienes a través de las intimidaciones y las amenazas, trataban de ejercer el control dentro de la relación, considerando a las mujeres como parte de sus propiedades, lo que les otorgaba el derecho de hacer con ellas lo que desearan, inclusive infligirles la muerte. Resulta significativo que los víctimarios no van en busca de sus parejas o ex -parejas con el ánimo de establecer un diálogo diáfano que posibilite la reconciliación o solución al conflicto, sino que llevan un arma en su poder, lo que implica una premeditación de los hechos violentos ante una respuesta que no se corresponda con sus expectativas de control, poder y sumisión de la figura femenina; lo cual de hecho sucedió dando como resultado las víctimas.

La autora considera que las sanciones impuestas a los comisores no fueron del todo severas teniendo en cuenta las circunstancias en las que el hecho se produjo y la posibilidad que la ley adjetiva le otorga a los jueces de, valorando la premeditación, el ensañamiento y el estado de peligrosidad social, agravar la sanción a su límite máximo. No obstante, reconoce que la erradicación de este delito no depende del monto de la sanción, sino de las medidas preventivas que se tomen en cuanto a la presencia de determinadas conductas que pudieran derivar en sucesos como estos y de las modificaciones que, a través de la visibilización y conocimiento del fenómeno, pueden llevarse a cabo en las actitudes y formas androcéntricas de pensar que a nivel social subsisten.

«La violencia contra la mujer. Su atención en el Sistema Penal.» Lic. Ana Lucía García López. Tesis en opción al titulo de Máster en Derecho de Familia. Los resultados de esta investigación fueron obtenidos a partir de la aplicación de encuestas y entrevistas realizadas a 180 personas.

De esta población, 32 fueron víctimas de delitos de violencia, 122 oficiales de la policía que desempeñan cargos de Instructores Penales, Jefes de Sectores y Oficiales Operativos, 21 operadores del Derecho (Abogados, Jueces y Fiscales) y 5 Médicos de la Familia. Como conclusiones de este trabajo se pueden señalar:

1. Aunque en los últimos tiempos ha aumentado la preocupación de algunas personalidades científicas e institucionales, por las manifestaciones de violencia en los diferentes niveles de la sociedad y específicamente en la familia, este fenómeno se encuentra aún invisibilizado en las estadísticas sociodemográficas, médicas, jurídico-penales y en la conciencia individual de la población y de los que ejercen diferentes formas de orientación y control social.
2. Los estudios realizados en el país se concentran en la caracterización del problema o en ensayos de tratamiento a pequeños grupos poblacionales urbanos, careciéndose de un diagnóstico nacional que abarque zonas urbanas, semiurbanas y rurales.
3. A partir de 1997, se comienza a estructurar una política sobre la atención e importancia de la violencia intrafamiliar a través del Grupo Nacional de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar, liderado por la Federación de Mujeres Cubanas; pero se necesita una mayor divulgación de los impactos de este trabajo en la comunidad.
4. La violencia intrafamiliar es un problema social de magnitud, que deja secuelas en la víctima y en todos los que se encuentran en su entorno, por lo que es necesario que esté recogida en las leyes.
5. Un número significativo de entrevistados considera que el médico de familia no está preparado para detectar y prevenir el fenómeno de la violencia doméstica y mucho menos cuando esto ocurre dentro de las relaciones de pareja.
6. Los operadores del Sistema de Justicia Penal a veces desconocen en qué radica la violencia intrafamiliar y las diferentes formas que adopta, lo cual incide en que el modo de proceder de estos funcionarios no sea el más adecuado y que las víctimas pierdan la confianza en el Sistema de Justicia y en la fórmula de multas priorizadas que se aplican en estos supuestos, en lugar de la medida privativa de libertad.
7. Si el hecho de golpear a una persona no trae como consecuencia lesiones que requieran tratamiento médico, no se considera un delito, sino una contravención del Orden Público

con la consiguiente imposición de multa al golpeador, lo cual en el caso de la víctima, añade la humillación al abuso y la impotencia por el daño producido. Eso cuando, como señalan las víctimas entrevistadas, no se bendice el problema como un asunto de marido y mujer y no sólo no se toma ninguna medida, sino que ni se recepciona la denuncia.

8. Se demostró la falta de especificidad de la legislación cubana para sancionar delitos asociados a la violencia intrafamiliar, opinando el 90% de los abogados, instructores penales y jueces entrevistados que es una omisión grave que la legislación penal sólo resulte aplicable a situaciones reales de violencia intrafamiliar cuando estos hechos son constitutivos del delito de lesiones.

9. Como vacíos de la legislación penal que demuestran la imposibilidad de brindar una atención adecuada en materia de violencia intrafamiliar se pueden señalar:

- La Ley No. 87/89, modificativa del Código Penal, no regula las diferencias que se manifiestan entre la conducta violenta en el ámbito social y la que se suscita en el seno familiar, excepto al abordar el delito de asesinato (cualquier conducta violenta en el plano social puede traer graves consecuencias, pero generalmente esto es un hecho casual. Sin embargo en la violencia intrafamiliar existe una convivencia permanente con el agresor, lo que trae consigo afectaciones psicológicas y comportamentales de magnitud para todos los vinculados al medio familiar y que de hecho constituyen las posibles víctimas).

- El artículo 305, del Código Penal cubano, regula el delito de Estupro, que establece que la acción de denuncia sólo se circunscribe a la víctima y no instituye que el delito sea denunciado por un tercero, sobre todo si es cometido por el padrastro.

- El artículo 264 del Código Penal regula el Parricidio cuando se da muerte a un ascendiente, descendiente o cónyuge, pero no se regulan aquellos casos que, dentro del seno familiar, pudieran ser resultado de un delito de asesinato entre la persona que mata a la hija de su cónyuge.

- El artículo 295 del Código Penal vigente constituye una disposición que deviene letra muerta, al no radicarse como delito la discriminación de raza, sexo u otras.

- A esta conclusión de la autora se suma que en el apartado 2 de este artículo la referencia expresa se circunscribe al tema racial y étnico, es decir, no se tipifica la violencia de género.
- El Código Penal vigente demuestra cierta cobertura legal para sancionar conductas asociadas a manifestaciones de violencia que constituyan delitos, pero ninguno de los artículos contempla expresión de tipo legal que implique un tratamiento especial de la violencia, y menos aún cuando su manifestación es mediante conductas de omisión o de acción silenciosa, como puede ser la violencia psicológica; siendo necesaria una adecuación de este cuerpo legal, para poder lograr una atención más efectiva en estos casos.
- En el actual Código Penal, en los delitos «Contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud», se regula el elemento violencia en los delitos de Violación, Pederastia con Violencia y Abusos Lascivos, sin recoger una distinción con aquellos que se producen en el ámbito familiar.

En relación con el Decreto No. 141/88, cuerpo legal que expone la existencia de las medidas de tipo precautorias que pueden adoptarse ante determinadas situaciones vinculadas con el orden (vivienda, agresión a familiares y caricias lascivas sin consentimiento), no regula las otras medidas administrativas, fuera de la multa, que pudieran ser resultante de la acción cometida y establece que cuando los infractores sean menores de 18 años, no vinculados laboralmente, las medidas de multa y otras que corresponde, se impone a cualquiera de sus padres o tutores; pero si el infractor alterase el orden en una discusión familiar con una mujer y provocara lesiones leves a féminas de su familia, incluyendo a su propia madre, y este no trabajara, la medida o multa se impondrá a la propia víctima.

CONCLUSIONES

Como resumen del análisis efectuado a las investigaciones científicas y las tesis de maestría relacionadas con la temática de la mujer y la violencia se puede señalar que, si bien en los trabajos analizados la discriminación contra la mujer no es objeto directo de investigación, en tanto la propuesta no estuvo dirigida en su esencia a la búsqueda de ese aspecto, no cabe duda que este fenómeno está presente en los resultados obtenidos.

La discriminación directa existe cuando la legislación, la reglamentación o la práctica cita explícitamente un motivo específico, como el sexo, la raza, etc. para negar la igualdad de oportunidades y puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido, lo que no se constata en ninguna de las normativas analizadas en esta investigación. Sin embargo, la existencia de insuficiencias y vacíos legislativos que se evidencian fundamentalmente en la ausencia de artículos que contemplen expresión de tipo legal que implique un tratamiento especial al fenómeno de la violencia y la discriminación contra la mujer, la ausencia de lenguaje de género y la desactualización existente, de acuerdo a la realidad cubana de hoy, puede favorecer consciente o inconscientemente la aplicación de reglamentaciones que discriminen directa o indirectamente a la mujer.

La existencia de una cultura patriarcal a nivel social, que tanto en hombres como en mujeres, de manera consciente o inconsciente, actúa como estímulo para que se manifieste violencia y discriminación contra la mujer, subsiste en las personas a nivel de sus ideas, opiniones, conceptos y formas de comportamiento estereotipadas que responden a tradiciones, costumbres y modelos socialmente establecidos, lo cual se corresponde con el concepto de discriminación indirecta, donde en una de sus partes considera a la misma como aquella que, sin estar consignada en ninguna norma, propicia que se brinden opiniones, criterios, se asuma una actitud o un comportamiento que perjudica, demerita, denigra, humilla o lesiona los derechos de una mujer, solo por pertenecer al sexo femenino; siendo ejemplos de ello la concepción de víctima-provocadora, la poca atención que se brinda a una mujer ante una denuncia por maltratos de la pareja y el rol asignado, impuesto y valorado, a lo largo de la historia, como de obligatorio cumplimiento de madre-abnegada, esposa-sumisa, cuidadora de enfermos y trabajadora doméstica.

Es imprescindible visualizar esta temática, incrementar en todos los medios de comunicación la información sobre el fenómeno de la violencia y la discriminación contra la mujer, porque para erradicar los

patrones y estereotipos patriarcales y sexistas, aún presentes en parte de la población, se requiere de transformaciones en las actitudes y concepciones existentes, lo cual implica entre otros aspectos, ver este fenómeno como un proceso complejo y focalizar la mirada en la familia desde la perspectiva de la prevención de conductas que atenten contra el bienestar y los derechos de todos sus integrantes.

Resulta significativa la invisibilidad que en el plano científico-investigativo tiene el fenómeno de la discriminación de la mujer en Cuba, pues aunque como se ha puesto en evidencia, este es un mal presente, no ha sido objeto de estudio en sus particularidades ni formas de manifestación directa e indirecta por ninguna de las investigadoras de referencia, pero tampoco se evidenció en la bibliografía numerosa y diversa revisada con vistas a llevar a cabo esta investigación, lo que no niega la existencia de trabajos en relación con la problemática por parte de otros autores del país, pero reafirma la necesidad de incrementar la actividad científica sobre el tema y su divulgación.

BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto de Convención para la Eliminación de la Violencia Doméstica. Presentado por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la OEA. 1990.

Constitución de la República de Cuba. Edición Extraordinaria de la Gaceta Oficial. 10 de Agosto de 1992.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Artículo 1 (CEDAW). 1997.

Convenio No. 111. Organización Internacional del Trabajo (OIT). 1996-2003.

Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

DÍAZ, E. La invisibilidad y la visibilidad de la mujer en la historia de Cuba. Resumen de Investigación. Facultad de Historia. Universidad de la Habana. Cuba. 1997.

EGÜES, G. La fascinación de la Imagen: Un arco iris para Gabriela. Artículo. Abril 2006.

Federación de Mujeres Cubanas. Algo más que palabras. Editorial de la Mujer. 2002.

FLOCHOVA, M. Y MADRIGAL, M. E. Violencia Doméstica y sus Consecuencias. Curso Taller. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Costa Rica. 1996.

GARCÍA, A. L. «La violencia contra la mujer. Su atención en el Sistema Penal.» Tesis en opción al título de Máster en Derecho de Familia. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. Cuba. 2007.

GARCÍA, S. La violencia contra la mujer: Mitos y Creencias. Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba. 2002.

_____ Mujer, Violencia y Percepción Social en el Municipio Habana Vieja. Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba. 2003.

_____ Una mirada a la violencia contra la mujer desde sus protagonistas. Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba. 2004.

_____ Violencia Contra la mujer: Percepción social en el Consejo Popular de Belén. Tesis en Opción del Titulo Académico de Máster en Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. Cuba. 2000.

_____ Violencia Conyugal: El Hombre Maltratador. Informe de Investigación, Fiscalía General de la República, 1998.

GAZMURI, P. «Un acercamiento al tratamiento legal de la violencia intrafamiliar en Cuba» Informe de investigación. Grupo de Estudios sobre Familia del Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS). 2007.

Informe sobre IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, efectuada en Pekín. 1995.

LESTER, A. «La législation anglaise contre la discrimination». Droit social, París, 1987.

Ley No. 62. Código Penal (Actualizado). Gaceta Oficial del 30 de diciembre de 1987. Edición Ministerio de Justicia. La Habana. 1987.

Ley No. 87. Modificación al Código Penal. Edición Ministerio de Justicia. La Habana. 1999.

LOCHAK, D. «Réflexions sur la notion de discrimination», Droit social, París, 1987.

Naciones Unidas. IV Conferencia Mundial de la ONU. Beijing.1995

NAVARRETE, C. «Caracterización criminológica de mujeres comisoras del delito de lesiones». Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. MINJUS. Cuba. 2002.

_____ «Estudio comparativo de mujeres maltratadas españolas y cubanas». Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba. 2000.

_____ «Estudio exploratorio de la violencia doméstica. Detección de hogares con presencia de estos hechos». Informe de Investigación. Fiscalía General de la República. 1993.

_____ «Maltrato femenino en un Área de Salud de San Miguel del Padrón». Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia. Cuba.2001

_____ «Violencia masculina en parejas de novios». Informe de Investigación. Fiscalía General de la República.1995.

NODA, Y. «Factores Criminógenos que influyen en el Asesinato de la Mujer dentro de la Relación de pareja. Estudio de casos». Tesis en opción al título de Máster en Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. Cuba. 2006.

Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Cuba. 36 período de sesiones. Agosto 2006.

Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la cuarta Conferencia Mundial de Beijing, República Popular China en 1995. Abril 1999.

Reforma a la Ley Federal de Trabajo en función de Equidad de Género. México.

RODRÍGUEZ, H. Y DIXIE, E. Artículo «Mujer y Poder. Ciclones con nombres tiernos». Entrevista realizada a Yolanda Ferrer, Secretaria General de la FMC, publicada en Revista Bohemia. Año 99. No. 21. Octubre 2007.

RODRÍGUEZ, N. «Mujer, víctima de violencia en la relación de pareja. ¿Denunciar o no denunciar?». Tesis en opción al título de Máster en Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. Cuba. 2006.

SILVA, P. Y OTROS. La Teoría de Género: Una opción para el estudio de la conducta humana. México. Ponencia presentada en HOMINIS'99. Convención Intercontinental de Psicología y Ciencias Humanas. Crecimiento humano y diversidad. La Habana. Cuba. 1999.

www.stop-discrimination.info «Por la diversidad. Contra la discriminación» 2007.

SISTEMA PENITENCIARIO Y RESOCIALIZACIÓN: UNA RELACIÓN CUESTIONADA

Penitential System and resocialization: A questioned relationship

Dra. Marta T. González Rodríguez
Profesora Titular. Facultad de Derecho
Universidad Central de Las Villas

Resumen

La idea esencial del presente artículo parte de una visión criminológica valorativa de los mecanismos del control social y más concretamente de los elementos usados por el Derecho Penal. Esta variante es la más drástica y formalizada del Sistema del Control Social de la criminalidad. Para la conservación del orden social son utilizados múltiples mecanismos. Fundamentalmente nos dedicamos a analizar el Sistema Penitenciario como agencia ejecutiva del Sistema Penal, y a la resocialización como estrategia funcional usada concretamente por el control social punitivo. Se valora críticamente la resocialización en cuanto al carácter impreciso de su concepto, si es legítimo o no el tratamiento resocializador, la obligatoriedad o no del mismo, su necesidad, etc. Además se examina la capacidad resocializadora de la cárcel analizada desde sus condiciones de vida materiales y culturales.

Summary

The fundamental proposal of the present article takes into account a criminological and evaluative view about the mechanisms of Social Control, concretely the points established by Penal Right. This variant is the most strong and formalized of the Social Control System of crime. For maintaining the social order there are used a lot of mechanism. In deep, the work is directed to the analysis of the Penitential System as executive agency of the Penal System, and also to the resocialización as functional strategy used by the Punitive Social Control. It is evaluate critically the resocialización process in the imprecise sense of the concept; if it has or not legitimateness in the resocialización treatment; the obligatory character; the need; and so on. Also it is evaluate the capacity for resocializing of the prison, which is analyzed from the point of view of material and cultural conditions of life.

Palabras Clave

Control Social, Sistema Punitivo, estigmatización, prisionalización.

Key Words

Social Control, Punitive System, stigmatization, imprisonment.

INTRODUCCIÓN

La garantía de conservación del orden social como objetivo general del control social[1] se logra plasmar mediante dos vías alternativas, una variante primaria consistente en la correcta socialización de los individuos y por ende, la internalización efectiva de comportamientos adecuados y una variante secundaria actuante en defecto de la primera vía, dedicada al establecimiento de los límites conductuales de los ciudadanos y de la consecuente reacción formal declarada ante la violación de esos límites. En este último caso referenciamos al Derecho y principalmente al Derecho Penal, considerándolo como parte de un subsistema[2] más de la regulación social, encargado de restablecer la armonía social quebrantada por la comisión de conductas delictivas.

Dentro de la multiplicidad de órdenes normativos el Derecho, en cualquiera de sus manifestaciones (civil, administrativo, penal, etc.) "es la más formal y dramática manifestación del control social, no obstante muchas veces no es la más efectiva"[3]. Concretamente el Derecho Penal como sistema de coacción institucional solo podría ser comprendido contextualizándolo en la totalidad de la acción controladora de la sociedad, pues se le asigna un lugar secundario garantizador de la función de otros medios reguladores menos agresivos. Por sí solo el Derecho Penal carece de autonomía motivadora de la conducta social. Coincidimos con MUÑOZ CONDE en que el Derecho Penal debe contemplarse como un "*plus* agravatorio" del control, manifestado en el sensible grado de formalización que requiere para su funcionamiento; es evidentemente el sector más visible del *"iceberg"* en que podríamos alegóricamente configurar el fenómeno del Control Social. Aún cuando razonadamente lo consideremos como la parte final del *"continum"* controlador, el Derecho Penal es "paradójicamente demasiado débil para mantener (por sí solo) el sistema de valores sobre el que descansa la sociedad"[4].

[1] El control social debe ser entendido como un proceso de integración social de amplio espectro, consistente en la interrelación funcional sistémica de la totalidad de los componentes estructurales, funcionales y organizativos que participan en las estrategias controladoras destinadas a regular la conducta individual, mantener la estabilidad grupal y garantizar el orden social, mediante los recursos de la persuasión y la coerción. Véase: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. ***Bases teóricas para el análisis del Sistema de Control Social de la criminalidad.*** *En: Revista Jurídica Número 15, Año 8, enero-diciembre de 2007. Editada por el MINJUS. La Habana.* pág. 23.

[2] Al respecto se pronuncia GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. ***Tratado de Criminología.*** Editora Tirant lo Blanch. 1999. Valencia, p. 179 y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ***La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista.*** En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 10, No. 15. Diciembre de 1998. Disponible en Word Wide Web: http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA15/edit15.htm. (Consultado 01/02/2009), párrafo 12.

[3] DE LA CRUZ OCHOA, R., ***Control Social y Derecho Penal***. En: Revista Cubana de Derecho. No. 17. Enero-junio del 2001. Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana, p. 7.

[4] Véase: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. ***La Sociedad Civil cubana en el Control Social Informal de la criminalidad***. Capítulo publicado en el Libro "La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil". Editado por Reforma Penal Internacional y la UNJC. La Habana. 2006.

El Derecho Penal carece de eficacia al ser utilizado de forma independiente dentro del sistema del control, pues solo actuará efectivamente cuando la "cadena controladora" haya fracasado en sus extremos inferiores (Control Social Informal) y resulte necesario recurrir a variantes más duras para rectificar comportamientos. Con este enfoque, el Derecho Penal y consecuentemente el Sistema Punitivo pasan a ser valorados como forma subsidiaria del Control Social que cumple objetivos limitados solamente a la rectificación de las conductas sustancialmente peligrosas para la estabilidad social (tipos penales).

La primera y fundamental variable conceptual a tener en cuenta con respecto al Derecho Penal transita por su filiación al Sistema del Control Social, en tal sentido la doctrina criminológica representada por García-Pablos de Molina define al Derecho Penal como uno de los instrumentos del Control Social Formal "a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de ese modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo"[5].

Para De La Cuesta Aguado[6], el Derecho Penal es la respuesta estatal ante la conducta criminal, respuesta que presenta una incidencia social contramotivadora materializada en la amenaza de aplicación de la pena a la generalidad de los miembros de la sociedad y mediante la imposición, propiamente dicha, de la pena a los comisores específicos.

La Dogmática Penal analiza tradicionalmente tres aspectos fundamentales relacionados con la pena: su conceptualización, sus fines y su justificación, de estos tres aspectos mencionados el más debatido resulta los fines de la pena; en este sentido las posiciones dicotómicas enfrentadas se mueven en torno al enfrentamiento entre diferentes tendencias, tales como: retribución vs. prevención; prevención general vs. prevención especial, prevención general negativa vs. prevención general positiva, etc.; sin que estas tendencias puedan reafirmar contundentemente su validez, pues, ninguna vence su verificación o comproba-

[5] Cfr. García-Pablos De Molina, A., citado por Varona Martínez, G., ***La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica.*** Editorial COMARES. 1998. Granada***,*** p. 24

[6] El Derecho Penal "consiste en un conjunto de normas altamente formalizadas que regulan las condiciones y formas en que el Estado puede imponer una pena (o medida de seguridad) a un miembro de la sociedad". Véase. De La Cuesta Aguado, P.M., ***Un Derecho Penal en la frontera del caos*.** 1997. Disponible en Word Wide Web: http://www.pazenred/htm#caos. (Consultado 31/01/2008), párrafo 17.

ción en la práctica social si tenemos en cuenta que, por ejemplo: la concepción retributiva pura no cumple el requisito fundamental de actuar con fines concretos permisibles o aceptables, por cuanto la retribución de "mal por mal" se contrapone al humanismo que debe primar en las acciones reactivas sociales; por su parte, la teoría de la prevención especial en su variante positiva, reclama la modificación resocializativa del recluso, lo que entra en contradicción con las habituales consecuencias desocializativas de los largos periodos de encerramiento, nos referimos a los fenómenos de prisionalización, de estigmatización, etc.; mientras el fin preventivo general con su pretensión desmotivadora conductual del delincuente, expresada en el incremento de las sanciones o en el mejoramiento de la eficiencia de los sistemas punitivos, en la práctica no ha logrado la verdadera contramotivación para evitar la trasgresión penal.

I- SISTEMA PENAL Y SUBSISTEMA PENITENCIARIO

El otorgamiento de la condición de sistema a un conjunto de elementos se instituye en un recurso caracterizador que hace trascender la condición de integración ordenada y coherente de esa suma de partes que engloban el todo sistémico[7]. Lo expuesto resulta válido cuando referenciamos la vinculación, condicionamiento y complementación que se manifiesta de la consideración como sistema del conjunto de normas e instituciones que ejercen la función controladora punitiva en la sociedad[8].

Concebimos el Sistema Penal como un entramado jurídico de carácter sistémico complejo que posee un coherente entrelazamiento interno entre sus componentes normativos, organizativos y humanos; los que juegan diferentes funciones en la creación y aplicación de las

[7] Debe destacarse como condición básica de tal integración orgánica, la necesidad de que el conjunto armonice su estructura con la intención explicita de cumplir determinada función. García Galló, G.J., ***Categorías del materialismo dialéctico.*** Editorial Gente Nueva. 1984. La Habana, p. 34.

[8] En un acercamiento a algunas definiciones de prestigiosos teóricos en este campo recurrimos a la caracterización general que aporta Bergalli cuando denomina como Sistema Penal al "complejo de momentos e instancias de aplicación del poder punitivo estatal, surgido al amparo de la construcción del Estado moderno". Con pretensiones más concretas, el mencionado autor asegura que "el sistema penal de las sociedades modernas está previsto como conjunto de medios o instrumentos para llevar a cabo un efectivo control social formalizado de la criminalidad". Cfr. Bergalli, R., ***Control Social Punitivo. Sistema Penal e Instancias de Aplicación*** (Policía, jurisdicción y cárcel). 1996. Disponible en World Wide Web: http://www.ub.es/cgi-bin/htimagen/barmap.map./ (Consultado 29/04/2009), párrafo 3.

normas penales con el evidente objetivo de materializar la Política Criminal referida al Control Social formalizado frente a la criminalidad.

La elevada complejidad que caracteriza al Sistema Penal debe ser estudiada partiendo de su estructuración organizativa y del conocimiento sobre el rol que juegan las entidades o agencias encargadas de concretar las funciones reguladoras del entramado punitivo. El Sistema Penal, en tanto sistema específico del Control Social Formal, se organiza operativamente en agencia legislativa y agencias ejecutivas. De un lado debe existir quién proyecta las normas y de otro se encuentran las instancias que aplican esas normas previamente definidas; en este último caso nos referimos a los ámbitos policial, judicial y de ejecución penitenciaria.

De lo expresado concluimos que resulta difícil alcanzar una cabal comprensión del Sistema Penal, si no lo valoramos en su doble arista de manifestación: el plano normativo-abstracto y el plano práctico-concreto.

El plano normativo-abstracto es denominado también como nivel teórico-normativo o Sistema Penal estático. La concreción del plano normativo se materializa en el Derecho Penal, configurado mediante el proceso de legislación declarativa-formal que persigue la protección de los bienes jurídicos y en última instancia, la preservación del orden social a través del amparo de las relaciones sociales más indispensables. De una manera abstracta, el Sistema Penal se organiza cuando la agencia legislativa concibe y plasma en leyes todos los elementos definitoriales delictivos y funcionales del sistema, estructurando en su discurso teórico-normativo, el "deber ser" del Régimen Penal. El poder legislativo elabora y describe las ilicitudes que serán consideradas como tipos delictivos; precisa los "rituales" o formas específicas de actuación para incoar y llevar a término los procesos penales y define legalmente la competencia y variantes de actuación e interacción de las agencias ejecutivas del aparato de Justicia Penal. El plano abstracto o del "deber ser" se organiza, por tanto, de una manera estructural-normativa coherente y en él se engarzan en un entramado legislativo funcional un conjunto de Leyes, entre las que se incluyen: el Código Penal, la Ley de Procedimiento Penal, las normas referidas a la ejecución penal y las leyes orgánicas correspondientes a cada una de la instancias de aplicación del sistema.

El plano práctico-concreto es conocido también como sector fáctico-penal o Sistema Penal dinámico. Obviamente la acción del plano fáctico está determinada por el sector teórico-normativo, explicado ello por el carácter sistémico del engranaje punitivo. El ejercicio efectivo del control sobre el conjunto de sujetos comisores de delitos, se despliega y aplica tomando como referencia obligada los tipos penales y reglas

procedimentales aportadas en el entramado normativo. El plano práctico-concreto se constituye cuando todo el aparato normativo concebido en su momento por la agencia legislativa, debe entrar en funcionamiento práctico al aparecer las conductas violatorias de la ley penal o ilícitos penales. Por lo general, la realidad de aplicación o el "ser" del Sistema Penal difiere de su concepción legislativa abstracta. No siempre el discurso teórico-normativo es concretado coherentemente según la letra y el espíritu del legislador; en la práctica a veces se pierde la lógica sistémica funcional originariamente pretendida por la aparición de contradicciones entre las diferentes agencias, que determinan las desviaciones en la aplicación concreta del sistema reactivo de control social. La realidad contradictoria entre el "deber ser" y el "ser" del Sistema Penal genera falta de legitimidad en el mismo, lo que constituye una de las críticas más importantes y reiteradas a esta forma de control.

La organización estructural que acabamos de analizar se encuentra en un intercondicionamiento profundo con la dinámica de funcionamiento secuencial que presenta el Sistema de Justicia Penal. Destinados al cumplimiento de los objetivos de control del sistema, se distinguen tres mecanismos[9] perfectamente diferenciados y cuyo acoplamiento funcional garantiza la operatividad del control punitivo, ellos son:

- El mecanismo de producción de normas, donde se caracteriza legislativamente las conductas consideradas lesivas a los bienes jurídicos (criminalización primaria).
- El mecanismo de aplicación de las normas, a través del proceso penal (criminalización secundaria), y
- El mecanismo de ejecución de las penas y medidas de seguridad.

La dinámica funcional del Sistema Penal concretada en los mecanismos antes expuestos puede y debe ser valorada en interconexión con la organización y las agencias del control social formal. Así el plano normativo-abstracto acciona mediante el desarrollo del mecanismo de producción normativa a cargo de la agencia legislativa del entramado punitivo. El plano fáctico-concreto con una mayor diversificación de componentes y agencias, se organiza en dos mecanismos diferenciados, el primero de ellos consistente en la investigación y celebración del proceso penal que reclama el quehacer de las agencias ejecutivas del Sistema Penal, concretamente de la entidad policial y judicial (fiscalía, tribunales, etc.). El segundo mecanismo funcional dentro del plano fáctico se refiere a la ejecución penal y se aplica por la agencia ejecutiva penitenciaria.

[9] Véase. Baratta, A., ***Criminología crítica y crítica del Derecho Penal.*** Séptima reimpresión. 2001. Siglo XXI editores, S.A.. 1986. México**,** pp. 167-168.

La dinámica de funcionamiento del Sistema Penal presupone que como continuación secuencial del periodo legislativo se produzca la aplicación[10] de las normas penales a las personas y situaciones que originalmente prevé la ley. En todo este complejo mecanismo de investigación, proceso y ejecución participan varias entidades especializadas como órganos del control social formal, entre los que aparecen: la agencia policíaca, la agencia judicial y la agencia penitenciaria.

La Policía debe ser definida como el órgano político por excelencia del control social formal si tenemos en cuenta que nos referimos a una institución creada y regida por el Estado y de carácter militar la mayoría de las veces; por lo que su elevado accionar selectivo se encuentra matizado por una especial coloración política, en tanto constituye un órgano mediatizado ideológicamente por el poder político. En su actuación más importante para el Sistema Penal, la policía se confirma como una institución reactiva encargada de la detección e investigación de las acciones atentatorias de la convivencia social y lesivas de los bienes jurídico-penales; es por ello que se afirma que dicha entidad posee una función represiva concretada en convertirse en botón que acciona o "dispara" el funcionamiento del plano práctico-concreto del Sistema Penal.

En relación con la agencia judicial debemos establecer una interpretación amplia de las instituciones constitutivas de la actividad judicial, en la que se encuentran implicados fiscales, funcionarios técnico-judiciales (secretarios, alguaciles, etc.), abogados y los jueces. La actividad profesional de los jueces no es una acción aplicadora más, pues su rango de poder decisorio va más allá de lo realizado por las restantes instituciones integrantes de la agencia judicial. La competencia judicial en la aplicación de las leyes penales no se configura simplemente por la mera interpretación aplicativa de la norma; en el acto de aplicación se produce un proceso de mediación interpretativa que implica una actividad de entidad volitiva, matizada a su vez por la jerarquía de valores y el imaginario cultural de los jueces, comprometidos a su vez con el ordenamiento jurídico protector del orden social existente. Por ello, consideramos que el juez no se constituye solo en un repetidor mudo de la ley; la propia sentencia penal se instituye en una singularización de la norma penal, en prolongadora incuestionable del ordenamiento jurídico[11].

[10] Por aplicación de las normas penales se entiende la atemperación a un caso concreto de la norma propiamente dicha, mediante la investigación y celebración de un proceso y su correspondiente decisión condenatoria o no y además se incluye el período ejecutivo de las sentencias precedentes, consistente en hacer cumplir las sanciones previamente determinadas.

[11] Cfr. Peces-Barba, G., ***La creación judicial del Derecho desde la teoría del Ordenamiento Jurídico.*** En: Poder Judicial, No. 6. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. 1983. Madrid, p. 20, quién expresa al respecto que "todos los jueces crean Derecho, al resolver una cuestión sometida a su conocimiento, con arreglo a las normas de organización de un ordenamiento jurídico. Esta afirmación supone que antes de la sentencia no existe en el ordenamiento ese mandato establecido por la misma, es decir que una sentencia es una norma singular, que desarrolla y prolonga el ordenamiento jurídico que no solo está formado por normas generales".

I.1- EL SUBSISTEMA PENITENCIARIO COMO AGENCIA CONTROLADORA FORMAL

El último eslabón de la cadena de aplicación de las normas penales se encuentra representado por la agencia penitenciaria, encargada de ejercitar el segundo mecanismo funcional correspondiente al plano fáctico del Sistema Penal, nos referimos a la ejecución de las penas y medidas de seguridad. La instancia penitenciaria se considera incluida dentro del Sistema Penal y consiste en "el conjunto de principios y procedimientos de control social formal relativos a la pena privativa de libertad, su ejecución y los establecimientos donde la misma se lleva a cabo"[12]. Dentro del subsistema penitenciario el lugar preeminente, sin discusión alguna, está ocupado por la institución carcelaria responsable de hacer cumplir la sanción de privación de libertad, usada como pena más recurrida en el contexto del ejercicio controlador del Sistema Penal y a la vez entendida como una sanción radical que genera, por sí misma, consecuencias dañosas para el recluso, calificadas estas últimas en su conjunto como una "victimización terciaria"[13].

Conviene señalar que en el proceso selectivo de criminalización secundaria correspondiente al funcionamiento de las agencias aplicativas de las normas, a la institución carcelaria le corresponde el menor rango o capacidad selectiva, pues los funcionarios de las prisiones apenas pueden decidir sobre algunos aspectos relacionados con los sujetos que les llegan escogidos precedentemente por las agencias policial y judicial; poseyendo facultades como pueden ser por ejemplo: la determinación del régimen carcelario a aplicar y la concesión de los beneficios de carácter penitenciario interno. Sin embargo, dentro del subsistema penitenciario, la propia clasificación de a qué régimen carcelario va a ser sometido el recluso, ya constituye de por sí una sensible determinación selectiva de gran importancia para la vida carcelaria de ese individuo.

[12] Véase a Rodríguez Morales, A., ***Algunas notas en torno al subsistema penitenciario.*** 2002. Disponible en Word Wide Web: http://www.geocities.com/cienciaspenales/index.html. (Consultado 30/01/2008), párrafo 1.

[13] Véase. García-Pablos De Molina, A., ***El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal).*** En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen XV, la Victimología. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. 1993. Madrid, p. 314, donde el autor identifica la victimización terciaria con la victimización carcelaria, consistente en el efecto desocializador de la pena privativa de libertad, a partir de la estigmatización y la prisionalización que deteriora la personalidad del recluso y genera un proceso de desviación secundaria y el posterior engrosamiento de su carrera criminal.

II.- LA RESOCIALIZACIÓN COMO ESTRATEGIA DEL CONTROL SOCIAL

El Sistema Penal como respuesta ante la desviación social criminalizada se materializa como una réplica de contención ante la delincuencia, en tanto se constituye como la reacción social controladora encargada de restaurar el orden violentado, a partir del uso de los medios, estructuras y mecanismos del control social formal; dentro de los cuales aparecen las estrategias funcionales del Sistema de Control Social.

El renombrado criminólogo García-Pablos De Molina menciona como estrategias del control social[14]: la socialización, la prevención y la represión. Además de las mencionadas debe considerarse la existencia de otras variantes estratégicas como pueden ser: la resocialización, la educación[15] y la mediación reparadora[16]. En el plano organizativo resulta difícil establecer criterios de clasificación puros; si partimos de la frecuencia en el uso de determinado tipo de recurso, consideramos que todas las variantes estratégicas de regulación, en mayor o menor medida, contienen elementos o técnicas persuasivas y coactivas.

Realizando un breve análisis de las estrategias mencionadas podemos valorar, en primer término, que la socialización significa disciplinamiento de los miembros de la sociedad, acción a través de la cual los individuos aprenden a actuar, se modelan sus costumbres, se interiorizan las normas, valores y tradiciones. El proceso de socialización es esencialmente una estrategia dentro del proceso de control social, responsabilizada en asegurar el cumplimiento de los roles sociales asignados, interiorizando los mismos mediante la preferencia o el hábito.

[14] La labor de las estructuras del Control Social carecen de efectividad si no poseen un programa de acción que las vincule o aúne funcionalmente. La coordinación de acciones entre los sistemas normativos, agencias, sanciones, destinatarios, etc., en función de la regulación social es conocida como Estrategia del Control. Mediante las Estrategias del Control Social se dinamizan coherentemente las operaciones controladoras en cualquiera de los niveles de acción (sociedad, grupo o individuo).

[15] La educación como estrategia del control social, además de transmitir conocimientos generales y habilidades orientadas a la formación profesional concreta, también educa a los miembros de la sociedad en la adquisición de las formas, usos y comportamientos adecuados para relacionarse entre sí. La educación es un proceso socializador, sistémico, permanente e histórico-concreto, realizado por la sociedad en su conjunto mediante procesos interactivos y comunicativos que poseen el fin preestablecido de educar al sujeto para una vida social plena y activa, convirtiéndolo en sujeto pleno de las relaciones sociales.

[16] Posee como expectativas la obtención de una visión holística del evento criminal, persiguiendo una "ventilación" conciliadora del suceso, signada por la reparación del daño victimal y el restablecimiento pacífico del orden afectado. El modelo parte de conceptos tales como: mediación, reparación, conciliación, etc.

Mientras la estrategia preventiva como planeación reguladora del control social se encuentra funcionalmente avocada a impedir concretamente que se materialice el fenómeno criminal. A diferencia del proceso socializador dirigido a la totalidad poblacional, la prevención juega funciones más puntuales en el contexto social controlador, por cuanto se enfoca a evitar las posibles acciones dañosas de grupos e individuos concretos o a neutralizar variables tales como la oportunidad de delinquir. Teniendo en cuenta las formas del control social usadas en la prevención se ha generado una dicotómica valoración preventiva, reconociéndose la existencia de una prevención social y de una prevención penal, de acuerdo a si es ejecutada por la instancia del control social informal (prevención social) o por la instancia del control social formal (prevención penal)[17].

Por otra parte, las actuales posiciones criminológicas coinciden en reconocer que la estrategia de represión, como variante reguladora debe instituirse en el último eslabón de la cadena controladora, debido a la intrínseca "nocividad" de la acción penal y a su finalidad neutralizadora y aislativa del criminal. El uso del Sistema Penal (represión) para el control de la criminalidad se manifiesta solo con respecto a la violación del orden social concebida como tipo penal; en este sentido la estrategia de represión del control social asume un carácter reactivo, de respuesta retributiva ante el delito, "se trata de la imposición reactiva de un mal, de un dolor o castigo, impuesto por y según la ley"[18].

Centrándonos ya en la estrategia reguladora objeto del presente artículo podemos afirmar que el paradigma resocializador de reacción social poseedor de una esencia humanista persigue lograr la influencia positiva sobre el infractor; se aleja propositivamente de la tesis retribucionista de la sanción penal y pretende cumplir las expectativas comunitarias e individuales de reinserción social del sancionado, con la consecuente pacificación futura de las relaciones sociales.

El modelo resocializador posee detractores y defensores que desarrollan enconadas polémicas, principalmente en torno a la legitimidad o no del tratamiento rehabilitador, nuestra posición se inclina por la aceptación del tratamiento en discusión, de manera repensada y reestructurada. El modelo de reacción basado en la corrección resocializadora debe recurrir a un espectro amplio de recursos controladores; por ejem-

[17] En este sentido véase, González Rodríguez, M., ***La prevención criminológica del delito en la comunidad*****.** En: Revista Judicial de La Paz. Enero-diciembre del 2001. Bolivia, p. 200 y García-Pablos De Molina, A., ***Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas.*** Editora Tirant lo Blanch. 1994. Valencia, p. 242.

[18] Véase Varona Martínez, G., ***ob. cit.,*** p. 157.

plo: el uso de agencias de ejecución penal en estrecha combinación con agencias comunitarias, la diversificación de los medios o sistemas normativos, la recurrencia a responsabilidades reguladoras compartidas entre las formas principales del control social, etc.

La resocialización[19] ha sido tradicionalmente concebida dentro de la estrategia represiva o como consecuencia de ella. Se presupone que la represión aplicada a un individuo por su actuar delictivo, trae consigo aparejada una necesidad resocializativa. En este sentido reconocemos una interactividad evidente de las estrategias represiva y resocializadora, aunque defendemos su independencia como estrategias controladoras, teniendo en cuenta que aún cuando puedan coexistir temporalmente y ser consecuencia una de otra, las funciones y trascendencia para el control se encuentran diferenciadas.

Para realizar tal aseveración nos apoyamos en que la represión persigue que mediante el castigo se logre un efecto preventivo-disuasorio de alcance defensivo social, y a tales efectos direcciona los mecanismos y agencias del aparato jurídico-penal; mientras que la resocialización parte de la perspectiva de utilidad individual y reconocimiento de la esencia social de esa conducta criminal, con posibilidad de ser modificada removiendo los elementos criminógenos de la personalidad.

Para la resocialización "el hombre, pues, y no el sistema, pasa a ocupar el centro de la reflexión científica: lo decisivo (...) no es castigar implacablemente al culpable (castigar por castigar, en definitiva, es un dogmatismo o una crueldad), sino orientar el cumplimiento y ejecución del castigo de modo tal que éste pueda reportar alguna utilidad al propio infractor"[20].

Así pues, ante la distorsión conceptual con imposibilidad de ser controlada por las agencias del control social informal, que signifique una lesión a bienes jurídicos penalmente protegidos se desata la estrategia represiva operada por agentes a través de mecanismos extracomunitarios, los que con carácter reactivo-coercitivo destinan su funcionamiento (entre otros fines) a producir una corrección socializadora especial, conocida tradicionalmente como resocialización.

[19] La estrategia resocializativa está íntimamente relacionada con la prevención especial penal, como función que se enfoca sobre el delincuente, bien puede ser neutralizándolo, intimidándolo o resocializándolo con el fin de que se reintegre a su medio social con una conducta social normal. Las tres vertientes mencionadas coinciden con la prevención especial negativa, la intimidación del individuo y la prevención especial positiva, respectivamente. El fin neutralizador y de aislamiento del delincuente corresponde a la prevención especial negativa; la intimidación del individuo tiene como objetivo actuar coactivamente sobre el comisor para evitar su reincidencia y la prevención especial positiva se centra en la resocialización del individuo como fin de la pena que implica su rehabilitación y reinserción social.

[20] Vid. García-Pablos De Molina, A., ***Tratado... cit.***, pág. 940.

La necesidad de la resocialización como acción enmendadora, aparece por la existencia de socializaciones defectuosas que necesitan ser censuradas con una intervención social más enérgica, asumida y ejercida por el estado y sus organismos especializados. Resocialización significa, por tanto, modificación de pautas incorrectas de comportamiento que funcionaron o pueden funcionar como determinantes psico-sociales de conductas de trascendencia delictiva. Se aspira mediante esta socialización sustitutiva, a influir benéficamente en las personas que han violado determinadas normas con vistas a lograr una actuación social ceñida a la ley[21].

II.1- VALORACIÓN CRÍTICA DOCTRINAL SOBRE LA RESOCIALIZACIÓN

Las posiciones de los diferentes autores en torno al tema de la resocialización se pueden organizar en tres segmentos principales, aún cuando dichos grupos o segmentos no poseen posiciones "puras" en cuanto a la defensa o crítica de la estrategia funcional resocializativa. Las opiniones encontradas se manifiestan de la siguiente manera:

- Defensores de la resocialización (ALARCÓN, REDONDO, E. PÉREZ Y GARRIDO GENOVÉS).
- Detractores de la resocialización (MUÑOZ-CONDE, BERGALLI, MAPELLI Y TERRADILLOS).
- Posiciones valorativas intermedias (DE LA CUESTA, BERISTÁIN, GIMÉNEZ-SALINAS Y RIFÁ).

En el afán de sintetizar someramente las críticas más frecuentes a la pretendida resocialización del Sistema Penitenciario que fundamentan principalmente la segunda de las anteriores posiciones, nos detendremos en las principales valoraciones cuestionadoras:

- Imprecisiones en torno al concepto de resocialización

  Se parte del criterio conceptual original de que la resocialización consiste en la nivelación o corrección de la deficiente socialización del recluso o la realización de una "socialización de reemplazo", posición obviamente ambigua. La ambigüedad conceptual expresada genera desacuerdo doctrinal, lo que posibilita, según GARCIA-PABLOS DE MOLINA[22], que la noción "resocialización" sea defendida o detractada desde concepciones teóricas enfrentadas o cuando menos divergentes.

[21] Para profundizar sobre estas ideas véase: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., ***Fundamentos teóricos para una estrategia de control social de la criminalidad en Cuba.*** Ponencia presentada al V Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Noviembre del 2003. La Habana, pp. 7-8.

[22] GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. (1979). ***La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo.*** ADP. España, p. 650.

La ausencia de un dimensionamiento conceptual exacto del término "resocialización" acarrea sustanciales consecuencias para el privado de libertad, en tanto resulta una noción extremadamente vaga a los efectos de su trascendencia carcelaria. La carencia de precisión conceptual normativa relativa al significado y consecuencia de la estrategia controladora resocializativa propicia el crecimiento de la inseguridad jurídica en la ejecución de las sanciones; lo que a su vez contribuye a la posibilidad factible de que las administraciones penitenciarias desarrollen comportamientos arbitrarios en la búsqueda de la resocialización, lo que puede matizar negativamente la valoración, por parte de dichas administraciones, de las fronteras existentes para el respeto a los derechos de los reclusos.

- Legitimidad o no del tratamiento resocializador

  La idea reformatoria, correccionalista o de tratamiento del penado parte de un supuesto déficit socializativo del sujeto, por lo que el núcleo duro de la cuestión radica en ayudar al delincuente a "superar su retraso", provocando una transformación social mediante el tratamiento penitenciario.

  Los detractores del tratamiento penitenciario[23] para la resocialización aseguran que más que reeducar lo que se pretende es "someter" al recluso con la intención de que obedezca la disciplina carcelaria administrativa. Al respecto MIR PUIG[24] opina que el tratamiento carcelario dirigido a la resocialización puede ser:

  - **No necesario:** Cuando nos encontramos ante un delincuente ocasional, o en casos de imprudencia.
  - **No lícito:** Cuando se aplica a delincuentes por convicción, ejemplo: delincuencia política.
  - **No posible:** Ante delincuentes multireincidentes o delincuentes sexuales.

Existe un segmento de estudiosos[25] que aceptan como positivo el tratamiento carcelario por cuanto introduce elementos de humanidad

[23] El tratamiento penitenciario debe ser entendido como el sistema de actividades direccionadas intencionalmente al logro de la reeducación y reinserción social de los sujetos privados de libertad, significa por tanto, que el tratamiento constituye el recurso con el que se busca conseguir los fines resocializadores.

[24] MIR PUIG, S. ***Derecho Penal, parte general.*** PPU, Barcelona, 1990. España, p. 217.

[25] "Otros autores prefieren emplear el término "*normalización*". Efectivamente, si el interno ha de volver a la sociedad, debe procurarse que la vida en prisión sea lo más parecida posible a la vida en el exterior. Para ello es indispensable tener en cuenta factores como la ubicación de cárceles (próximas a los núcleos urbanos para facilitar las visitas familiares y las salidas de los internos) la participación de la sociedad en la vida penitenciaria, la de los funcionarios en la vida cotidiana de la prisión (no reservarles un papel meramente controlador y pasivo), etc.". Véase: ROJAS CASCANTE, D.A. Y JARQUÍN CEPEDA, R. I. ***Resocialización y Sistema Penitenciario.*** Tesis de Maestría en Ciencias Forenses, 2007, Managua, Nicaragua, pp. 47-48.

en el violento ámbito de las prisiones. Parten de entender el tratamiento como un instrumento de "construcción" de las habilidades sociales elementales para el recluso preparando, de alguna manera, a los internos para su futura vida en libertad; rechazan la consideración del tratamiento resocializativo como una "máquina de modificación" de personas y lo visualizan como instrumento de intervención positiva.

- ¿Obligatoriedad del tratamiento resocializador?

  Debemos partir del criterio garantista que presupone que el recluso no puede se coaccionado en ningún caso, por lo que llegamos a la conclusión que una vivencia tan trascendente como es el tratamiento resocializador debe poseer un esencial carácter voluntario. La decisión volitiva del privado de libertad de asumir o someterse a un tratamiento resocializativo posee una inviolable condición no obligatoria, en tanto, la coactividad en este aspecto trascendería como una severa lesión a los derechos fundamentales, a la dignidad del recluso y al libre desarrollo de su personalidad, derechos del penado que deben erigirse como frontera infranqueable de la ejecución penitenciaria y la intervención resocializativa.

  Por ello sostenemos que se debe dar la elección al penado para determinar libremente su voluntad de someterse o no someterse al tratamiento penitenciario. Deben existir garantías jurídicas que permiten al recluso demandar contra la imposición del tratamiento resocializador.

- ¿Necesariedad del tratamiento resocializador?

  Retomamos la opinión de MIR PUIG arriba expresada sobre la posibilidad real de que el tratamiento resocializador no sea necesario usarlo cuando nos encontramos ante delincuentes plenamente integrados a la sociedad, como pueden ser por ejemplo: los delincuentes económicos o de cuello blanco, los delincuentes pasionales, los delincuentes ocasionales, etc.

  En general, los segmentos doctrinales críticos de la institución analizada afirman que el reconocimiento de la necesariedad de la resocialización devela la falacia de las corrientes dogmáticas que defienden como único fin sancionador el de la resocialización, corrientes que dejan de reconocer hipócritamente las aspiraciones retribucionistas y neutralizadoras puras que sí funcionan en la realidad de aplicación del Derecho Penal contemporáneo. En razón de lo anterior, si asumimos que el único fin de la pena es la resocialización, ¿por qué entonces aplicar penas privativas de libertad a los comisores que no

necesitan de esa resocialización con vistas a su integración social, por cuanto son individuos plenamente integrados y reconocidos socialmente, ejemplo: delincuentes de cuello blanco?

Lo anterior nos lleva a considerar la posición cuestionadora de la Criminología Crítica respecto a la resocialización, posiciones que afirman que el problema no radica en la necesidad de modificar al delincuente, sino que la verdadera exigencia de la acción enmendadora aparece en relación a la modificación de la sociedad en general, donde predominan estructuras sociales jerárquicas, de dominación y de explotación que producen el crimen. Para los criminólogos críticos, de antemano se encuentra condenado al fracaso, todo aquel tratamiento resocializador que contemple solo medidas sobre el individuo antisocial, ignorando la criminogénesis de las estructuras sociales.

Un aspecto que recibe exacerbadas críticas en relación a la capacidad resocializativa de las prisiones, parece en la evaluación de la cárcel como un medio hostil, desocializante y estigmatizador.

II.2- CAPACIDAD RESOCIALIZATIVA DE LA CÁRCEL ANALIZADA DES- DE SUS CONDICIONES DE VIDA MATERIALES Y CULTURALES.

La mayor racionalidad cuestionadora en general del Sistema Penal y en especial del Subsistema Penitenciario gravita en torno a los costos resultantes de su acción. Varias son las razones de crítica al ejercicio de la justicia penal en las sociedades modernas, una de ellas radica en que el desempeño de las funciones del Derecho Penal implica la imposición de una sanción constitutiva de un sufrimiento doloroso para el penado y colateralmente para su familia. Este subproducto dañoso de la acción del Sistema Penal "es en cierto sentido una paradoja moral, pues se persigue el bienestar de la sociedad, la restricción del uso y amenaza de la coacción, la salvaguardia de la libertad, y la promoción de la dignidad humana; recurriendo a actividades que implican coerción, privación de libertad y desmedro de la dignidad humana"[26].

La sanción penal en sus variantes más severas, nos referimos a la pena de muerte y a la privación de libertad, representa una peculiar cirugía social en la que los cirujanos y sus instrumentos (sistema penal) extirpan una parte del cuerpo social (el justiciable) que ha demostrado con su comportamiento (el acto delictivo) ser portador de deter-

[26] Cfr. SÁNCHEZ, C. Y HOUED, M.A., ***Abolicionismo y Democracia***. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm. (Consultado 14/04/2009), párrafo 26.

minada "malignidad social". La anterior alegoría nos evoca el inmenso riesgo de los remedios violentos, los que solo deben utilizarse en situaciones extremas para las que no existan alternativas posibles.

Los representantes de la dogmática penal partidarios del recrudecimiento de la pena privativa de libertad parecen desconocer que a pesar de todas las sanciones penales aplicadas hasta el momento, la cuota de reincidencia delictiva permanece extraordinariamente alta; por ello con razón se afirma que la variante de reacción social caracterizada por el aumento indiscriminado del rigor penal[27] solo conduciría a un sobredimensionamiento del Sistema de Justicia sin la correspondiente reducción del fenómeno criminal.

Las autorizadas opiniones de CLAUS ROXIN expresan que "se espera demasiado cuando se supone que a través de las penas duras se reducirá sustancialmente la criminalidad existente"[28]. El mencionado científico expresa su distanciamiento del incremento en el volumen de aplicación de las penas privativas de libertad, lo que argumenta a partir de cuatro inconvenientes[29] de este tipo de sanción:

1- Resulta difícil educar para un comportamiento adecuado en sociedad a partir de condiciones de encierro radicalmente distintas a la vida en libertad.

2- La pena privativa de libertad posee un efecto disocializador, al sustraer al recluso de sus vínculos comunitarios normales.

3- Se produce un efecto de "infección criminal" motivado por los contactos e intercambios con los demás reclusos, reforzándose y profundizándose la deformación personológica.

4- El enorme coste financiero que significa para la sociedad mantener el funcionamiento del sistema penitenciario.

No resulta novedosa la afirmación de que la realidad carcelaria ha evidenciado una amplia pobreza en el desarrollo de la pretendida capacidad resocializadora de la pena privativa de libertad. La alta cuota de reincidencia y el ostensible engrosamiento de la carrera criminal de los penados demuestran el fracaso de la cárcel como instrumento de con-

[27] Se refiere a la variante político-criminal conocida como "Maximalismo Penal" y que se caracteriza por la ampliación indiscriminada del rigor penal, acentuando dicho rigor, tanto en la elevación de las penas como en el desarrollo de la eficacia del Sistema Penal, a través del aumento del número de policías, jueces, fiscales, centros penitenciarios, etc.

[28] Cfr. ROXIN, C., ***Problemas actuales de la política criminal***. Conferencia dictada en el ciclo "Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales". Septiembre del 2000. Munich, p. 2.

[29] Véase. ROXIN, C., ***ob. cit.,*** pp. 2-3.

trol social, entre otras razones porque "no se pueden segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas"[30]. Se demuestra con lo valorado hasta el momento, que la pena de privación de libertad debe ser usada en última instancia por la agencia judicial del Sistema Penal; teniendo en cuenta que a esta reacción enérgica solo conviene recurrir en los casos que sea útil y necesario, pues su empleo exagerado implica una saturación penitenciaria, que a la postre desvirtúa la utilidad y pertinencia del control social punitivo.

A continuación profundizaremos en algunos de los motivos más reiterados de incriminación que de manera obvia trascienden negativamente a la capacidad resocializativa de la cárcel.

II.2.1- EL HACINAMIENTO CARCELARIO

Como se ha evidenciado anteriormente en las sociedades modernas se ha producido un crecimiento acelerado de la población carcelaria[31], si tenemos en cuenta la clara tendencia al indiscriminado uso de la sanción penal de privación de libertad. Sin embargo, no se ha producido un aumento proporcional de la capacidad física del Sistema Penitenciario, más bien se acredita un deterioro acelerado de la infraestructura carcelaria, incapaz ya de asumir la excesiva población de reclusos.

Nos encontramos, por tanto, ante un fenómeno de sobrepoblación carcelaria o hacinamiento penitenciario entendido como "el exceso de personas privadas de libertad por sobre la capacidad de alojamiento oficialmente prevista, y medimos dicha sobrepoblación por medio de la densidad carcelaria por cien plazas (el número de personas privadas de libertad, dividido por el número de plazas previstas, por cien). Esta medición puede hacerse tomando en consideración la totalidad del sistema penitenciario, y así se obtiene el promedio de la densidad carcelaria de todo el sistema (…), o puede hacerse en cada una de las unidades penitenciarias"[32].

Las condiciones de sobrepoblación penitenciaria se han convertido en detonantes en los estallidos de motines, secuestros y conflictos de

[30] BARATTA, A., ***Resocialización o control social***. Ponencia presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal". Lima. Septiembre de 1990. Disponible en Word Wide Web: http://www.cvd.edu.ar/materias/primero/513c3/textos/baratta.htm. (Consultado 14/04/2007), párrafo 11.

[31] En los países capitalistas, principalmente en los periféricos, a partir de la Política Criminal postmoderna de la emergencia, se ha evidenciado que lo que interesa es utilizar la cárcel como depósito para excluir e incapacitar poblaciones consideradas «peligrosas», «de riesgo», pero sobre todo «desechables».

[32] CARRANZA, ELÍAS. ***Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles.*** En: AA. VV. Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Siglo Veintiuno editores. 2001. México, p. 11.

todo tipo en gran parte de las cárceles latinoamericanas[33], lo que ha probado hasta la saciedad que en condiciones de tanta precariedad material resulta insostenible la pretensión de lograr efectos resocializativos en los reclusos. Más que cumplir con la pretendida resocialización, el Sistema Penitenciario con su acción produce efectos contrarios de índole deshumanizante consistentes en: un endurecimiento espiritual, insensibilidad, desocialización, profundización de la marginalidad, despego progresivo a los valores, etc.

II.2.2- EFECTOS ESTIGMATIZANTES

Conjuntamente con la aplicación de una sanción penal, encontramos un resultado no declarado ni perseguido por la reacción formal ante el delito; nos referimos a la estigmatización como efecto residual de la acción del Sistema Penal. La violencia o intimidación de violencia física que implica la pena privativa de libertad significa una afectación corporal[34] o limitación física de movimientos que se concentra en una temporalidad determinada; sin embargo, la estigmatización se entroniza como una consecuencia social que permanece visible en el medio y en el tiempo, pues "trasciende el eventual cumplimiento de la pena formal, deviniendo en una sanción casi perpetua y de erosión lenta"[35]. La estigmatización como "corolario informal de la reacción formal contra el delito"[36], constituye un sufrimiento impuesto al justiciable que como padecimiento queda fuera del control y de las intenciones del Sistema Penal. Si consideramos que el individuo es un sujeto social y que la estigmatización afecta precisamente su condición de ser social, podrá comprenderse en parte la trascendencia que para la actividad del reo (tanto laboral, social, comunal, etc.) tendrá este proceso colateral dañoso.

[33] En la mayoría de los países de Latinoamérica el Estado no posee la suficiente capacidad para solventar los serios problemas de infraestructura penitenciaria, más bien se han visto obligados a reducir su presupuesto producto al colapso de las economías, la elevación acelerada de las deudas externas y la crisis fiscal; aún cuando resulta válido aclarar que dichos gobiernos, más bien haciendo gala de orfandad en cuanto a la Política Criminal se refiere, han recurrido indiscriminadamente al mecanismo primario del control social punitivo, convirtiéndolo en el recurso único de solución de conflictos sociales.

[34] Se parte del criterio de que la pena de prisión al privar de movimientos y libertad al condenado, lo afecta en su corporeidad, aunque no en el sentido físico-dañoso de las penas corporales clásicas. Para la corriente abolicionista del Derecho Penal, la sanción de privación de libertad se diferencia de las penas corporales de la antigüedad, en que el tiempo de sufrimiento corporal en estás últimas era concentrado y menor (por ejemplo el dolor al ser azotado); mientras que la pena de prisión actual es un sufrimiento físico que se prolonga en el tiempo. Véase: González Rodríguez, M. (2004). ***Fundamentos teóricos del control social.*** Tesis Doctoral en Ciencias Jurídicas. Capítulo III. Universidad de La Habana. La Habana, Cuba.

[35] Salas Porras, R., ***La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas.*** En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm. (Consultado 13/04/2008)**,** párrafo 32.

[36] Cfr. Salas Porras, R., ***ob. cit.,*** párrafo 4.

Como consecuencia de la estigmatización, aparece la reducción de la autoestima del sujeto y consecuentemente la autoestigmatización. Más allá de la marginación real a que lo somete su medio social, comienza en el individuo un proceso de automarginación, generado por una autovaloración como ente anómalo, negativo y extraño al conglomerado social. Sus intereses vitales se atemperan a esta percepción negativa y como resultado el individuo estructura su actuar, proyectándose al cumplimiento del comportamiento antisocial que se presupone o se espera de él, en consonancia con la estigmatización y la autoestigmatización a que está sometido, produciéndose así la desviación secundaria[37].

II.2.3- LA PRISIONALIZACIÓN

Los resultados destructivos de la cárcel sobre la personalidad del sujeto sometido a sanción de privación de libertad son conocidos como efectos de prisionalización. Tales consecuencias negativas poseen índole diversa, destacándose los daños psicológicos y los daños sociológicos; en el caso de los primeros se manifiestan los estados depresivos y angustiantes y en lo que respecta a la óptica sociológica se pueden valorar como resultados dañosos la asunción de puntos de vista, valores y normas propios de la subcultura carcelaria[38] basada en las informales relaciones de poder y violencia que se estructuran jerarquizadamente en el contexto penitenciario.

La subcultura carcelaria se desarrolla en torno a situaciones anómalas a las que se somete a los reclusos como consecuencia lógica de su vida en prisión, nos referimos por ejemplo a la falta de intimidad del privado de libertad, a los reacondicionamientos sexuales que se producen asociados a la incomunicación heterosexual existente, la carencia de autodeterminación intramuros, la regulación comportamental a partir de un sistema de recompensas y castigos que aportan sutiles y a veces evidentes beneficios o perjuicios de alta sensibilidad para el recluso, además que no debemos olvidar que la cárcel aún sigue siendo un castigo corporal.

[37] El proceso de estigmatización ha "demostrado en la práctica que refuerza la conducta social delincuencial, a más de ser un elemento de desagregación por la sociedad de aquellos que han cometido hechos delictivos, fortalece la tendencia a exclusión de la actividad socialmente útil, provoca la desigual ante la ley y genera por sí mismo disfuncionalidad al incitar a los individuos a cambiar sus roles y status social". Véase. MILÁN ACOSTA, G. Y DÍAZ AMAU, M., ***La percepción social del delito y de los procesos de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación.*** Ponencia al IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales. 1998. La Habana, p. 2.

[38] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., ***Control Social y Sistema Penal.*** PPU. 1987. Barcelona, pp. 467-468.

Según BARATTA[39] la socialización negativa existente en los centros penitenciarios, se configura a través de dos procesos: uno de "desculturización" y otro de "culturización". La "desculturización" acontece como consecuencia de la desadaptación a la vida en libertad por la pérdida de los referentes sociales relacionados con los valores y modelos de comportamiento propios de la vida social normal. Mientras la "culturización" es identificada por este autor con la prisionalización, proceso en que los antiguos referentes sociales son sustituidos por actitudes, formas de comportamiento y valores propios del ambiente carcelario. El "aprendizaje adaptativo" de la cultura dominante en la prisión contrarresta las pretensiones reeducativas y resocializadoras de la pena de prisión, poniendo en crisis de legitimidad la propia sanción de privación de libertad.

[39] BARATTA, A., ***Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal.*** Séptima reimpresión. 2001. Siglo XXI editores, S.A.. México**,** pp. 193-196.

CONCLUSIONES

El Sistema Penal se configura como un entramado sistémico complejo de acción controladora que se organiza por niveles de funcionamiento, mecanismos de acción y órganos controladores. Como niveles funcionales posee el plano normativo-abstracto y el plano fáctico-concreto; en tanto mecanismos de acción desarrolla los mecanismos de elaboración, de aplicación de las normas y de ejecución de las penas. Las entidades controladoras del Sistema Penal se organizan a su vez en agencia legislativa y agencias ejecutivas, dentro de las que prestamos especial atención al Sistema Penitenciario.

La labor de las estructuras del control social, tales como el Sistema Penitenciario, carece de efectividad si no poseen un programa de acción que las vincule o aúne funcionalmente. La coordinación de acciones entre los elementos estructurales, en función de la regulación social es conocida como Estrategia del Control, constituyendo en sí misma un componente funcional vital de la gestión del sistema de control social, entre dichas estrategias se destaca la resocialización, la cual constituyó objeto del presente trabajo.

La estrategia resocializadora persigue evidentemente un mejoramiento humano y ante todo se constituye en una alternativa a la represión retribucionista “pura y dura”. En torno a la resocialización gravita una enconada disputa doctrinal que, entre otros muchos aspectos, se refiere a la ambigüedad del concepto, a la factibilidad de resultados reales de esta estrategia y al carácter de tratamiento correccional obligado que supone. Al margen de tal disputa doctrinal y práctica, consideramos que el ideal y la praxis de la estrategia resocializadora no debe ser abandonado y si repensado y reestructurado cuidadosamente en aras de una regulación más humanista del orden social.

La realidad carcelaria actual carece de las condiciones necesarias para poder cumplir las funciones de resocialización y por ello los estudios críticos al respecto han invalidado ampliamente la hipótesis de la resocialización del delincuente a través de la cárcel; sin embargo, debemos reconocer que a pesar del fracaso hasta ahora constatado en las acciones resocializativas, conviene continuar sosteniendo la idea de la resocialización con el objeto de no dar cabida a los defensores de las teorías neoclásicas y neoliberales de la retribución y de la neutralización.

A pesar de los inconvenientes y críticas a que puede ser sometido el Control Social Punitivo, el mismo continua jugando entre otros, el fin de configuración de la paz social y de aseguramiento del orden de convivencia, a través de la protección de los bienes jurídicos fundamentales. En aras del cumplimiento de esos fines imprescindibles para el mo-

mento actual, el Derecho Penal es calificado por el segmento doctrinal más realista como "una triste obligación" para la concordia social y como "un mal necesario y por ello requerible, pero en todo caso un mal"[40]. Siendo así, se acepta que la existencia de las leyes penales y de sus mecanismos de aplicación aporta en la práctica un relativo orden social.

Reconocemos que la intervención punitiva por sí sola no garantiza la eliminación de las conductas delictivas, sin embargo, aún cuando las leyes no son la solución, no podemos obviar la evidencia de que en los momentos actuales careceremos de una relativa paz y estabilidad social, si la esfera jurídica no actúa como factor regulador coadyuvante de otras políticas sociales de lucha contra la criminalidad. Por consiguiente, "el Derecho Penal evita la anarquía y, por tanto, es indispensable"[41].

[40] Roxin, C., ***¿Tiene futuro el Derecho Penal?.*** En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen No. 49. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Enero de 1998. Madrid***,*** p. 374.

[41] Roxin, C., ***Problemas..., ed. cit.*****,** p. 2.

BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE, E.L. (2003). ***Bienes Jurídicos y Sistema Penal. Una investigación acerca de la racionalidad de la tutela normativa estatal (Penal) respecto de los distintos bienes jurídicos.*** Tesis doctoral. Universidad Nacional del Litoral. La Pampa.

ANIYAR DE CASTRO, L. (1980). ***Reacción social y conducta desviada.*** Ediluz. Maracaibo.

ARISMENDY DÍAZ, G. (1999). ***La crisis del modelo penitenciario en Latinoamérica.*** Disponible en Word Wide Web: http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.penal.3.htm. (Consultado 12/03/2009).

ASCÚA, J. (1999). ***Los mecanismos de control social frente a los conflictos sociales-justicia penal: poder de resolución.*** Disponible en Word Wide Web: http://www.portalbioceanico.com. (Consultado 17/08/2009).

BARATTA, A. (1990). ***Resocialización o control social***. Ponencia presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal". Lima. Septiembre de 1990. Disponible en Word Wide Web: http://www.cvd.edu.ar/materias/primero/513c3/textos/baratta.htm. (Consultado 14/04/2007).

_____ (2001). ***Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal.*** Séptima reimpresión. Siglo XXI editores, S.A.. México.

BERGALLI, R. (1996). ***Control Social Punitivo. Sistema Penal e Instancias de Aplicación*** (Policía, jurisdicción y cárcel). Disponible en World Wide Web: http://www.ub.es/cgi-bin/htimagen/barmap.map./ (Consultado 29/04/2009).

BUSTOS RAMÍREZ, J. (1987). ***Control Social y Sistema Penal.*** PPU. Barcelona.

CALVO GARCÍA, M. (1992). ***Las nuevas máscaras de la violencia jurídica***. En: Sentido y Razón del Derecho. Enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática. Editorial Hacer. Barcelona.

CARRANZA, E. (2001). ***Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles.*** En: AA. VV. Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Siglo XXI editores, S.A. México.

CID MOLINÉ, J. Y LARRAURI PIJOAN, E. (1997). ***Penas alternativas a la prisión.*** Editorial Bosch, S. A. Barcelona.

DE LA CRUZ OCHOA, R. (2001). ***Control Social y Derecho Penal***. En: Revista Cubana de Derecho. No. 17. Enero-junio del 2001. Editado por la Unión Nacional de Juristas de Cuba. La Habana.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. (1997). ***Un Derecho Penal en la frontera del caos*****.** Disponible en Word Wide Web: http://www.pazenred/htm#caos. (Consultado 31/01/2008).

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1998). ***La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista.*** En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 10, No. 15. Diciembre de 1998. Disponible en Word Wide Web: http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA15/edit15.htm. (Consultado 01/02/2009).

ELBERT, C.A. (2001). ***El sistema penal ante las exigencias del presente.*** Ponencia presentada en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. Septiembre del 2001. Santa Fe. Disponible en Word Wide Web: http://www.lexpenal.com.ar. (Consultado 12/03/2009).

GARCÍA GALLÓ, G.J. (1984). ***Categorías del materialismo dialéctico.*** Editorial Gente Nueva. La Habana.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1979). ***La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo.*** ADP. España.

_____ (1993). ***El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal).*** En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen XV, la Victimología. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

_____ (1994). ***Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas.*** Editora Tirant lo Blanch. 1994. Valencia.

_____ (1999). ***Tratado de Criminología.*** Editora Tirant lo Blanch. Valencia.

GARRIDO GENOVÉS, V. (1994). ***Intervención y tratamiento de los delincuentes hoy: hechos y esperanzas.*** En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen XXIX, Criminología. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Septiembre de 1994. Madrid.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. (2001). ***La prevención criminológica del delito en la comunidad***. En: Revista Judicial de La Paz. Enero-diciembre del 2001. Bolivia.

_____ (2003). ***Fundamentos teóricos para una estrategia de Control Social de la criminalidad en Cuba.*** Ponencia presentada al V Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Noviembre del 2003. La Habana.

_____ (2004). ***El Control Social de la criminalidad: sus componentes estructurales, funcionales y organizativos.*** Monografía publicada por la Editorial Feijóo. UCLV. Santa Clara.

_____ (2004). ***El Sistema Penal: su estructuración y selectividad como manifestación del Control Social Formal.*** Artículo publicado en las Memorias en CD del "2do Simposio de Pensamiento Jurídico Contemporáneo". Santa Clara.

_____ (2006). ***La Sociedad Civil cubana en el Control Social Informal de la criminalidad***. Capítulo publicado en el Libro "La implementación de penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil". Editado por Reforma Penal Internacional y la UNJC. La Habana.

_____ (2007). ***Bases teóricas para el análisis del Sistema de Control Social de la criminalidad.*** *En: Revista Jurídica Número 15, Año 8, enero-diciembre de 2007. Editada por el MINJUS. La Habana.*

MILÁN ACOSTA, G. Y DÍAZ AMAU, M. (1998). ***La percepción social del delito y de los procesos de estigmatización en la sociedad cubana de los 90. Una aproximación.*** Ponencia al IV Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales. 1998. La Habana.

MIR PUIG, S. (1990). ***Derecho Penal, parte general.*** PPU, Barcelona, España.

MORRILLAS CUEVAS, L. (2002). ***Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro***. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 4. Disponible en Word Wide Web: http://www.criminet.ugr.es/recpc_o4=06.htm . (Consultado 16/08/2009).

NAVARRETE CALDERÓN, C. (2003). ***Criminología: alcances, ciencia, disciplina y práctica social.*** En: Texto de Criminología. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. La Habana.

PECES-BARBA, G. (1983). ***La creación judicial del Derecho desde la teoría del Ordenamiento Jurídico.*** En: Poder Judicial, No. 6. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid.

RODRÍGUEZ MORALES, A. (2002). ***Algunas notas en torno al subsistema penitenciario.*** Disponible en Word Wide Web: http://www.geocities.com/cienciaspenales/index.html. (Consultado 30/01/2008).

ROJAS CASCANTE, D.A. Y JARQUÍN CEPEDA, R. I. (2007). ***Resocialización y Sistema Penitenciario.*** Tesis de Maestría en Ciencias Forenses. Managua. Nicaragua.

ROXIN, C. (1998). ***¿Tiene futuro el Derecho Penal?.*** En: Cuadernos de Derecho Judicial. Volumen No. 49. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Enero de 1998. Madrid.

_____ (2000). ***Problemas actuales de la Política Criminal***. Conferencia dictada en el ciclo "Puntos de discusión de vanguardia en las ciencias penales". Septiembre del 2000. Munich,

SALAS PORRAS, R. (1996). ***La reacción formal al delito y sus funciones no declaradas.*** En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm. (Consultado 13/04/2008).

SÁNCHEZ, C. Y HOUED, M.A. (1996). ***Abolicionismo y Democracia***. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, No. 11, Julio de 1996. Disponible en Word Wide Web: http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA11/edit11.htm. (Consultado 14/04/2009)

SÓÑORA CABALEIRO, M. (2000). ***Prevención, comunidad y participación.*** En: Revista Jurídica, No. 2. Dirección de Información y Divulgación Jurídica del Ministerio de Justicia. La Habana.

_____ (2003). ***Prevención Social.*** En: Texto de Criminología. Facultad de Derecho. U.H. La Habana.

VARONA MARTÍNEZ, G. (1998). ***La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica.*** Editorial COMARES. Granada.

VÁZQUEZ PENELAS, A. (2003). ***Valorando oportunidades para la prevención social en Cuba.*** En: Selección de Lecturas sobre Sociología y Trabajo Social aplicado. Editorial Félix Varela. La Habana.

VÁZQUEZ, A. Y SÓÑORA, M. (2002). ***El proceso de socialización y la formación de las orientaciones valorativas.*** En: Selección de Lecturas sobre Sociología y Trabajo Social. Curso de Formación de Trabajadores Sociales. La Habana.

LA NECESIDAD Y EL MERECIMIENTO DE PENA EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO
Requirement and reward of punishment in money laundering

Dra. Diana Hernández de la Guardia
Centro de Investigaciones Jurídicas
Ministerio de Justicia

Resumen

El artículo aborda los fundamentos esbozados por la doctrina sobre la necesidad y el merecimiento de pena en el delito de lavado de dinero, los cuales son aplicables al tipo establecido en el Código Penal cubano.

Summary

The article approaches the foundations sketched by the doctrine about requirement and reward of punishment of a modern penal type: the money laundering, which are applicable to the crime settled down in the Cuban penal Code.

Palabras Clave

Necesidad de pena, merecimiento de pena, derecho penal, derecho administrativo, lavado de dinero, investigación teórico-jurídica, Cuba.

Key Words

Requirement of punishment, reward of punishment, criminal law, administrative law, money laundering, theoretical law research, Cuba.

1. Acerca del concepto de necesidad de pena y su aplicación en el delito de lavado de dinero

En relación con los términos de necesidad y merecimiento de pena, Luzón Peña ha manifestado que el **merecimiento** de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación muy intensa, por concurrir un injusto culpable especialmente grave que debe conllevar a un castigo, en tanto la **necesidad** de pena presupone el merecimiento, pues el hecho en sí necesita ser sancionado al no existir ningún otro medio que sea eficaz y menos aflictivo. Continúa expresando este autor que, a los conceptos de necesidad de pena y merecimiento de pena, no se les pueden atribuir criterios totalmente delimitadores en cuanto a la noción de uno u otro, debido a que ni siquiera la doctrina se ha puesto totalmente de acuerdo al momento de definirlos y determinar su finalidad y se manifiestan

como «círculos secantes», mostrando aspectos de coincidencia y otros de franca individualización[1].

Al comenzar a delimitar el primer término, se plantea que la **necesidad de pena**, «supone prestar atención a la repercusión que tiene dicho comportamiento infractor sobre la regulación jurídica, en nuestro caso, administrativa»[2] y sólo si con tal medida no puede obtenerse el fin propuesto, se dará paso, entonces, a la ordenación penal[3].

Se parte entonces, de que puede crearse un ilícito cuando no bastan las normas administrativas para reprimir las conductas infractoras, debiendo suceder las normas penales a las regulaciones administrativas.

Al valorar la imperiosidad de la punición o no de un ilícito, en este caso el delito de lavado de dinero, se precisa ante todo delimitar hasta qué punto es necesaria la condena penal o si la conducta puede ser castigada únicamente con normas administrativas, ya que si la protección puede ser garantizada desde el campo del Derecho administrativo[4], resultaría infundado mantener la tutela penal. Es decir, que se precisa concretar si existe la **necesidad** de pena, lo que no demerita la existencia del sistema contravencional.

La presencia de un adecuado ordenamiento administrativo en el ámbito económico, no está, sin embargo, carente de recriminaciones por la doctrina, que ha considerado que si se adopta una excesiva regulación de carácter administrativo con el fin de limitar posibles actos de lavado de dinero, puede afectar la libre circulación de bienes y resultar contraproducente al momento de garantizar el adecuado desenvolvimiento de las relaciones económicas, convirtiéndose en obstáculo de mecanismos ya establecidos[5].

1 LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL; «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo I, enero-abril, 1993, pp. 22 y ss.

2 GÓMEZ INIESTA, DIEGO J.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona, Cedecs Editorial S.A., 1996, p. 41.

3 FARIA COSTA, JOSÉ DE; «El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal)», traducción del original «O branqueamento de capitais (algunas reflexões à luz do dereito penal e da política criminal)» realizada por Paz Arenas Rodrigáñez, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 668.

4 FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.; *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, COLEX, 1998., p. 41.

5 ARÁNGUEZ SANCHEZ, CARLOS; «El delito de blanqueo de capitales», Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, pp. 278-280. FABIÁN CAPARRÓS; *El delito*, ob. cit., pp. 234-235.

Por otra parte, y resulta lo más peculiar, al decir de Hamilton Fazey, existe conocimiento acerca de cómo ocurren las relaciones mercantiles lícitas, pero se sabe muy poco o casi nada sobre cómo se procede en el mundo ilícito[6]. Por ello, para contribuir eficazmente a la detección y evitación de tales conductas, es necesario el dominio de los mecanismos de los cuales se vale la delincuencia organizada para introducirse en estos negocios y hacer efectivos sus propósitos, pues pueden estarse reglamentando aspectos innecesariamente o quedar, contrariamente, lagunas que sí debieron ser controladas.

Al momento de regular jurídicamente, debe evitarse además, que se defina demasiado linealmente el criterio de lo lícito y de lo ilícito, brindando a los blanqueadores la posibilidad de manejar resquicios para utilizarlos en su beneficio[7].

Puede ocurrir otro tanto, y es que frente a un excesivo normativismo se pierda toda perspectiva; los funcionarios se hastíen ante esa gran cantidad de requerimientos y en definitiva no se cumpla con ninguna disposición administrativa, como también lo opuesto, cuando esos funcionarios decidan mecánicamente poner en tela de juicio a todos los posibles infractores, podrían abarrotarse las instituciones policiales de sospechosas informaciones inútiles[8].

Existe cierto consenso acerca de que, en cuanto al lavado de dinero, las regulaciones de corte administrativo no solucionan la prevención y evitación de tales conductas. Esta posibilidad debe ser desechada como única alternativa, si se toma en cuenta que al autor le depararía apenas una multa como respuesta frente a su grave actuar, pudiendo considerar tal supuesto y «la eventualidad de su pago como un riesgo más de la empresa y... como un coste plenamente asumible que, en todo caso, podrá repercutir a través de un aumento de los precios»[9]. Tampoco pudiera considerarse innecesaria su regulación penal específica aduciendo la proximidad de este delito a otras figuras penales como la receptación y el encubrimiento, puesto que esta conducta no puede ser asimilada a tales tipos penales debido a que constituye un delito diferente, con características propias que lo delimitan eficazmente[10].

[6] HAMILTON FAZEY, IAN; «Debate and Discussion», *en Attacking the profits of crime: Drugs, Money and Laundering*, Viena, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention. Global Programme against Money-Laundering, 1998, p. 25.

[7] FABIÁN CAPARRÓS; *El delito*, ob. cit., p. 235.

[8] 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, Santafé de Bogotá, Caja Agraria, 1997, pp. 62-63.

[9] FABIÁN CAPARRÓS; *El delito*, ob. cit., p. 237.

[10] SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS; «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», en *La Ley- Actualidad, Editorial La Ley- Actualidad*, Madrid, 1998, p. 1720.

Contradictoriamente a los presupuestos teóricos que expresan que las normas administrativas han de anteceder a las disposiciones de corte criminal, en el entorno europeo la mayor parte de las conductas de carácter penal tipificadas como blanqueo de capitales, surgieron a partir del cumplimiento de los preceptos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en adelante Convención de Viena[11] y de la adecuación de normativas comunitarias (como aconteció para el caso de países como España, Holanda, Alemania, Bélgica, etc.)[12], o a partir de la atemperación a estas preceptivas[13] de normas ya creadas (como ocurrió en Italia y en Francia), violentándose así el principio esbozado.

Es decir, que lo adecuado para estos países europeos, hubiera sido que frente a la insuficiente protección recibida por la normativa administrativa se hubiera acudido al Derecho penal[14], tal como acaeció en Cuba, sin embargo, coincidiendo con lo expresado por Suárez González, «en contra de lo que hubiese resultado correcto, la respuesta penal ha precedido en el tiempo a la de índole administrativa-sancionadora, y se ha proyectado sobre comportamientos que por falta de regulación específica se encontraban carentes de control en el ámbito económico-financiero, es decir, en aquel contexto donde resulta necesario incidir de forma prioritaria si se persigue la plena eficacia de la norma penal»[15].

2. El merecimiento de pena en el delito de lavado de dinero

El segundo de los conceptos, el **merecimiento de pena,** apunta a considerar el grave daño[16] que pueda ocasionar este delito en la socie-

[11] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1988 y de entrada en vigor el 11 de noviembre de 1990.

[12] MARTINOT, SABRINA; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, en *Actualidad Penal,* No. 42, 17-23 noviembre de 1997, pp. 948 y ss.

[13] Ibídem, pp. 962 y 968.

[14] Tal y como ha sucedido en Colombia, que considerando deficientes los preceptos administrativos que exigen a los funcionarios de la banca la política de «conozca a su cliente», ha creado un tipo penal titulado «Omisión de Control» (HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDOA.; «Omisión de Control. Aspectos administrativos y penales», en *Segundo Simposio Creditario sobre la prevención de lavado de activos,* Santafé de Bogotá, Caja Agraria, 1997, p. 80), que establece: «Artículo 325. *Omisión de control*. El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerza actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

[15] 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*, Madrid, Edersa, No. 58, 1996, p. 127.

[16] CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, ob. cit., p. 212.

dad[17]. Para apreciar una acción merecedora de sanción penal, la lesividad de la conducta ha de ser tal y la afectación a la sociedad debe considerarse tan relevante, que hagan insostenible como única opción la existencia de normas administrativas, conllevando a que se acuda al Derecho Penal como *ultima ratio*[18].

Al ser aplicado al delito que nos ocupa, habrá de analizarse si la ejecución de actos de lavado de dinero ocasiona graves afectaciones en el contexto social. Sin embargo, también en este punto pueden verse no pocos matices. Una minoría de la doctrina considera que el lavado de dinero no causa daño alguno, más bien, beneficia el desenvolvimiento económico de un Estado, toda vez que permite la entrada de una gran cantidad de capitales que potencian el desarrollo económico.

Al ahondar sobre ese parecer, debe tomarse en cuenta la razón de existencia de los paraísos financieros, -que constituyen territorios facilitadores de la incorporación de dinero en sus economías, sin recabar en su procedencia - por las enormes ventajas financieras de la entrada de capital ilícito, sobre todo si son naciones de débiles economías. En tal caso, cabría preguntarse hasta qué punto resulta lesionado el ámbito socioeconómico, cuando a raíz de sus políticas permisivas manipulan divisas, reciben financiamiento para las actividades económicas, crean empleos, etc., lo que garantiza su crecimiento monetario[19]. Tal situación adquiere mayor preponderancia en aquellos enclaves donde se ofrece todo tipo de servicios financieros (denominados «supermercados de servicios financieros»[20]) pues sólo buscan captar capitales, sin importar su origen.

Es constatable que la entrada de fondos ilícitos, -que ocurre principalmente a partir del narcotráfico[21]- reporta ciertas ventajas, pues genera empleo y una industria propia, que garantiza el mantenimiento del negocio y el lavado de dinero[22].

[17] Dice Gómez Iniesta que el «*merecimiento de pena* se determina fundamentalmente a través de la valoración de la dañosidad social de una conducta», GÓMEZ INIESTA, D. J.; *El delito*, ob. cit., p. 38.

[18] CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ra. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 207.

[19] 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, pp. 158 y ss.

[20] UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION; *Financial Havens*, *Banking Secrecy and Money-laundering*, ob. cit., p. 14.

[21] BLANCO CORDERO, ISIDORO; *El delito de blanqueo de capitales*, Segunda edición, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 40 y ss. FABIÁN CAPARRÓS; *El delito*, ob. cit., p. 210.

[22] NEUMAN, ELÍAS; *La legalización de las drogas,* Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 177-185.

Los gobiernos no están ajenos a la importancia económica que reviste la entrada de grandes caudales monetarios ilícitos. Muchos los han permitido y no se ha tratado solamente de países pobres. Cuando un estado autoriza la «opacidad fiscal para pagarés del Tesoro»[23], o permite «brokers de divisas»[24] o la compra de los conocidos «eurobonos»[25], como ha sucedido en países europeos, está facilitando que los sujetos poseedores de bienes ilícitos hagan uso de ellos y los inserten en el mercado legal bajo un sustrato que les garantiza discreción, en tanto se está beneficiando de todo un caudal económico y financiero que necesita y frente al que no se hace muchas interrogantes.

A las ventajas económicas apuntadas habría que agregar, además, que reprimir este delito implica grandes costos, puesto que demanda la implementación de complejas regulaciones jurídicas y un sinnúmero de controles e inspecciones a ejecutar por funcionarios que deben ser preparados, sin olvidar que, además, con esa política, se verían disminuidas -cuando no suprimidas-, las entradas de esos bienes, ya que por razones de simple competencia, estarían privilegiados aquellos territorios que no las hubieran asumido[26].

Algunos estudiosos, por las razones ya apuntadas, han abogado por permitir la ejecución de los actos de lavado de dinero. Suárez González expone que el acto de blanquear es positivo, porque el dinero deja de encontrarse en el marco de la ilicitud para someterse a los controles e impuestos establecidos[27] y plantea Bajo Fernández que el «reflotamiento de rendimientos opacos» no solamente no es importante desde el punto de vista penal, sino que además debe ser promocionado[28]. Por su

[23] «El Estado cuando realizaba la oferta de opacidad fiscal para los Pagarés del Tesoro, era precisamente para que: por un lado los poseedores de bienes de procedencia delictiva tengan una oportunidad de aflorarlos e introducirlos en el circuito legal y, por otro, y más importante, que la compra de estos pagarés servían para financiar el déficit público»: DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 69.

[24] «Actúan como intermediarios entre las partes operantes del mercado de divisas que se desarrolla en el Euromercado, éste a su vez comprende todos los mercados internacionales de dinero, crédito y capital»: DEL CARPIO DELGADO; *El delito*, ob. it., p. 67, Nota 95.

[25] «Son instrumentos de deuda al portador transferibles, emitidos a medio plazo por prestatarios de gran cantidad. Precisamente las operaciones se realizan solamente por teléfono y a través de los intermediarios que actúan por parte de las instituciones financieras»: DEL CARPIO DELGADO; *El delito*, ob. cit., p. 67, Nota 96.

[26] FABIÁN CAPARRÓS; *El delito*, ob. cit., p. 209.

[27] SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J.; «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», ob. cit., p. 142. Pero como el mismo autor plantea, la sanción de este delito no tiene preocupaciones impositivas.

[28] BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal, Madrid, 1993, pp. 147 y 148.

parte Gómez Iniesta coincide en que el blanqueo debe ser entendido como un acto auténtico, ya que quien lo realiza busca insertar en el caudal lícito sus bienes ilícitos, y lo remarca expresando que además «en fechas recientes el Estado incluso abrió las puertas del mercado financiero para la inmisión en el mismo de dinero negro»[29]. Tal planteamiento tiene su correlato con constatación práctica. En España se demostró en cierta oportunidad, que el resultado de la venta y la distribución del hachís, fue utilizado en la adquisición de pagarés del Tesoro[30].

A las naciones les reporta grandes ventajas la incorporación de ese dinero. Por ejemplo, el abono de los pagarés del Tesoro permite estabilizar la balanza de pagos y ayuda a superar el déficit público, aún cuando los fondos de que se nutra para ello sean ilícitos[31]. Por tal razón resulta entonces incomprensible porqué algunos países reprimen el lavado de dinero con similar gravedad al narcotráfico[32], y otros incluso lo superan[33].

Autores como Gómez Iniesta, que se ha manifestado con cierta comprensión en cuanto a lo beneficioso de esta conducta, critica de los poderes públicos una postura indiferente frente a los comportamientos que implican la legitimación de capitales: «el Estado no puede permanecer impasible ante comportamientos de este tipo ni mantener una postura pasiva en cuanto a la determinación de la procedencia del dinero; ya que, si esto fuera así estaríamos creando una economía ficticia, sometida a fuertes especulaciones, controlada por grupos criminales que se sirven, ... de la neutralidad moral de las normas disciplinadoras del mercado»[34].

Es un hecho cierto que la comisión de este delito afecta el adecuado funcionamiento de las transacciones en el mercado. Si una persona puede obtener grandes ganancias porque incorpora caudal ilícito en su negocio, está violando las normas más elementales de la competitividad; si puede adquirir un número elevado de acciones de determinado negocio para elevar artificialmente su precio, violenta las normas más simples de funcionamiento del mercado. Si aparecen inversores extranjeros excesivamente solventes frente a los nacionales, ocurre otro tanto. Este delito puede alterar el régimen cambiario establecido[35]. Es decir, que de cualquier manera en que se presente, el delito altera el orden que ha sido trazado para un conveniente desarrollo del mundo económico, afectando además la credibilidad del sistema[36].

29 GÓMEZ INIESTA, D. J.; *El delito*, ob. cit., p. 40.
30 Sentencia 649/1996 de 7 diciembre 1996, RJ 1996/8925.
31 DEL CARPIO DELGADO; *El delito*, ob. cit., p. 80.
32 MARTINOT, S.; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, ob. cit., p. 972.
33 FABIÁN CAPARRÓS; *El delito,* ob. cit., p. 218.
34 GÓMEZ INIESTA, D. J.; *El delito*, ob. cit., pp. 40-41.
35 BLANCO CORDERO; *El delito*, ob. cit., pp. 219 y 229.
36 BAJO FERNÁNDEZ, M.; «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal», ob. cit., pp. 591 y 592.

Tales conductas traen perjuicios *per se*, como pueden ser la pérdida de confianza en las instituciones, afectan el normal desenvolvimiento de las relaciones de mercado, generan corrupción, inciden en el adecuado funcionamiento de las instituciones estatales y financieras, etc.[37]. Además, de permitirse conductas de lavado de dinero, se estarían indirectamente promocionando las actividades delictivas de las organizaciones transnacionales dedicadas al crimen, puesto que estas gozarían de la posibilidad de legitimar sus caudales ilícitos.

Si de los delitos cometidos nos circunscribiéramos a los de tráfico de drogas, se lesionaría también indirectamente la salud pública, y por qué no, la seguridad del Estado se vería resquebrajada frente a la ola de riqueza, corrupción[38] y desestabilización que genera[39], por lo que no compartimos desde ningún prisma los planteamientos vertidos por una parte de la doctrina a favor del escaso daño social de los actos de lavado de dinero, remarcando su gran lesividad, pronunciándonos a favor de su punición dada la indiscutible gravedad de tales conductas.

Como se constata, son muy variadas las formas en que el delito de lavado de dinero puede afectar los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Esta es una modalidad muy perniciosa, que ocasiona nefastas e incalculables consecuencias que deben ser tenidas muy en cuenta para rebatir las posibles ventajas que depararía la omisión de una tipicidad que reprima estos actos. Es por eso que los organismos internacionales han logrado sensibilizar a toda la comunidad internacional acerca de las graves consecuencias que ocasionan las actividades de lavado de dinero, por lo que si bien en los diez primeros años a partir de firmada la Convención de Viena, no se apreciaron grandes resultados, pues de 145 países firmantes apenas 30 tenían adecuadas regulaciones[40] -entre los que se encontraba Cuba-, ya en estos momentos solamente quedan pocos Estados que no colaboran con esta dura batalla[41].

3. La necesidad y el merecimiento de pena para el delito de lavado de dinero previsto en el Código Penal cubano.

En el caso de Cuba, el proceso de establecimiento del delito de lavado de dinero transcurrió de manera acertada. Al conocerse la relevan-

37 FABIÁN CAPARRÓS; *El delito,* ob. cit., p. 212.

38 FARIA COSTA; «El blanqueo de capitales», ob. cit., pp. 661-662.

39 Sobre la dañosidad en general: GÓMEZ INIESTA, D. J.; *El delito*, ob. cit., p. 38.

40 HAMILTON FAZEY, I.; «Setting the context», ob. cit., p. 4.

41 SEMINARA, S.; «La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea», en *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 275.

cia de las nefastas consecuencias de la ocurrencia de este tipo penal, fue aconsejable la regulación del delito, luego de comprobar que las normas administrativas, adoptadas previamente, resultaban insuficientes para coartar la ejecución de tan graves conductas.

De modo que se contó con un variado conjunto de disposiciones administrativas que regularon la actividad bancaria y financiera, con vistas a enfrentar la posible ocurrencia de actos de lavado de dinero. Como ejemplo de algunas de esas disposiciones (previas o no al delito), se pueden mencionar las siguientes Resoluciones e Instrucciones:

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

Resolución No. 27. «Creación del centro de información de riesgo». 17-12-1997.

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.

Resolución No. 79. «Regulaciones de supervisión bancaria para bancos, instituciones financieras no bancarias y oficinas representativas». 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.

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

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. 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.

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

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.

A partir de los fundamentos desde el punto de vista de la **necesidad** de la pena, fue ostensible que se hacía ineludible acudir a las disposiciones criminales, por tal razón, a raíz de las disposiciones contenidas en la Ley No. 87 de 16 de febrero 1999, en Cuba se reguló el **delito de lavado de dinero**, en el artículo 346 del Código Penal.

Se puede afirmar que para nuestro país se justifica la intervención penal en el delito de lavado de dinero, en atención a la importancia de este ilícito y a la magnitud de las lesiones que provoca, lo que se conoce como principio de mínima intervención penal, que según Muñoz Conde, no significa que ha de hacerse patente solamente en los casos más extremos, sino también cuando el daño sea tal que no exista otra posibilidad que utilizar esta «arma de defensa ... más terrible y más dura de cuantas dispone el ordenamiento jurídico del Estado»[42].

[42] MUÑOZ CONDE, F.; «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 16, Edersa S.A., Madrid, 1982, p. 112.

BIBLIOGRAFÍA

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS; «El delito de blanqueo de capitales», Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal, Madrid, 1993.

BLANCO CORDERO, ISIDORO; *El delito de blanqueo de capitales*, Segunda edición, Aranzadi, Pamplona, 2002.

CARBONELL MATEU, J. C.; *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, 3ra. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FABIAN CAPARROS, EEDUARDO A.; *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, COLEX, 1998.

FARIA COSTA, JOSÉ DE; «El blanqueo de capitales (Algunas reflexiones a la luz del Derecho penal y de la política criminal)», traducción del original «O branqueamento de capitais (algunas reflexôes à luz do dereito penal e da política criminal)» realizada por Paz Arenas Rodrigáñez, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995.

GÓMEZ INIESTA, DIEGO J.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona, Cedecs Editorial S.A., 1996.

GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELIAS; «Evaluación y proyección jurídica del lavado de activos», en *Segundo Simposio Creditario sobre la prevención del Lavado de activos*, Colectivo de autores, Santafé de Bogotá, Caja Agraria, 1997.

HAMILTON FAZEY, IAN; «Debate and Discussion», *en Attacking the profits of crime: Drugs, Money and Laundering*, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention. Global Programme against Money-Laundering, Viena, 1998.

_____ «Setting the context: ten years on from the 1988 Convention», *en Attacking the profits of crime: Drugs, Money and Laundering*, Viena, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention. Global Programme against Money-Laundering, Viena, 1998.

HERNÁNDEZ QUINTERO, HERNANDO A.; «Omisión de Control. Aspectos administrativos y penales», en *Segundo Simposio Creditario sobre la prevención de lavado de activos,* Santafé de Bogotá, Caja Agraria, 1997.

LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL; «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo I, enero-abril, 1993.

MARTINOT, SABRINA; «Tráfico de drogas y blanqueo de dinero ¿una política criminal europea?, en *Actualidad Penal* No. 42, 17-23 noviembre de 1997.

MUÑOZ CONDE, F.; «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 16, Edersa S.A., Madrid, 1982.

NEUMAN, ELIAS; *La legalización de las drogas,* Buenos Aires, Depalma, 1997.

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.

SEMINARA, S.; «La evolución del Derecho penal del mercado financiero desde una perspectiva europea», en *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS; «Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo», en *La Ley- Actualidad, Editorial La Ley- Actualidad*, Madrid, 1998.

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*, Madrid, Edersa, No. 58, 1996.

UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROLAND 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 Tecnical Series, New York, United Nations, 1999.

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA VÍA DE APREMIO EN EL CONTEXTO CUBANO ACTUAL

The urgency toad in the current Cuban context

Lic. Claudio Ramos Borrego, Director CIJ Lic. Milkos Lázaro Gual Díaz, Investigador CIJ Lic. Seida Barrera Rodríguez, Investigadora CIJ

Resumen

Las contravenciones son sanciones administrativas leves a conductas que, debido a su escasa peligrosidad social, el Estado decide reprimir por la por vía no penal. Sin embargo, la poca gravedad de la medida no puede obstaculizar su cumplimiento inexorable, por lo que el Estado deberá asegurarse de que se establezcan medidas accesorias para los reincidentes y lograr el cobro o ejecución de la medida mediante la vía de apremio contra los morosos.

En la actualidad el infractor se encuentra en estado de incertidumbre frente a los actos de la Administración, ya que se viola en ocasiones el principio "non bis in ídem", el monto de determinadas contravenciones es muy elevado en comparación con el salario medio, falta un procedimiento único en el que se incluyan los términos de pago, autoridades competentes, forma de ejecución de la vía de apremio, entre otras cuestiones. Por tanto, el sistema contravencional cubano requiere de un profundo análisis y reforma que permita incorporar en una sola norma todos los tipos de contravenciones, así como el procedimiento para su aplicación.

Summary

Contraventions are slight administrative sanctions for conducts the State decides to repress by the non penal road, because of its scarce danger. However, the little gravity can't be an obstacle for its inexorable execution, so the State must ensure accessory measures are settled down for the recurrent ones and the urgency road against the doubtful ones.

Currently, the offender is in a state of uncertainty over the acts of government, and sometimes incurred in violation of the principle «non bis in ídem», the amount of determined violations is very high compared to medium wages, there's a lack of a single procedure that includes payment terms, competent authorities, execution manner of the urgency road among other issues. Therefore, the Cuban contravention system requires a profound analysis and reform to incorporate into a single standard all types of violations, and its implementation procedure.

Palabras Clave

Contravenciones, Vía de apremio, Inspectores Integrales

Contraventions in the present cuban context

Key Words Contraventions, urgency road, integral inspectors

INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como objetivo principal valorar la vía de apremio dentro del sistema contravencional cubano a partir de sus antecedentes históricos, análisis conceptual y fases del procedimiento. Igualmente, hemos realizado un breve estudio de Derecho comparado teniendo en cuenta algunas de las instituciones contravencionales, para analizar su comportamiento en países como Canadá, Argentina o Colombia. En correspondencia con los resultados obtenidos, nos plantearemos realizar propuestas de modificaciones a la normativa jurídica vigente, con el interés de perfeccionarla.

En la sociedad de principios del siglo XXI, Cuba no es ajena a la corrupción, el uso indebido de bienes del Estado, la indisciplina y otras violaciones de la legalidad socialista. Estas conductas son resultado, entre otros factores, de la pérdida de valores generada por el surgimiento de desigualdades sociales producidas por las reformas económicas que el Gobierno Revolucionario se vio obligado a establecer para salvar la independencia nacional y las conquistas sociales alcanzadas hasta el comienzo de la década de los años 90 del siglo pasado. Las difíciles condiciones económicas y sociales que existieron en aquellos momentos en el país, originaron la promulgación de un elevado número de conductas consideradas como contravenciones, que generan un alto índice de sanciones administrativas y procesos judiciales. A esto hay que agregar que los actuales medios de que dispone la administración, para hacer cumplir las medidas que se aplican a los contraventores, no aseguran el grado de eficacia que se esperaba, por lo que se ha hecho necesario replantear este tema y darle una nueva solución.

II. CONCEPTOS

La Real Academia Española define la contravención como “obrar en contra de lo que está mandado, contravenir un precepto”. En el Diccionario Jurídico digital 2000, puede leerse que la palabra contravención proviene del latín contravenire, equivalente a “oponerse”, y lo define como la acción u omisión contraria a lo que dispone una norma de derecho, ya sea ésta una ley, un decreto, un reglamento o una sentencia judicial. Ambas definiciones resultan demasiado amplias para el uso de los operadores del derecho, en criterio de los autores, ya que los términos utilizados no diferencian al delito de la contravención; más específico resulta el Artículo 1 del Decreto-Ley 99 de 1987 cuando establece que “constituyen contravenciones la infracción de las normas o disposiciones legales que carezcan de peligrosidad social por la escasa entidad de sus resultados.”

Para el profesor Quirós Pírez, la diferencia esencial radica igualmente en la peligrosidad social[1]. El delito es un hecho criminal intrínsecamente inmoral y dañoso a los intereses de la sociedad, mientras que las faltas o contravenciones no menoscaban los principios morales de la sociedad o sus intereses, ni son peligrosas, pero es necesario reprimirlas, pues en menor cuantía pueden causar daños materiales, perjuicios o lesionar intereses sociales o individuales. Esta diferencia se ha venido conformando desde tiempos remotos en consideración a la mayor o menor gravedad de los hechos jurídicos analizados. Otro criterio es el de Sáenz Elizondo, para él "la ratio distinguendi entre delitos y contravenciones (…) es una cuestión de política criminal propia de cada sociedad precisamente porque está anclada a los sistemas de valores"[2]. Si tenemos en cuenta que la afirmación de este importante autor puede aplicarse al análisis de cualquier momento histórico, la peligrosidad social puede ser hoy tal como la consideramos una cuestión determinante, pero mañana quizás no. Cualquier predicción al respecto puede enriquecer el debate, pero no puede significar la toma de posturas definitivas.

Encontraremos un antecedente del tratamiento diferenciado de delitos y contravenciones en el Derecho Romano, cuando en época del Imperio se podía sancionar un mismo hecho aplicando distintas normas jurídicas en dependencia del daño infligido, en unos casos la Ley de las XII Tablas y en otros los edictos de los ediles. Durante la etapa de la Monarquía, a las penas públicas se les aplicaba ***el suplicium*** o ejecución de culpables, o en su defecto el ***damnum*** o paga de dinero.

En Cuba, durante la atención al público, observamos que el ciudadano medio tiende a equiparar el término de contravención con multa, cuando en realidad existen otras medidas que pueden ubicarse dentro del concepto como la confiscación, el trabajo comunitario, las prohibiciones de frecuentar un lugar determinado o el ejercicio del cargo, el cierre de establecimientos comerciales, entre otras.

Dentro del proceso de aplicación de contravenciones, se encuentra la vía de de apremio como medio de que dispone la Administración para el cobro de créditos consistentes en cantidades líquidas a su favor. Es lo que podría llamarse «acción ejecutiva tributaria» o patrimonial dentro del cumplimiento forzoso de los actos administrativos. Es válido decir que el procedimiento de apremio fiscal es ejecutorio con fundamento en un título ejecutivo propio, procurando la realización efectiva sobre un

[1] Quirós Pírez, R. "Despenalización" Revista No. 10 del MINJUS. Enero-Marzo de 1986, año IV. p. 129.

[2] Sáens, M. A. Aporte al estudio del régimen procesal de las contravenciones en Costa Rica. http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/saenz05.htm

crédito de Derecho Público, mediante la ejecución individualizada sobre el patrimonio del deudor. Se le denomina, además, ejecución enajenante porque para obtener la cantidad de dinero que ha de ser entregada al ejecutante, se necesita privar al deudor de la propiedad sobre los bienes a través del embargo.

La discusión sobre la intervención de la Administración o los tribunales en el apremio es bastante álgida. Autores como J. A. Velasco opinan que «el procedimiento de apremio es la más importante manifestación en el ámbito tributario del privilegio de ejecutoriedad o ejecución de oficio en virtud del cual, la Administración puede ejecutar y hacer cumplir sus decisiones sin precisar del auxilio de la autoridad judicial»; mientras que otros como Sopeña Gil, plantean que «la declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes que se consideran pertenecientes al ejecutado se afectan o adscriben a la actividad de apremio, que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución de que forma parte el embargo»; para Pérez de Ayala «significa pues, la ejecución forzosa, donde goza la Administración de la facultad de ejecutar por sí misma sus actos (sin necesidad de acudir a los Tribunales) y de que el apremio sobre el patrimonio es sólo un medio».

Igualmente existe debate entre los estudiosos sobre la naturaleza de la vía de apremio. La normativa cubana coincide con el criterio del especialista español Ramón Parada al reconocerle un doble matiz: administrativo y judicial, aunque el mayor peso se concentre en el primero. La pequeña muestra analizada de derecho comparado mostró que de los 4 países estudiados, solo Colombia tenía un procedimiento establecido para la vía de apremio, y para ello por la vía jurisdiccional, por lo que no acoge el criterio del doble carácter. Los que suscriben coinciden con Fonseca Pozo[3] cuando dice que es acertado plantear que la naturaleza jurídica del procedimiento de apremio debe ser administrativa al menos en primera instancia, ya que las actuaciones de la administración pueden ser susceptibles de ser revisadas por los tribunales, mientras que las disposiciones jurisdiccionales adquieren el carácter de cosa juzgada material.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA VÍA DE APREMIO

En las antiguas civilizaciones orientales, las normas religiosas comenzaron a transformarse lentamente en normas jurídicas debido al surgimiento de los primeros Estados, los que utilizaron el Derecho para

[3] *Fonseca, Y. et al. Tratamiento Jurídico del Procedimiento de la Vía de Apremio en la legislación tributaria en Cuba. Reflexiones desde la práctica jurídica.* http://www.monografias.com/trabajos53/via-apremio/via-apremio2.shtml. *p. 2.*

consolidar su poder, por lo que no es de extrañar que tanto el delito como las contravenciones se asociaran en un primer momento al resquebrajamiento del orden divino. Las infracciones administrativas eran por supuesto su forma más leve, y participaban del doble carácter violatorio de las normas religiosas y jurídicas. A posteriori, con la evolución del Derecho y la escisión de dichas normas, la contravención adquirió el carácter público que mantiene hasta hoy, donde solo el Estado puede decidir el alcance y contenido de la misma. Como antecedentes normativos del derecho administrativo sancionador podemos mencionar al Código de Hammurabi en Babilonia[4], que no era tal, ya que le faltaba la unidad de criterio y tiempo necesarios para llegar a ser considerado un verdadero código; el Corpus Juris Civilis, y más recientemente el Derecho de Policía de algunos países.

La vía de apremio, cuenta entre sus primeros antecedentes a instituciones tan antiguas como ***la Composición***, que tuvo su origen en la Ley de las XII Tablas de Roma, como indemnización económica forzosa en el campo penal y expresión de la intervención estatal. La compositio fue retomada en el Derecho español, y fue aplicado luego a las Indias Occidentales, a causa de la crisis económica que sufrió la corona en el siglo XVI, por lo que tuvo un fuerte carácter fiscal. En el Derecho español consistió en reemplazar la pena por el pago de una cantidad de dinero. En principio fue voluntaria y luego pasó a ser obligatoria y se le prohibió a la víctima recurrir a la venganza. Es el antecedente directo de nuestra actual indemnización civil por daños y perjuicios, que puede derivarse de delito o no.

Se han conocido hasta la fecha 3 sistemas en el marco tributario en los que ha estado presente la vía de apremio: el ***régimen de arriendo*****,** que el profesor Francisco Sanz califica como "un sistema de percepción de impuesto en el que una entidad ajena al Estado (persona física o jurídica) se ocupa de la cobranza de las sumas tributarias adeudadas"[5]. Este procedimiento se utilizó en la Antigua Roma durante la República, de forma tal que un ciudadano con poder adquisitivo suficiente, podía pagarle al Estado por adelantado la suma total del impuesto establecido, y luego cobrar el gravamen que estimara conveniente a la población de la provincia, considerada como territorio extranjero sometido, cuyos pobladores no tenían derechos de ciudadanía[6]. Continuamos

[4] *Antúnez Sánchez, Alcides Francisco. La imposición de contravenciones administrativas por la administración pública cubana, p. 1http://www.monografias.com/trabajos53/via-apremio/via-apremio2.shtm.*

[5] Sanz, F. El Procedimiento Administrativo de Apremio. Bons. Madrid, 1995, p.110.

[6] Kovaliov, S. I. Historia de Roma. T I. Ediciones Revolucionarias, La Habana, 1971, pp. 235-239.

con los sistemas de órganos administrativos auxiliares**,** donde son los funcionarios públicos los que recaudan, y por último los sistemas de órganos administrativos**,** que cuentan con órganos creados ad hoc para la recolección de impuestos. En Cuba la vía de apremio tiene un antecedente bastante distante en el tiempo en el Código Penal español de 1870, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879. En el mismo se limitó la facultad de la administración para declarar delitos y establecer penas al disponer en sus artículo 23 que "no se reputarían multas y demás correcciones que en uso de sus atribuciones gubernamentales o disciplinarias impusieran los superiores a sus subordinados, (…)"[7], y continúa con la Instrucción de 15 de mayo de 1885 del régimen colonial español. Una vez concluido el período colonial español se dictó la Orden Militar 501 de 11 diciembre de 1900, mediante la cual se estableció el derecho de la Administración a cobrar por la vía de apremio de forma expedita las cantidades que se le adeudasen por un procedimiento puramente administrativo sin que pudiera conocer de él la jurisdicción ordinaria, "posteriormente una sentencia del Tribunal Pleno de 14 de febrero de 1907, expresaba que las multas (…) no tenían carácter de pena"[8].

La Ley Orgánica de los Municipios promulgada por Decreto 568 de 19 de mayo de 1908, establecía en su artículo 126, inciso 30, la facultad de que los ayuntamientos pudiesen imponer multas que no excedieran de $100.00 pesos. Dicha norma, además, contenía el proceso y el término para hacer efectivo el pago de la multa impuesta al infractor, la cual se podía en último caso trasladar al Tribunal. El Decreto Ley 40 de 27 de junio de 1935 creó la Sección de Apremios del Ministerio de Hacienda, con el propósito de fiscalizar e inspeccionar la aplicación de las normas legales que regían entonces esta materia. Posteriormente se dictó el Decreto Ley 773 de 1936 de la Vía de Apremio Municipal, y ese mismo año el Decreto Ley 113 de 31 de julio; ambas normas establecieron en nuestro país una tramitación exclusivamente administrativa para el cobro de los adeudos por la vía de apremio. En todos los casos de aplicación del procedimiento de apremio se concedía el recurso de alzada ante el Jefe de la Sección de Apremio del Ministerio de Hacienda; en caso de no admisión de dicho recurso, cabía el recurso de queja ante la misma autoridad competente, que podía repetirse en el plazo fijado ante al Secretario (Ministro) de Hacienda[9].

El Código de Defensa Social de 1936, en lo adelante CDS, mantuvo el criterio prevaleciente de imponer la sanción de privación de libertad

7 Fernández Paz, Juan A. Las contravenciones. Revista Jurídica # 26, Ene-Mar. 1990, Ediciones Cubanas, p. 14.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

regulada en el Capítulo IX, donde se adecuaban las sanciones a imponer que no debían ser, en el caso de la privación de libertad, superiores a sesenta días. Lo mismo sucedía con las multas, también limitadas a sesenta cuotas de un peso. La vía de apremio personal se establecía a razón de un día de prisión por cada cuota dejada de pagar[10].

Después del triunfo de la Revolución se aplicó la opción de una fuerte tutela penal a los actos del Gobierno Revolucionario. No podía ser de otra manera en medio de la aguda confrontación con las clases explotadoras desalojadas del poder. La ley penal, máxima expresión del poder político revolucionario, se impuso como única vía para proteger los intereses de los sectores populares. No obstante, en la misma medida en que se fue consolidando el poder revolucionario y hasta 1976, se dictaron diversas disposiciones administrativas que colocaron fuera de la legislación penal determinadas conductas infractoras, entre las que pueden señalarse las siguientes:[11]

- Ley 1059 de 27 de septiembre de 1962, que estableció sanciones de multa por infringir lo dispuesto sobre el uso de licencia para la circulación y prestación de servicios de transporte.
- Ley 1278 de 11 de septiembre de 1974 sobre infracciones del Régimen del Carné de Identidad, imponiendo multas administrativas a los infractores.
- Ley 1279 de 9 de octubre de 1974 sobre Registros Pecuarios y Razas Puras, que define conductas que infringían lo dispuesto en el Registro de Ganado Mayor y facultaba a las instancias administrativas para imponer multas.

Es de señalar que en estos primeros años de Revolución no existían las condiciones adecuadas para crear las instituciones de la administración pública que atendieran las faltas administrativas, las cuales se crean y perfeccionan a partir de 1976 con la instauración de los órganos del Poder Popular, y es en este entorno donde se le brinda a la Administración Pública la facultad de usar la coacción administrativa en lo referente a las faltas administrativas y a las contravenciones. Al salir de la esfera penal, la mayoría de las antiguas contravenciones del CDS quedaron desprovistas de un procedimiento, razón por la cual fue necesario de inmediato dictar normas que regularan el modo para imponer las sanciones administrativas y su pago, la primera fue el Decreto-Ley 25 de 30 de mayo de 1979, que reguló las infracciones de la

[10] Ob. cit, pp. 19, 21 y 22.
[11] Ob. cit, pp. 23-24.

seguridad del tránsito y el Decreto-Ley 27 de 1979 sobre Infracciones administrativas, el cual en referencia a la despenalización de las contravenciones señalaba la necesidad de instituir un nuevo régimen legal que definiera y sancionara las acciones u omisiones que, por infringir disposiciones administrativas nacionales o locales, lesionaran levemente el orden público, la seguridad general, el ornato, la salubridad y la propiedad[12].

El CDS vigente en Cuba hasta su derogación por la Ley 21 de 1979, dedicaba el Libro III a las contravenciones recogidas en 9 Capítulos; el último regulaba la adecuación de las sanciones. Este Código se afilió a la concepción prevaleciente en la República dependiente y semicolonial que consideraba que las normas y decisiones administrativas debían ser cumplidas obligatoriamente, lo cual se aseguraba mediante la vía coercitiva atribuida a la Administración, que aplicaba un tratamiento penal a todas las acciones u omisiones que dañaran los intereses de la sociedad burguesa. Es indudable que el hecho de encontrarse en un solo texto legal todas las contravenciones o faltas penales y su procedimiento, facilitaba la aplicación de las sanciones. En la práctica, la Administración exigía una fuerte tutela para algunos de sus actos, considerados como hechos penales leves y a las cuales se les llamó infracciones administrativas, es decir, delitos administrativos. De esta facultad discrecional abusaron los gobiernos corruptos de la seudo república, para cometer infinidad de atropellos. Los juristas que en la época criticaban esos excesos preferían la denominación de contravenciones penales, pero en definitiva esta política penal respecto a los actos administrativos formaba parte del mecanismo de represión del antiguo régimen.

Con la promulgación del Código Penal, Ley 21 de 15 de febrero de 1979, se produjo un cambio sustancial en el tratamiento de las contravenciones o faltas penales, al prevalecer en el legislador la voluntad de sustraer de la esfera penal una serie de conductas de escasa peligrosidad social para, sin dejar de reprimirlas, darles un tratamiento administrativo, mediante la imposición de multas u otras sanciones leves, en consonancia con el escaso daño social o personal que ellos tuvieran. Sin embargo, otras conductas que se encontraban en los capítulos dedicados a las contravenciones en el CDS, fueron recogidas como delitos en la Ley 21. Posteriormente se comprobó que lo más apropiado hubiera sido despenalizar también dichas conductas.

El Decreto Ley 80 sobre Infracciones Administrativas, de 28 de marzo de 1984, dio la posibilidad de interponer recurso de alzada contra el acto administrativo dentro de los quince días siguientes a la imposición

[12] Fernández Paz, Juan A. Las contravenciones. Revista Jurídica # 26, Ene-Mar. 1990, Ediciones Cubanas, p. 45.

de la sanción, previo pago de la multa en el caso de las contravenciones personales. Por su parte, las contravenciones institucionales podían ser recurridas sin ese requisito y además podían recurrir ante lo resuelto en alzada, según regularía el Consejo de Ministros, cosa que nunca se llegó a realizar. Por último se estableció en el mencionado Decreto Ley que no podía recurrirse en la vía judicial[13] contra lo resuelto por la Administración, tanto en las contravenciones de carácter personal como en las institucionales y de esta forma redujo la capacidad de defensa.

A posteriori, se promulgó el Decreto-Ley 99 de 25 de diciembre de 1987[14], que desarrolló las regulaciones dirigidas a simplificar y complementar la legislación referida a las contravenciones personales. Respecto a la posible existencia de conductas que puedan calificarse como contravenciones y delitos al mismo tiempo, el Decreto-Ley 99 sigue el mismo criterio establecido en el Decreto-Ley 80 en su Artículo 19: "al detectar la comisión de un hecho que al mismo tiempo reúna los elementos de una contravención y un tipo delictivo, procederá a imponer la multa y demás medidas que procedan si a su juicio el hecho carece de peligrosidad social, tomando en cuenta las condiciones personales del autor. De lo contrario, la autoridad facultada debe abstenerse de proceder por la vía administrativa y denunciar el hecho como posible delito." Es evidente la preocupación del legislador por evitar la violación del principio *non bis in ídem* por la vía procesal al otorgarle prioridad a los tribunales. Sin embargo, ¿realmente lo logra?

La Dra. Ángela Gómez interpreta este mismo precepto como una violación del non bis in ídem en su vertiente procesal, cuando explica que al conocer en primera instancia la autoridad administrativa, y ante la duda decide enviar el caso a los tribunales, que viene a ser una segunda instancia, existe un doble enjuiciamiento de los mismos hechos[15]. Consideramos que la profesora no solo realizó un análisis acertado, sino que lo amplió lógicamente a la Ley de Procedimiento Penal.

La Ley 62 de 1987, Código Penal, ofreció una tutela penal suavizada a los actos de la Administración que habían quedado despenalizados con la derogación y las numerosas contravenciones que habían surgido por el ejercicio de la acción sancionadora de los distintos órganos del Estado. Al hacerlo el legislador evitó incluir la multa por el incumplimiento de obligaciones, advirtiendo que el deudor moroso podría ser privado de su libertad. La introducción del artículo 170.1 en la Ley 62,

13 Ob. Cit., pp. 41-42.

14 Fernández Paz, Juan A. Las contravenciones. Revista Jurídica # 26, Ene-Mar. 1990, Ediciones Cubanas, p. 85.

15 Gómez, A. El principio non bis in ídem. Sanciones penales y sanciones administrativas. Anuario Centro de Investigaciones Jurídicas. 2004, p. 134.

deja bien claro que el artículo 147.1 debe entenderse que está exclusivamente referido a los actos de desobediencia ante los actos de la Administración. La sanción de privación de libertad de uno a seis meses aparece únicamente en este artículo del Código Penal, y debemos entender que el legislador quiso minimizar la acción penal al establecer esta sanción diferenciada para los infractores que, agotados los trámites administrativos, no cumplan sus obligaciones relativas a las que aparecen en el numeral 3 del referido artículo, se advierte que el acusado puede efectuar el pago del adeudo antes de dictarse sentencia, lo cual ha servido en la práctica como una última oportunidad al infractor, sin tener que imponer la pena. Ante la tendencia de la Administración a utilizar esta vía, el Tribunal Supremo Popular dictó la instrucción 190 de 18 de febrero del 2009, mediante la cual se advierte que los órganos de la Administración sólo podrán remitir a la vía ordinaria estos procesos una vez agotadas todas las acciones administrativas.

IV. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO

En este acápite compararemos nuestra legislación con la doctrina española[16], para la cual existen 3 fases en el procedimiento de apremio. La primera es la de iniciación, y comienza con la notificación de la "Providencia de Apremio" al sujeto pasivo. En nuestro ordenamiento jurídico está prevista esta diligencia mediante requerimiento al obligado, quien dentro de los 5 días hábiles siguientes deberá entregarle a la Oficina de Control y Cobro de Multas, en lo adelante OCCM, bienes muebles equivalentes al pago de la deuda[17].

Después de transcurrido el plazo de pago señalado en la providencia sin que se haya hecho efectivo, se incursa entonces en la fase 2 de desarrollo. Esta es a criterio de Fonseca Pozo y otros colegas de la Universidad de Granma, la etapa más importante, "ya que está compuesta por aquellos actos encaminados a resarcir a la administración o al fisco el débito del que es acreedor"[18]. En esta etapa, Francisco Larruga distingue tres actos"... búsqueda, localización y selección de los bienes embargables..."[19]. La legislación cubana en su articulado es más amplia, pues prevé el embargo no solo de bienes sino también de

16 Colectivo de Autores. Comentarios a la Ley General Tributaria Española. Instituto de Estudios Fiscales. Volumen II. Madrid, p. 1612.

17 Dicha disposición se regula en el artículo 35 del Decreto Ley 99 de 1987, de las Contravenciones Personales.

18 *Fonseca, Y. et al. Tratamiento Jurídico del Procedimiento de la Vía de Apremio en la legislación tributaria en Cuba. Reflexiones desde la práctica jurídica, p. 3. http://www.monografias.com/trabajos53/via-apremio/via-apremio2.shtml*

19 Ob. Cit., p.190.

derechos, aunque para estos últimos no pudo apreciarse ninguna otra disposición, excepto en el artículo 478.3 de la LPCALE[20], cuando se refiere a la ejecución de las sentencias de no hacer. No obstante, en la parte especial del Código Civil referida a obligaciones, opinamos que pueden utilizarse las figuras de la subrogación. Debe señalarse que tanto en la legislación española como en la cubana, existe un listado de bienes inembargables, en el caso cubano debemos remitirnos al artículo 463 del antes citado cuerpo legal.

Según la categoría de los bienes y/o derechos embargados, se establecerá el procedimiento ejecutorio a seguir. Sanz Larruga sigue un procedimiento muy sencillo que los subdivide en:

- **Bienes muebles:** estos deberán entregarse a la Tesorería[21]. En Cuba, la institución que más se asemeja a esta es la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT), pero no es a ella a quien se le entregarán dichos bienes sino al Banco, según establece el artículo 465 de la LPCALE.
- **Bienes inmuebles:** Deben correr el mismo destino que los bienes muebles, pero se requiere de una segunda notificación[22]. Dicha cuestión se prohíbe en nuestro ordenamiento jurídico, a menos que el inmueble embargado no constituya vivienda permanente del deudor, como lo dispone el artículo 463.1 de la LPCALE, y en todo momento se le otorgará el derecho de prioridad en la adquisición al Estado, tal y como instituye el artículo 503 del cuerpo antes citado.

Con la ejecución forzosa comienza la fase 3 de finalización, para liquidar los bienes embargados. En nuestra LPCALE están previstos los pasos para la realización de un proceso ejecutorio, e inclusive existe una regulación específica referida a la Vía de Apremio entre los artículos 499 y 515 del mismo cuerpo legal. Lamentablemente, dichas regulaciones se pensaron para los procesos civiles, por lo que podría expandirse el radio de acción del apremio civil, a la nueva regulación sobre contravenciones.

Una situación que acontece en esta fase es la declaración de insolvencia del deudor, que implica el paro (transitorio o definitivo del apremio), y que en la contabilidad se clasifica como créditos incobrables. Este su-

[20] Ley No. 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Combinado de Periódicos Granma. 2004, p.

[21] Sanz, F. La vía administrativa de apremio: una potestad administrativa en expansión. Revista de Administración Pública. No. 117. Septiembre-diciembre 1988. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, p. 35.

[22] Ibídem, p.

puesto se tipifica ante la ausencia o insuficiencia de bienes y/o derechos embargables del deudor, por supuesto, de forma no fraudulenta.

La tramitación del procedimiento de apremio solo se suspende si: a) se realiza el pago o se garantiza la deuda mediante aval; b) se produce reclamación por tercería de dominio u otra acción de carácter civil, suspendiendo el procedimiento de apremio en lo referente a los derechos o bienes controvertidos.

Los artículos 33 y 35 fijan un límite a las acciones de embargo por la vía de apremio que tienen por propósito evitar que el infractor y su familia queden en la indefensión económica, ejemplo del carácter humanitario de nuestra legislación revolucionaria. En cuanto a la tutela penal, el artículo 38 del mencionado Decreto-Ley señala que de no ser posible tramitar ingresos, bienes muebles o cuenta bancaria por la vía de apremio, la OCCM denunciará estos incumplimientos como posible delito.

V. LA INSPECCIÓN ESTATAL INTEGRAL

La inspección estatal en Cuba, tiene su marco legal en el actual Decreto-Ley No. 100, puesto en vigor en la década de los años ochenta, donde un grupo de Organismos de la Administración Central del Estado (OACE) establecieron cuerpos de inspectores, dándole vigencia a los mismos mediante reglamentos, como es el caso del Ministerio de Salud Pública a través de la inspección sanitaria estatal, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente a través de la inspección ambiental estatal, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el propio Ministerio de Comercio Interior y otros organismos, como los grupos de inspección que se crean por parte de los Consejos de la Administración a niveles provincial y municipal.

El Acuerdo No. 4047 del 2001 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, Reglamento de las Administraciones Municipales y Provinciales del Poder Popular, creó la figura del Inspector Integral, cuya competencia abarca todo el sector del comercio, la gastronomía y los servicios en el territorio a él asignado. A decir de Antúnez Sánchez[23], el actual proceder del grupo de examinadores que ejercen como Inspectores Integrales no se acoge a las regulaciones que se expresan en la norma escrita en materia de derecho contravencional y cita algunas de las irregularidades más frecuentes, entre las que encontramos las siguientes:

- Uso incorrecto de la norma jurídica contraventiva.

[23] Antúnez, A F. La imposición de contravenciones administrativas por la administración pública cubana. Bayamo, 2008, p. 4.

- Traspaso de la potestad de funcionario público al inspector, al exigir la aplicación de medidas disciplinarias a la administración de la empresa.
- Carencia de profilaxis educativa con los infractores antes de recurrir a la multa como última instancia.
- Insuficiente preparación ética, técnica y profesional del cuerpo de inspectores.

El origen de estas irregularidades es multicausal:

- la insuficiente preparación técnico-jurídica de los funcionarios públicos habilitados como inspectores integrales.
- la falta de un código único que regule en su totalidad el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, como procedimiento administrativo común fuera del marco jurisdiccional.
- bajo nivel de colaboración de la inspección integral con las autoridades jurídicas del territorio de que se trate, dígase Fiscalía, Dirección de Justicia o Tribunales, que se limita en ocasiones a la denuncia de posibles hechos delictivos que se salen de la competencia del inspector. Los organismos antes mencionados, en tanto conformados por profesionales del Derecho, tienen todas las aptitudes para brindarle asesoramiento a los fiscalizadores desde el punto de vista técnico, ejecutar proyectos conjuntos de investigación, análisis de casos concretos entre otros. Además, la atención al público que realizan dichas instituciones puede constituir una fuente de información invaluable, que actúe cual termómetro sobre el proceder de los inspectores en el territorio, lo cual permitiría contribuir al perfeccionamiento constante de esta necesaria labor.

Quizás la implementación de un mecanismo que parta desde la dirección superior de cada una de estas entidades y que se implemente como política a nivel nacional fuera lo ideal, pero a falta de este, un simple acuerdo de colaboración que evidencie la voluntad de colaboración entre las partes sería suficiente. A su vez, las autoridades jurídicas pueden retroalimentarse de la información que puedan brindar los inspectores integrales, la cual pudiera derivar en verificaciones fiscales, auditorías, sesiones de trabajo con el Grupo de Prevención correspondiente, entre otras.

Para Antúnez Sánchez[24], las figuras contraventivas de mayor incidencia y uso por parte del Inspector Estatal Integral al momento de aplicar una contravención son las siguientes:

[24] Ibídem., p. 6.

- **Decreto-Ley 227**, de 1997, Contravenciones personales de las normas que rigen la política de precios y tarifas;
- **Decreto 123**, de 1984, de las infracciones contra el ornato público, la higiene y otras actividades;
- **Decreto 155**, de 1989, Contravenciones de las regulaciones sobre comercio minorista, gastronomía y determinados servicios. Autoridades facultadas para imponer multas y resolver los recursos;
- **Decreto 184**, de 1993, Contravenciones sobre las regulaciones del registro comercial;
- **Decreto 272**, de 2001, Contravenciones en materia de ordenamiento territorial y de urbanismo y medidas aplicables;
- **Decreto 200**, de 1999, Contravenciones en materia de medio ambiente y medidas aplicables.

VI. LAS CONTRAVENCIONES COMO ALTERNATIVA A PROBLEMAS ORGANIZATIVOS Y FUNCIONALES

En su tesis doctoral, la profesora Ángela Gómez realizó un estudio y comparación entre las distintas normativas jurídicas contravencionales y el Código Penal[25], del cual concluyó entre otras cuestiones que la proliferación de normas administrativas sancionadoras, unida al escaso control de su cumplimiento, reduce su eficacia y afecta el principio del imperio de la ley y por consiguiente de la autoridad sancionadora de la Administración. Es frecuente que un mismo hecho constituya infracción de más de una norma contravencional, y que el infractor pueda ser sancionado en más de una ocasión por el mismo hecho. La diversidad de normas dictadas por los órganos de la Administración, en ocasiones invaden las esferas de competencia establecidas entre ellos, lo que da lugar a incertidumbre y violación del principio de seguridad jurídica.

Al ser el Estado el propietario de los medios fundamentales de producción y los servicios puede surgir, y en la práctica ha surgido, la tentación de resolver los problemas que aparecen en la actividad industrial y mercantil por la vía del ejercicio del poder sancionador de la Administración., cuando muchos de esos problemas tienen solución mediante un estricto control administrativo, en cuanto a la vigilancia y exigencia en la custodia de la propiedad socialista y los bienes del pueblo trabajador. Las inspecciones sorpresivas preventivas constituyen uno de los mecanismos más efectivos para lograr este objetivo. Pensar que con la multiplicación de las sanciones punitivas se evitarán determinadas

[25] Pérez, L. et al. Una visión perspectiva al Derecho Cubano. Reus. Madrid, 2006, p. 299.

conductas que lesionan el interés social, es una solución con la que se ignora que las empresas del Estado Socialista tienen en el perfeccionamiento empresarial, la vía idónea para resolver esos problemas.

Por todo lo anterior, la Dra. Gómez plantea la necesidad de implementar una ley única que limite la facultad discrecional de la autoridad impositora, adecue a marcos racionales el límite de las multas y homogenice el procedimiento[26]. Coincidimos con la especialista en que debe dictarse una normativa adjetiva o procedimental común a todas las contravenciones, pero además opinamos que también se podría, dentro de esta misma norma o en otra disposición jurídica aparte, agrupar todas las contravenciones vigentes o al menos la mayor parte, previo estudio de las posibles contradicciones entre ellas de manera tal que se acabe con la dispersión legislativa.

Los autores Gual Díaz y Ramos Borrego dictaminaron la regulación de la vía de apremio en uno de los proyectos legislativos de código contravencional, en el cual se establecería una parte sustantiva y otra adjetiva, o sea, se agruparían las figuras típicas de contravenciones con el procedimiento para aplicarlas. El dictamen contiene criterios sobre la autoridad facultada para promulgar la norma, ámbito de aplicación, respeto a la jerarquía jurídica, entre otras cuestiones. Del estudio de las normas específicas de contravenciones emanaron alertas sobre las diferencias entre el procedimiento establecido para las reclamaciones (apelación) y la doctrina (reforma y alzada), que le otorgan mayor protección al infractor; y la reducción de 941 a 200 contravenciones, que puede ocasionar lagunas de derecho. En el nuevo código se intentarían armonizar los 5 Decretos Leyes y 37 Decretos vigentes hasta el 2009, que componen nuestro sistema contravencional. Además, se proponen modificaciones a la Ley de Procedimiento y al Código Penal.

VII. BREVE ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

En este marco fueron revisadas las normas contravencionales de cuatro países. En este sentido, se constató que Canadá, Argentina e Italia cuen- tan con una amplia legislación contravencional, lo cual refuerza nues- tro criterio sobre la conveniencia de evitar la dispersión jurídica median- te un cuerpo único que agrupe todas las figuras jurídicas conocidas hasta el momento en la materia.

Canadá: en la página oficial del Ministerio de Justicia se contaron 280 normas jurídicas entre actos y regulaciones, pero el procedimiento se encuentra regulado en el Contraventional Act de 1992. Una cuestión

[26] Ob. cit., p. 300.

interesante es que regulan un procedimiento aparte para los jóvenes ante el Tribunal de la Juventud, institución que no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Argentina: cada provincia tiene su propio código de contravenciones, de ahí que cuente con 23 legislaciones en la materia. Se plantea por estudiosos del tema que existen violaciones de los derechos humanos e inclusive de convenios internacionales de los que el país es signatario, debido a que el órgano policial es el que detiene, investiga, decide la procedencia de la detención y puede llegar a conceder la apelación. Además, no están establecidos controles judiciales sobre la policía, lo que acarrea privaciones ilegales de libertad, corrupción, inseguridad jurídica, entre otras cuestiones[27]. Coinciden con nosotros en el criterio de que debe existir una jurisdicción especial que conozca de las contravenciones. Como la legislación es tan profusa, se determinó tomar los ejemplos de las provincias de Catamarca, cuyo código se considera violatorio de los derechos anteriormente expuestos y de Buenos Aires, que sí los regula correctamente.

Colombia: El Código Penal regula de manera general las contravenciones, reduciéndolas al concepto de multas (artículo 439). Al seguir este criterio, en el artículo 41 se identifica la vía de apremio con la ejecución coactiva de la multa. El procedimiento contravencional se encuentra regulado en la Ley de Procedimiento Penal colombiana, No. 23 de 1991, que crea mecanismos para descongestionar los despachos judiciales entre otras disposiciones, y la Ley 228 de 1995, que determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales. Es preciso señalar que, en esta legislación la confesión se considera prueba suficiente para considerar culpable al imputado, principio contradictorio con nuestro Derecho penal.

Italia: su regulación parte del Código Penal, en donde el término de contravenciones es sinónimo de "sanción administrativa pecuniaria", por lo que sigue el mismo criterio estrecho de Colombia. Igualmente, la vía de apremio se conoce como "ordenanza judicial". Cuentan con 86 regulaciones solo entre las normas jerárquicamente superiores.

En general, los resultados fueron los siguientes:

Solo la legislación canadiense ofrece una definición de contravención: "infracción regulada en ley y que se designa como contravención por el Gobernador del Consejo"[28]. A nuestro juicio este concepto es

[27] Monti. N. Informe Sistema Contravencional en Argentina. Asociación por los Derechos Civiles. Agosto 2008. www.derechosocial.org.ar/download-projects.php?id=23

[28] *Contraventions Act, 1992, c.47, by Her Majesty. Canada. Section 2* http://laws.justice.gc.ca/eng/C-38.7/20091130/page-0.html?rp2=SEARCH&rp3=SI&rp1=contravention&rp4=all&rp9=*s&rp10=L&rp13=50#idhit1.*

poco esclarecedor, ya que no aborda las diferencias con otras instituciones y le otorga plena potestad a una autoridad no judicial para discernir entre la delgada barrera existente entre el ilícito penal y administrativo. La República Italiana optó por una fórmula parecida: enviar a la legislación especial y que se cumpla lo que se defina para cada figura administrativa por la autoridad competente[29].

Colombia y la provincia de Buenos Aires en Argentina admiten la posibilidad de representación letrada; solo en uno de los países objeto de estudio se pudo encontrar regulación de la vía de apremio ante el impago (Colombia). En la totalidad de los países estudiados la imposición corre a cargo de la policía, y la impugnación se realiza ante los tribunales utilizando el procedimiento de apelación, por lo que se descarta la vía administrativa, cuestión que colocaría a nuestra legislación nacional a la vanguardia. Por otra parte, los términos de las distintas partes del procedimiento difieren bastante, pero coinciden Italia, Canadá y Colombia en los 30 días para imponer y reclamar la contravención.

En el Anexo 2 realizamos una tabla para que puedan observarse mejor los resultados.

Consideraciones finales y recomendaciones

En correspondencia con los objetivos que nos propusimos y los argumentos antes expuestos, fue caracterizado el sistema contravencional cubano mediante la exposición de sus fortalezas y debilidades, lo cual nos conmina a realizar las siguientes valoraciones a modo de conclusiones:

1. En la actualidad, el infractor se encuentra en un estado de incertidumbre al tratar de ejercer el derecho que se le otorga de apelar las sanciones impuestas, al no existir un procedimiento único en el cual quede claramente establecida la autoridad competente a la cual dirigirse, así como los plazos y formalidades. Esta situación genera un sentimiento de indefensión del ciudadano ante los actos de la Administración. El incremento de la progresión de las contravenciones ha dado lugar por parte del Estado a un copioso ejercicio de esta potestad sancionadora de la Administración, con el aumento desmedido de la gama de conductas ilícitas cuyo tratamiento corresponde al área del Derecho Administrativo, por lo que se ha desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico una tendencia a un derecho administrativo sancionador.

[29] *Codice Penale de la Reppublica Italiana.* www.altalex.com/index.php?idnot=36653.

El envío a la jurisdicción ordinaria de los morosos en el pago de las multas aplicadas por la Administración se ha convertido en una última opción para el pago de las multas por contravenciones, con el correspondiente cargo que supone que en los tribunales se acumulen estos casos.

Por toda esta situación, el ordenamiento jurídico cubano necesita reunir en una sola norma todas las figuras contravencionales y el procedimiento para su aplicación, así como utilizar y resolver los recursos correctamente en la tramitación de la vía de apremio (recursos de queja y alzada). Una de las desventajas que entrañaría la promulgación de este código único, sería su reiterada modificación en diferentes momentos en el tiempo y por las disímiles entidades que tienen facultad impositiva, pero al mismo tiempo esta posibilidad se contrarrestaría por la seguridad jurídica que le brindaría al ciudadano, pues se evitarían las contradicciones entre los distintos organismos, al acudir todos al mismo lugar.

2. Estimamos que el órgano encargado en el futuro de la legislación, ejecución, tramitación y control de las conductas consideradas como contravenciones, deberá ser el Ministerio de Finanzas y Precios, previa consulta con los diferentes OACE para codificar y aunar todas las conductas consideradas como delitos menores o contravenciones. Igualmente, debe crearse una Jurisdicción Especial que se dedique a la aplicación de la norma establecida. En este sentido, investigadores argentinos que realizaron un estudio sobre los fallos realizados en materia contravencional en la ciudad de Buenos Aires, coinciden con nosotros al concluir que es conveniente la existencia de un fuero especializado en esta materia[30].

Recomendamos utilizar las cifras anuales brindadas por la Oficina Nacional de Estadísticas (ONE) en el cálculo de los montos de las multas, pues en nuestra opinión debería tenerse en cuenta el salario promedio asociado a las ramas de la producción o los servicios objeto de la contravención, a efectos de garantizar el objetivo educador de la misma. En ese sentido, dichos datos son un poderoso instrumento a favor del legislador. Por ejemplo, en el año 2008 el salario medio mensual en las entidades estatales y mixtas por clase de actividad económica osciló entre $365.00 y $562.00 pesos, para un promedio de $415.00 pesos. Además, la ONE compara todas estas cifras con las obtenidas en años anteriores, por lo que puede calcularse el promedio de incremento del

30 *Cochia J. J et al. La doctrina contravencional en la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de lo Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires.* http:// www1.unne.edu.ar/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-040.pdf

salario de un año a otro, y sobre esa base fundamentar las propuestas de aumento, disminución, creación o eliminación de contravenciones pecuniarias (ver Anexo 1). El principio de proporcionalidad debe aplicarse teniendo en cuenta elementos que antes no existían: la naturaleza privada o pública del posible contraventor, la totalidad de ingresos personales percibidos producto de la reciente regulación del pluriempleo, la posibilidad de exigirle al responsable colateral por la falta de control y supervisión, entre otras cuestiones.

Igualmente, sugerimos establecer el embargo de salario y el trabajo comunitario como nuevas medidas o sanciones a los contraventores. En este último caso, la Administración ganaría en posibilidades de ocupar plazas de trabajo, aunque fuese de manera temporal, que normalmente la población evita y que son muy necesarias como apoyo al trabajo de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ANTÚNEZ, A. La imposición de contravenciones administrativas por la administración pública cubana. Bayamo. 2008.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ, ALCIDES FRANCISCO. La imposición de contravenciones administrativas por la administración pública cubana http://www.monografias.com/trabajos53/via-apremio/via-apremio2.shtm.

ARIAS, JOSÉ. Procedimientos Tributarios. Quinta Edición Puesta al día. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1991.

Bases de datos de Tributación del CIAT. Versión 04-02, junio 2004.

CITRO, G. Evolución Histórica del Derecho Penal, www.monografias.com.

COCHIA J.J ET AL. La doctrina contravencional en la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de lo Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires. http://www1.unne.edu.ar/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-040.pdf

Codice Penale de la Reppublica Italiana. www.altalex.com/index.php?idnot=36653.

Colectivo de autores. Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma. Instituto de estudios fiscales. Volumen II. Madrid. 1991.

ContraventionsAct,1992,c.47,byHerMajesty.Canada.Section2.http://laws.justice.gc.ca/eng/C-38.7/20091130/page-0.html?rp2=SEARCH&rp3=SI&rp1=contravention&rp4=all&rp9=s&rp10=L&rp13=50#idhit1.

CONTRERAS, A.; GONZÁLEZ – PÁRAMO, J. Teoría de la Hacienda Pública. Segunda Edición Modificada y Ampliada. Ariel, S. A. Barcelona, 1996.

Documentos para la Maestría Internacional en Administración Tributaria y Hacienda Pública elaborados por el Instituto de Estudios Fiscales, La Agencia Tributaria, la Universidad Nacional de Educación a Distancia, el Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico y El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, 1ra Edición, 2003/2004. Módulo I (Temas 3 y 9), Módulo II (Temas 3, 4 y 8).

Enciclopedia Jurídica Básica. Madrid, Ed. Civitas. Tomo 4. 1998.

FERNÁNDEZ PAZ, JUAN A. Las contravenciones. Revista Jurídica # 26, Ediciones Cubanas. Ene-Mar. 1990.

FERREIRO, J. Curso de Derecho Financiero Español. Volumen II. 22ª. Civitas. Madrid, 1962.

FONSECA, Y. et al. Tratamiento Jurídico del Procedimiento de la Vía de Apremio en la legislación tributaria en Cuba. Reflexiones desde la práctica jurídica.

http://www.monografias.com/trabajos53/via-apremio/via-apremio2.shtml

GARCINI, H. Derecho Administrativo. Pueblo y Educación, La Habana, Cuba, 1981.

GÓMEZ, A. El principio non bis in ídem. Sanciones penales y sanciones administrativas. Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas, 2004.

_____Estudio sobre la aplicación del artículo ocho, apartado tres del Código Penal cubano. Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas, 2004.

KOVALIOV, S. I. Historia de Roma. T I. Ediciones Revolucionarias, La Habana, 1971.

Ley No. 7 de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, Combinado de Periódicos Granma. 2004.

MONTI. N. Informe Sistema Contravencional en Argentina. Asociación por los Derechos Civiles. Agosto 2008. www.derechosocial.org.ar/download-projects.php?id=23

PÉREZ DE AYALA, J.; González, E. Curso de Derecho Tributario. Tomo II. S. ed. Editorial de Derecho Financiero. Madrid. 1988.

PÉREZ, L. et al. Una visión perspectiva al Derecho Cubano. Reus. Madrid, 2006.

PUPO, A. et al. Reflexiones del procedimiento de la Vía de Apremio desde la práctica jurídica cubana. http://www.monografias.com/trabajos56/procedimiento-via-apremio-cuba/procedimiento-via-apremio-cuba.shtml

QUIRÓS PÍREZ, R. "Despenalización" Revista No. 10 del MINJUS. Enero-Marzo de 1986, año IV.

SÁENS, M. A. Aporte al estudio del régimen procesal de las contravenciones en Costa Rica. http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/saenz05.htm

SANZ, F. El Procedimiento Administrativo de Apremio. Bons. Madrid, 1995.

_____ La vía administrativa de apremio: una potestad administrativa en expansión. Revista de Administración Pública. No. 117. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Septiembre-diciembre 1988.

SOPEÑA, J. El Embargo de Dinero por Deudas Tributarias. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1993.

VIDAL, L. PIREZ, M. Apremios Administrativos. Editorial Lex, La Habana, Cuba, 1943.

VILLALOBOS, G. Derecho Procesal Civil, publicado en www.monografias.com

Legislación:

Código de Defensa Social, anotada y concordada por Casaus, J. Tomo III, Segunda Edición, La Habana, Cuba.

Decreto-Ley número 99, de las Contravenciones Personales, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 12, de fecha 25 de diciembre de 1987.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, anotada y concordada por Merino, E. Montero, La Habana, Cuba, 1948.

Anexo 1

Tomado de la Web de la ONE,

http://www.one.cu/aec2008/datos/7.4.xls

OFICINA NACIONAL DE ESTADÍSTICAS
República de Cuba

7.4 - Salario medio mensual en las entidades estatales y mixtas por clase de actividad económica

Pesos

CONCEPTO	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Total	**273**	**284**	**330**	**387**	**408**	**415**
Agricultura, caza, silvicultura y pesca	276	297	332	387	420	444
Explotación de minas y canteras	315	353	407	540	544	562
Industrias manufactureras	275	290	338	404	433	430
Electricidad, gas y agua	314	339	398	496	508	517
Construcción	339	349	400	478	497	522
Comercio, rest aurantes y hoteles	225	230	280	334	353	365
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	280	295	331	406	418	427
Estableci mient os financieros, seguros, bienes inmuebles y servicios a empresas	317	332	402	477	493	445
Servicios comunales, sociales y personales	276	285	331	378	398	385

Anexo 2

TABLA DE DERECHO COMPARADO DE CONTRAVENCIONES

País	Definic.	Representac. letrada	Vía de apremio	Autoridad/esfacultada/s		Impugnación			Términos
				Imposición	Impugnac.	Alzada	Reforma	Apelación	
	No	no	no se pudo encontrar	Juez de Faltas (Jefe Unidad Policial) o Subjefe	Juez correccional o juez control de garantías o con competencia penal	-	-	-	imposición dentro de las 8 horas del arresto 3 días apelación
	No	si	no se pudo encontrar	Policía de seguridad o auxiliar de justicia	Juez	-	-	Tribunal provincial Tribunal Supremo	Impugnación 5 días
	No	no	no se pudo encontrar	Agente del orden policía	Prefecto del lugar donde se produjo la violación Juez de paz	-	-	Prefectura Tribunal provincial	60 días para pagar o impugnar a partir de la notificación para el contraventor 30 días para reclamar el pago por la autoridad 30 días para responder 30 días para reclamar la ordenanza
	Sí	no	no se pudo encontrar		Juez de paz, quien puede trasladar a: Juez de la juventud Juez de contravenciones	-	-	Tribunal de paz Tribunal de la juventud Tribunal de contravenciones	30 días para imponer 30 días para reclamar + de 30 y– de 60 para reclamar defectos en la multa
	No	sí	Se ejecuta por el Juez de Ejecución Fiscal	Juez de paz Inspector de policía Juez municipal de ejecución de penas y medidas de seguridad	-	-	-	Tribunales	6 meses para imponer querella, excepto delito flagrante 30 días para reclamar la imposición 36 horas para imponer 10 días para ejecutar 2 días apelación y 2 para decidir

DERECHO MERCANTIL

DE LA SOCIETAS OMNIUM BONORUM A LA S.R.L NUEVA EMPRESA

Of the Societas omnium bonorum to the S.R.L new company

Lic. Milkos Lázaro Gual Díaz
Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

El presente trabajo intenta dar a conocer cuál ha sido el origen y evolución histórica de las distintas formas societarias, abordando sus antecedentes desde época tan temprana como Grecia y Roma, hasta llegar a la Sociedad Responsabilidad limitada nueva empresa española.

Summary

The present work tries to give to know which has been the origin and historical evolution in the different association ways, approaching its antecedents from time so early as Greece and Rome, until it arrived to the Society Responsibility limited new Spanish company.

Palabras Clave

Societas omnium bonorum, S.R.L nueva empresa, nautikon dancion, commenda, societatis vectigalium, sociedades de argentarii, Sociedad anónima, sociedad responsabilidad limitada, sociedad comandita, sociedad colectiva.

Key Words

Societas omnium bonorum, S.R.L new company, nautikon dancion, commenda, societatis vectigalium, argentarii societies, anonymous Society, society limited responsibility, society floats, collective society

«DE LA SOCIETAS OMNIUM BONORUM A LA S.R.L NUEVA EMPRESA»

I. Antecedentes

Hoy se escucha a diario la palabra «sociedades», pero sería bueno conocer cómo estas surgieron, se desarrollaron y han evolucionado en el mundo, pues «para la realización de nuestras actividades o propósitos y para adquirir o producir nuestros satisfactores necesitamos la colaboración económica o asociativa de otras personas (…). La sociedad (entendida como agrupación de personas para obtener un ánimo de lucro) surge ante la necesidad de reunir recursos y esfuerzos a un

fin determinado y es regulada con atribución de personalidad derivada ente del Estado, lo que permite a sus miembros limitar su responsabilidad por las operaciones realizadas a través de ella».

Las personas siempre han sentido la necesidad de agruparse para hacer más fácil y práctico el intercambio de sus productos, crear empresas o brindar sus servicios. El recurso técnico de las formas societarias surgió como una manera de satisfacción a las necesidades de diferentes comunidades, en cuanto a la facilitación y expansión del tráfico comercial. Es decir, la organización jurídica de la sociedad comercial fue precedida por una realidad en donde la reunión de esfuerzos permitía un mejor logro de determinadas finalidades.

Pero para hablar de Sociedades también hay que precisar a qué tipo de Sociedades nos referimos, si a Sociedades civiles o mercantiles, las sociedades mercantiles parten del contrato societario que «es el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes o industrias con un fin lícito para obtener una ganancia y repartírsela», otro concepto de contrato societario es acuerdo de voluntades destinado a regir los derechos de los contratantes, acuerdo que se celebra entre dos o más personas y del cual surge un ente distinto de los socios que lo forman, que se denomina «sociedad» y cuya esencia (de la sociedad) es que la ganancia o beneficio que la misma obtenga del desarrollo de la actividad a la que se dedica se distribuya entre los socios y también que los socios estén dispuestos a soportar las pérdidas, en caso de que las mismas ocurran.

Una definición más general de sociedad es «la sociedad puede ser definida como agrupación de personas permanentes o transitorias, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica».

Los conceptos citados son válidos en cuanto a definiciones doctrinales, ahora veamos cómo se clasifican las sociedades. Ya el antiguo derecho romano clasificaba las sociedades en universales y particulares.

La doctrina moderna sigue los criterios de clasificación formal y material y según sus fines o criterio objetivo (hay que señalar que el criterio formal, objetivo o según sus fines, aunque aparece en la doctrina con estos nombres, es el mismo); también hay que destacar que existen legislaciones que dividen las sociedades según los criterios de distinción por la actividad y el de negativa de distinción por la actividad. Aunque la clasificación más conocida que se suele dar a las sociedades mercantiles es la de sociedades de personas (intuitu personae) y sociedades de capital (intuitu pecuniae), también pueden ser sociedades

II. Las civilizaciones de la antigüedad

Al dar un recorrido en el tiempo, es en Babilonia, en el Código de Hammurabi, que aparece contenida una de las más antiguas referencias en cuanto a la regulación jurídica de la actuación humana de manera societaria, por lo que se puede decir (aunque no asegurar) que el Código de Hammurabi es el antecesor lejano de lo que sería la obra codificadora que aglutinaría muchos años más tarde el derecho societario.

En Grecia, a comienzos de la época clásica surgen las primeras sociedades, estas principalmente se concentraban en el dominio y explotación de navíos cuya propiedad solía ser colectiva, donde los socios se repartían los riesgos y las ganancias de la empresa marítima.

En este sentido, una de las formas asociativas que existió en Grecia, era la llamada *nautikon dancion*. Esta consistía en el aporte que se le otorgaba al armador del buque para que éste pudiera efectuar la expedición; y sólo si esta última resultaba exitosa, entonces se devolvía dicho aporte con un interés variable según el riesgo de la misma. Esta asociación, bajo forma de préstamo, puede ser considerada como un antecedente de lo que más tarde se llamará *commenda*, y remoto de la sociedad en comandita.

En Roma, la actividad privada tuvo una amplia libertad, lo que permitió un importante desarrollo del comercio aunque se carecía de un derecho específicamente comercial; todas las relaciones jurídicas estaban reguladas por un derecho común. Este sistema jurídico contemplaba dos tipos de sociedades, la *societas omnium bonorum* y la *societas unius negotiationis*; sin embargo, estas dos no fueron contemporáneas, sino que existieron en diferentes momentos de la historia de Roma, y respondieron a la satisfacción de diferentes necesidades.

La *societas omnium bonorum* consistía básicamente en una sociedad familiar, donde, en principio, estaba vedada la entrada de terceros extraños a la familia a la cual pertenecía la sociedad. En ella, los socios aportaban en común la totalidad de sus patrimonios. En cambio, las *societas unius negotiationis* constituían agrupaciones que se unían para concentrar recursos con el objeto de llevar adelante transacciones de carácter internacional, y para una sola operación o un negocio específico, tales como la compraventa de esclavos.

Una variedad de esta forma, fueron las denominadas *societatis vectigalium*, las que gozaban de personalidad; en la misma la responsabilidad de los socios era limitada, fueron constituidas para funcionar como

intermediarias en el cobro de impuestos entre el Estado y los contribuyentes, en esta sociedad había dos clases de participantes, los socios y los *afines* (no intervenían en la gestión, pero participaban en los beneficios), ambos podían transmitir sus derechos en la sociedad, ya que sus aportaciones estaban representadas por partes cesibles. El otro tipo societario era la *societas unius rei*, en la cual se aportaban bienes singulares para la obtención de un beneficio en común para todos los socios. Por su parte, aquellos que se dedicaban a realizar préstamos cobrando intereses, realizaban su actividad uniéndose en otra forma societaria denominada sociedad de *argentarii*. Estas sociedades tuvieron una importancia relevante en el desarrollo de la actividad económica de Roma, estableciendo el derecho romano ciertas normas específicas sobre la materia. Estas sociedades de *argentarii* carecían de personalidad jurídica; los socios poseían una responsabilidad solidaria, constituyendo ello un precedente de lo que sería la sociedad colectiva.

Durante el Imperio (siglo II), se produjo un auge en el desarrollo de la actividad mercantil, que propició la organización de asociaciones bajo la forma del contrato de *commendas*, teniendo como elemento característico que el socio capitalista fuera un individuo que no se daba a conocer y las participaciones en la sociedad estaban divididas en partes negociables. La sociedad quedaba disuelta por voluntad de los socios, o bien por la decisión de uno de ellos, extinción del negocio, o muerte de algún socio. Al producirse la causal de disolución, cada socio tenía la *actio pro socio*, la cual consistía en una *bonae fidei*, consistente en una rendición de cuentas, liquidación y reparto del saldo resultante de la compensación realizada entre ganancias y pérdidas.

II. I Las formas societarias medievales

Fue en el transcurso de la Baja Edad Media que surgieron los grandes bancos y las compañías marítimas en Italia, y las sociedades familiares de Alemania, y algunas formas societarias en Inglaterra.

Fue en las ciudades italianas de Génova y Venecia en donde la actividad de tráfico comercial marítimo se desarrolla con más auge. El instrumento a través del cual se concretaban los negocios asociativos, se denominaba de diferentes maneras en las distintas ciudades portuarias. Estos eran contratos que reunían a dos o más socios.

El comercio terrestre, por su parte, también poseía formas organizativas semejantes a las *commendas*, pero con una mayor variedad de supuestos, entre ellos los dos más destacados son la *Compagnia* y la *Societas terrae*. En la primera, los integrantes poseen vínculos entre sí y comparten los riesgos de la empresa. La *Societas terrae*, en cambio,

tenía una estructura similar a la *commendas*, quedando su vigencia reducida a la concreción del negocio o del viaje.

Surgen de esta manera, estructuras más complejas, constituyéndose las *compañías* generales o colectivas, tomando el término *«compañía»* en el sentido moderno de la palabra. En un principio, estas compañías revestían el carácter de familiares; eran sociedades cerradas donde todos los integrantes de la familia tenían la representación de la sociedad y eran responsables personal y solidariamente por los actos realizados en su nombre. Algunas de las compañías referidas, se orientaron a la actividad bancaria.

Contemporáneamente en Alemania surgieron formas societarias que contenían un carácter netamente familiar. Entre ellas la más destacada fue la *Magna Societas Alemanorum*. Esta sociedad tenía como actividad el comercio al por mayor, excediendo los límites de sus fronteras y llegando hasta otras naciones. Si bien en un principio el aporte de esta sociedad estaba determinado exclusivamente por los socios que a su vez la manejaban, luego fueron receptando capitales de terceros. Estos, aportaban un capital de riesgo con el fin de obtener un beneficio o bien, una tasa fija. Esta forma podría considerarse la más antigua organización jurídica y empresarial que, con estrecha semejanza a las grandes empresas modernas, se encuentra en la historia económica mundial.

III. La Sociedad Colectiva

No hay un consenso en los autores de Derecho en cuanto al origen de las Sociedades colectivas. Para algunos su antecedente está en las societas argentarii del derecho romano. Pero las opiniones más generalizadas sitúan el nacimiento de las sociedades en nombre colectivo en la época de las repúblicas italianas medievales. En sus inicios la sociedad colectiva era atípica, en el sentido de que sus estructura, organización, y funcionamiento no estaban regulados por el derecho positivo (…), no fue hasta la promulgación en Francia de las Ordenanzas de 1673 que se establecieron las bases de este tipo de sociedades, a las que tal ordenamiento llamó sociedades generales. De las Ordenanzas Francesas las sociedades en nombre colectivo pasaron al resto de la legislación continental y (…) fueron acogidas por las Ordenanzas de Bilbao que las llamaron compañías, lo que, (…) da la idea de sociedad familiar.

IV. La Sociedad Comandita Simple

La sociedad en comandita tiene su antecedente en el contrato de *commenda,* que floreció durante los siglos XI a XII, en las repúblicas italianas medievales. En sus orígenes, la naturaleza del contrato de commenda era un préstamo, llamado *nauticum foenus*, y estaba com-

puesta por dos personas, *el commendator y el tractator*, por virtud del cual este capitalista (el denominado *commendator* o *socius stantus)*

realizaba el aporte en un 100%, es decir, proveía el capital o las mercaderías o el buque; mientras que el mercader errante (*tractator* o *commendatario*) utilizaba dichos bienes para efectuar la expedición marítima. La distribución de los dividendos era en un 75% para el *commendator* y el resto para el *commendatario*. Sin embargo, el *socius stantus* asumía todo el riesgo de la empresa, ya que si la expedición fracasaba él soportaba todas las pérdidas. Este, a su vez, no se daba a conocer frente a los terceros, sólo se tenía conocimiento del *tractator*. La vinculación entre ambos era interna y se regulaba por escrito. Así, los terceros que pudieran contratar sólo conocían nombre y patrimonio del *tractator*. Más tarde la commenda evolucionó hasta llegar a ser un verdadero contrato de sociedad, el que en Venecia recibió el nombre de *collegantia*, mientras que en Génova se le denominó *societas maris*. Esta práctica fue utilizada hasta tanto se obligó, en Florencia en el siglo XV y en Bolonia en el siglo XVI, a registrar el contrato de *commendas*, y que dicha sociedad adoptara una razón social y, a su vez, llevara adelante una cierta contabilidad, contribuyendo al nacimiento de las sociedades colectivas y en comanditas, respecto de esta última, la estructuración bajo esta forma, permitía al capitalista permanecer en el anonimato.

Finalmente, en la distribución, que se efectuaba al finalizar la expedición, el *tractator* (quien no quedaba obligado a la devolución integra de la suma recibida en préstamo, sino a compartir con el prestamista los resultados de la operación) acarreaba su cuarta parte de aporte más un cuarto de los beneficios obtenidos. El socio dueño del capital, recuperaba su aporte más la ganancia de la empresa marítima en sus tres cuartas partes. Esta forma constituyó un antecedente de la sociedad accidental o en participación, básicamente por la presencia de un socio capitalista y uno capitalista e industrial.

IV. I. Comandita por acciones

En la Sociedad en comandita por acciones, hay dos clases de socios, los socios comanditados que responden como los socios de la sociedad colectiva, es decir, en forma solidaria (el acreedor puede reclamarle a cualquiera de los socios el total de la deuda), ilimitada (con todo su patrimonio) y subsidiaria (el acreedor debe, primero, ir contra la sociedad), y los socios comanditarios que solo responden con los bienes que se comprometieron a entregar a la sociedad. El aporte de cada uno de los socios comanditarios se representa en acciones y lo que corresponde a los comanditados, en partes de interés.

Como consecuencia de su limitación de responsabilidad, los bienes

que entregan los socios comanditarios sólo pueden consistir en obligaciones de dar y deben ser susceptibles de venta forzosa.

El nombre de la sociedad podrá consistir en una denominación so- cial (nombre de fantasía) o en una razón social (contiene el nombre de uno, alguno o todos los socios). La denominación de la sociedad debe ir acompañada por las palabras «sociedad en comandita por accio- nes» o su abreviatura. Si se adopta una razón social y no se incluye el nombre de todos los socios con responsabilidad ilimitada deben adicio- narse las palabras «y compañía» o su abreviatura, sólo se puede incluir el de los socios comanditados.

La administración y representación de la sociedad puede ser ejercida en forma unipersonal por un socio comanditado o tercero designado. Los socios comanditarios no pueden asumir dicha función. Las decisiones en la sociedad se toman a través de una reunión de socios que funciona como Asamblea, en donde participan ambas categorías de socios.

V. La Sociedad Anónima

El origen de la sociedad anónima hay que buscarlo en dos hechos diferentes, la creación de la Banca de San Giorgio, y en las grandes compañías creadas en el siglo XVII para el comercio con las Indias orientales y occidentales, producto de los descubrimientos geográficos que abrieron nuevas rutas al comercio y crearon un clima favorable para el montaje de grandes expediciones y empresas.

Estas compañías tenían básicamente una estructura semejante a la de las sociedades anónimas actuales. En ellas, la participación en la sociedad estaba representada por acciones negociables y existía la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones que surgieran del contrato. Los aportes podían ser desiguales, lo que permitía un mayor ingreso de socios. Al finalizar la vigencia de la sociedad, los socios se repartían el aporte más las ganancias de las expediciones. Los repartos de dividendos, generalmente se efectuaban cada dos años; además de establecerse normas para que dichas sociedades llevaran adelante una adecuada contabilidad de sus ingresos y egresos. Estas compañías eran muy distintas de las actuales sociedades anónimas. Eran entidades semipúblicas, constituidas directamente por los soberanos mediante decisiones gubernativas (*oct roí*) que las dotaban de personalidad y les conferían privilegios monopólicos en la explotación comercial, al propio tiempo que solían reservar al poder público una participación en los beneficios y una intervención o control constante en los asuntos sociales.

La evolución hacia la forma actual de la sociedad anónima se inicia a partir de la revolución francesa, bajo la presión de los postulados del capitalismo liberal y es en este marco jurídico que va a surgir en las

Compañías francesas la institución de la asamblea de accionistas, donde concurrían los capitalistas más poderosos de la sociedad. Las facultades de esta Asamblea, que se reunía anualmente, eran la de aprobar las cuentas presentadas por quienes administraban la sociedad y deliberaban acerca de la distribución de los resultados obtenidos.

VI. La Sociedad de Responsabilidad Limitada

Las *«Companies Act»* sancionada en Inglaterra en 1862, estableció la posibilidad de constituir sociedades con los rasgos de la sociedad de responsabilidad limitada; fue en Alemania en 1892 donde se estructuró completamente la organización legal de este tipo societario y fue entonces el momento en el cual se buscó un tipo de sociedad simplificado que tuviera menores costos que la anónima, pero que al mismo tiempo permitiera a los socios la limitación de su responsabilidad a los aportes efectuados. La sociedad de responsabilidad limitada (…), es una creación de los juristas destinada a satisfacer las necesidades de las empresas medianas y pequeñas que requieren tanto de una base capitalista, en cuanto a la limitación de la responsabilidad de los socios y de una base personal de confianza recíproca entre ellos. Es así que en la segunda mitad del siglo XIX, a impulso del derecho alemán y de la práctica inglesa**,** se va a configurar la sociedad de responsabilidad limitada actual, obedeciendo mayormente a razones económicas para permitir a los pequeños y medianos empresarios la posibilidad de crear este modelo societario que hacía válido el principio de la extensión de la responsabilidad limitada de los socios, regulándose por vez primera en Alemania en 1892 (…) para extenderse con posterioridad a la primera guerra europea por todos los países, excepto Estados Unidos.

VII. La Sociedad Responsabilidad limitada nueva empresa.

Con estos andares es que en la actualidad llegamos a la Sociedad Responsabilidad limitada nueva empresa, que es un subtipo de sociedad de responsabilidad limitada española (…) creada para permitir a las pequeñas y medianas empresas afrontar los retos que plantea el mercado único. La Nueva Empresa está pensada para los proyectos empresariales más pequeños, y más concretamente, para facilitar su constitución y puesta en marcha de una manera rápida y con plenas garantías jurídicas.

Se crea como consecuencia de diversas recomendaciones euro-

peas sobre la mejora y simplificación de las condiciones y trámites para la creación de empresas, se rige por la Ley 7/2003, de 1 de abril, que modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Sus características son:

- Esta Ley introduce un nuevo capítulo en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el capítulo XII, siendo la Nueva Empresa una especialidad de aquellas. Por lo tanto, aquellos supuestos que no regula expresamente el mencionado capítulo se regirá por las disposiciones generales de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Es una especialidad de la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL).
- Su capital social está dividido en participaciones sociales y la responsabilidad frente a terceros está limitada al capital aportado.
- El número máximo de socios en el momento de la constitución se limita a cinco, que han de ser personas físicas. Se permite la Sociedad Limitada Nueva Empresa unipersonal.
- El número de socios puede incrementarse por la transmisión de participaciones sociales. Si como consecuencia de la transmisión, son personas jurídicas las que adquieren las participaciones sociales, éstas deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en un plazo máximo de tres meses.
- El capital social mínimo, que deberá ser desembolsado íntegramente mediante aportaciones dinerarias en el momento de constituir la sociedad, es de 3.012 euros y el máximo de 120.202 euros.
- El objeto social es genérico para permitir una mayor flexibilidad en el desarrollo de las actividades empresariales sin necesidad de modificar los estatutos de la sociedad.
- La denominación social se compone de los apellidos y el nombre de uno de los socios más un código alfanumérico único (ID-CIRCE).
- Dos formas de constitución: telemática y presencial.
- Los órganos sociales son una Junta General de socios y un Órgano de administración unipersonal o pluripersonal.
- Medidas fiscales para ayudar a superar los primeros años de actividad empresarial.
- Importantes facilidades para continuar su actividad como sociedad de responsabilidad limitada.

VIII. El Despegue del Derecho Societario en Cuba

En los comienzos de los años 90 del siglo pasado, Cuba ve malograda de manera súbita sus principales mercados y fuentes de financia-

miento[1]. Es así que el Estado cubano comienza a realizar transformaciones jurídicas que traerían como resultado la adecuación de sus normas en la esfera económica, y se le otorga un auge mayor a la fundación de sociedades mercantiles. De esta manera las empresas cubanas lejos de mantenerse utilizando los tradicionales organismos públicos o estatales socialistas directamente, empiezan a preferir participar en sociedades capitalistas[2], de las cuales en algunos casos serán socios y obtendrán de esta nueva estructura empresarial, los beneficios correspondientes.

Para el propósito de promover, incentivar e incrementar la inversión extranjera debido a la política de apertura y con el objetivo de estimular y fomentar la captación de capital foráneo se hizo necesaria una ley más específica que, entre otros aspectos, también permitiera salvaguardar el prestigio de la nación al otorgarle potestad como «socio»[3] a empresas cubanas que realizaran el papel de accionistas, para ello se legisla la Ley 77 de la Inversión Extranjera que se firma el 5 de septiembre de 1995, quedando derogado el Decreto-Ley No 50[4] «Sobre Asociación Económica entre entidades cubanas y extranjeras» del 15 de febrero de 1982.

Algunos antecedentes legislativos a esta Ley de Inversión Extranjera fueron, el Código de Comercio, vigente en nuestro país desde el 22 de agosto de 1885 que entró en vigor el 1 de mayo de 1886 y el Decreto-Ley No 50[5] «Sobre Asociación Económica entre entidades cubanas y ex-

[1] El 80% del Comercio de Cuba se realizaba hasta la década de los 80 con los países miembros del CAME y al producirse el derrumbe de la antigua Unión Soviética este comercio con los antiguos países socialistas decae casi completamente, los cambios que acontecieron en los países socialistas de Europa, en especial en la URSS, dejan a la economía cubana en una posición económica desfavorable. Se realizan transformaciones en la constitución y en el año 1992 se reconoce otro tipo de propiedad como la mixta. Por ello, el Estado cubano titular de todas las entidades económicas, comienza a participar como socio en la constitución de sociedades capitalistas.

[2] Entiéndase por sociedades capitalistas la distinción que se hace entre sociedades de personas (intuitu personae) y sociedades de capital (intuitu pecuniae).

[3] Quien aporta el dinero es el Estado, por lo que realmente él es el dueño, sólo que la responsabilidad caería sobre estas empresas que representan sus intereses.

[4] Este decreto-ley fue el primer instrumento jurídico utilizado en la Cuba pos-revolucionaria para regular la inversión extranjera. En el año 1992 se le realizaron reformas. Con la inserción de Cuba en la economía internacional durante la década de los 90, se llevó a cabo una radical apertura al comercio mundial. La economía planificada y centralizada que caracterizaba al país, fue la causa de una reestructuración del Sistema Empresarial cubano. Hasta ese momento sólo existían entidades estatales de propiedad socialista, regidas por el Derecho Económico.

[5] Este decreto-ley fue el primer instrumento jurídico utilizado en la Cuba pos-revolucionaria para regular la inversión extranjera. En el año 1992 se le realizaron reformas. Con la inserción de Cuba en la economía internacional durante la década de los 90, se llevó a cabo una radical apertura al comercio mundial. La economía planificada y centralizada que caracterizaba al país, fue la causa de una reestructuración del Sistema Empresarial cubano. Hasta ese momento sólo existían entidades estatales de propiedad socialista, regidas por el Derecho Económico.

tranjeras». Este Código de Comercio en sus artículos del 116 al 151 deja descrito el concepto de: «Contrato de Compañía», y la clasificación de las «Sociedades Mercantiles» hasta el modo en que deben constituirse las «Sociedades Anónimas». Asimismo la Resolución 260 de fecha 21 de junio de1999, «Reglamento para la solicitud, aprobación y constitución de sociedad mercantil cubana de carácter privada», trata de complementar algunas lagunas jurídicas en esta temática. Es de señalar que la legislación societaria cubana, en nuestra opinión dispersa y un tanto desactualizada, requiere de una normativa única que aglutine todas las normas que se han dictado en esta materia y que de forma armónica regule todo el proceso a seguir de nuestras sociedades y que le permitan una mejor eficacia al momento de lograr la autorización y la constitución de sociedades mercantiles, dotándolas de mecanismos que permitirán explotar actividades económicas en correspondencia con la economía internacional, alejada de toda normativa administrativa.

En la actualidad el Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera es el organismo rector de la actividad comercial. Por ello, es el encargado de recibir y evaluar las solicitudes para la constitución de las sociedades mercantiles cubanas, y de controlar y supervisar las sociedades cuya constitución autorice directamente el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de la República de Cuba, según lo dispuesto en las normas vigentes para esta cuestión.

Las sociedades mercantiles objeto de regulación por las normas «mercantiles»[6], podrán realizar actividades de producción, servicios y de comercialización de mercancías, a tenor de lo preceptuado en las normas cubanas, dándole un amplio margen de actividades a dichas sociedades. En nuestras normas jurídicas mercantiles, al extenderse el contenido del objeto social no sólo al comercio y la industria (como lo reconoce el Código de Comercio), sino también a los servicios, se atempera más la normativa a las concepciones modernas de una empresa mercantil.

Las sociedades mercantiles cubanas que se pretendan crear por organismos y entidades de nuestra economía nacional, necesitan de la Aprobación Gubernativa, como primer requisito para su constitución, y sólo luego, la Escritura Pública e Inscripción en el Registro Mercantil.

En Cuba, no existe ninguna disposición legal que impida la utilización de la sociedad de responsabilidad limitada para constituir una sociedad mercantil. No obstante, a pesar de ser en nuestra opinión la figura más práctica e idónea para la realidad cubana, predominan las inscripciones en el Registro Mercantil cubano de Sociedades Anónimas.

[6] El entrecomillado es nuestro, ya que en ocasiones las normas administrativas hacen una franca invasión de la esfera societaria tanto en la práctica como en lo legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN, RICARDO M, Código Comercio Anotado con arreglo a las explicaciones del Dr. José Adel Cueto. Notablemente aumentada y corregida. 2ª ed. Librería Cervantes, La Habana, 1921.

_____ Las sociedades mercantiles en el Derecho vigente, Librería Cervantes, La Habana, 1919.

BROSETA PONT, MANUEL, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, 9ª ed., Madrid, 1991.

BURGUET RODRÍGUEZ, RENÉ, Comentarios a la Ley de Inversiones Extranjeras, Consultaría Jurídica Internacional, Colección de Textos Legales, 1996.

GARCÍA RENDÓN, MANUEL, Sociedades Mercantiles, Oxford University Press, México, 2004.

GARRIGUES, JOAQUÍN, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, 9ª ed., Reimpresión, Tomo I, México, 1993.

LEÓN TOVAR, SOYLA H. Y GONZÁLEZ GARCÍA, HUGO, Derecho Mercantil, Oxford University Press, México, 2007.

URÍA, RODRIGO, Derecho Mercantil, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 24ª ed., Madrid, 1997.

Legislación Cubana.

Bases del Sistema de Perfeccionamiento Empresarial.

Código Civil Cubano, 1885.

Código de Comercio Actualizado, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

Código de Familia promulgado el 14 de febrero de 1975, Divulgación Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Constitución de la República de Cuba publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, en edición Extraordinaria número 7 de 1ro. de agosto de 1992, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Decreto-Ley No. 50, de 15 de febrero de 1982, sobre la Empresa Mixta.

Decreto-Ley No. 174/1996, sobre las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia.

Decreto-Ley No. 171/1997, sobre arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios.

Decreto-Ley 187, sobre el Perfeccionamiento Empresarial.

Decreto-Ley 141/1993, sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia.

Ley No. 59/1987, Código Civil Actualizado, Ministerio de Justicia, 1998.

Ley No. 62/1994, Código Penal, Edición actualizada, concordada y comentada, Editorial Félix Varela, La Habana, 1998.

Ley No. 7/77, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

Ley No. 77/1995 de la Ley de la Inversión Extranjera en Cuba.

Resolución 112/1992, Reglamento para la solicitud, aprobación y constitución de las sociedades mercantiles cubanas de carácter privado.

Resolución 260/1999, Reglamento para la solicitud, aprobación y constitución de las sociedades mercantiles cubanas de carácter privado.

Instrucción No. 1/1997, de Ministerio Finanzas y Precios – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Instrucción No. 1/1998, Ministerio Finanzas y Precios – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

DERECHO ECONÓMICO Y DE PROPIEDAD

SISTEMAS DE COGESTIÓN Y COPROPIEDAD: UNA ALTERNATIVA PARA CUBA

Self management and joint property systems: and alternative for Cuba

Seida Barrera Rodríguez Centro de Investigaciones Jurídicas

Resumen

Las relaciones jurídicas derivadas de la propiedad social han traído como una de sus consecuencias en el orden práctico, la reproducción de ciertos elementos de enajenación del trabajador respecto a los medios fundamentales de producción, que se expresa en indiferencia, maltrato o improductividad respecto a los bienes que forman parte de ellos. Esta dificultad obliga a una propuesta alternativa para ser aplicada en las entidades cubanas, orientada hacia un modelo de copropiedad y cogestión entre el Estado y los trabajadores agrupados en cooperativas, todo lo cual se analiza en el presente artículo.

Summary

The legal relations arising from social ownership, criticized concept in the next pages, have resulted as one of the consequences in the practical order, the reproduction of certain elements of alienation of the worker from the fundamentals means of production, expressed in indifference, damage or non productivity of the goods that take part of them. This difficulty forces an alternative proposal to be applied in Cuban entities, towards a model of joint property and self management between the State and the workers grouped in cooperatives, all which is analyzed in the present article.

Palabras Clave

Propiedad social, colectiva, copropiedad, cogestión, enajenación, Estado, cooperativa

Key Words

Social, collective, joint property, cogestion, State, cooperative

I. La propiedad es un tópico que siempre ha generado múltiples debates, por ello, es un hecho que este fenómeno puede abordarse desde diversas ramas del conocimiento con la finalidad de revelar sus aristas más profundas. Este trabajo parte de la necesidad de enfocar transdisciplinariamente el sistema de contradicciones derivadas de la instrumentación de las relaciones de propiedad, que a su vez traen como consecuencia, como bien afirma el profesor Acanda[1], la reproducción de ciertos elementos de enajenación del individuo respecto al trabajo en el socialismo cubano. Considero que por ello, la enajenación es una de las dificultades fundamentales que atentan contra la eficiencia del sistema económico, político y social.

Para ello es necesario no perder de vista el estudio del comportamiento humano, y como parte de éste al individualismo como un aspecto sustancial que provoca que el individuo se aparte de toda forma de dominio que no considere propio, lo que hace imperativo repensar el sistema en el que se agrupan hoy unidades presupuestadas, sociedades anónimas, grupos empresariales entre otras, sobre la base de las formas de propiedad que ya se encuentran reconocidas en nuestra legislación. Farell M.D., Olea M.A., Marx, entre otros importantes analistas[2], han estudiado el egoísmo en contraposición con el altruismo, lo cual constituye material para un análisis mucho más extenso.

Los objetivos del presente análisis se orientan a criticar las concepciones actuales de términos como la propiedad social, la enajenación y la cogestión; argumentar acerca de los factores que explican la existencia de reproducción de elementos de la enajenación productiva laboral (o económica) en el socialismo, así como las causas y condiciones por las que no siempre se ha logrado rebasar este fenómeno; finalmente se propone una posible alternativa a este problema, todo ello sobre la base de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se utilizarán enfoques procedentes de las ciencias históricas, económicas, filosóficas, sociológicas y por supuesto jurídicas.

1 Acanda, J.L. et al. *Autocríticas. Un diálogo al interior de la tradición socialista.* Ciencias Sociales, 2009, p. 59.

2 En este sentido ver a Farell M.D. *El egoísmo ético*. Revista del Centro de Estudio Constitucionales, No. 11, enero – abril 1992; Olea, M.A. A*lienación. Historia de una palabra*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. 2009; Marx K. *Manuscritos Filosóficos* de 1844, Biblioteca Virtual «Espartaco», enero de 2001; Guevara, E. *El socialismo y el hombre en Cuba. Escritos y discursos.* Tomo 8, Ciencias Sociales, La Habana, 1977*;* Smith, A. *An* In*quiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.* Project Gutenberg (EBook #3300), Release Date: April, 2002; Naranjo, A. *El origen biológico de la cultura, una mirada desde la antropología*. http://www.neofronteras.com/opinion/?p=23 entre muchos otros.

II. Consideraciones sobre la propiedad

Definir el término propiedad a efectos de perpetuarla en una norma jurídica, se considera complejo desde la antigua Roma por diversos motivos; de ahí que en cuerpos jurídicos como los nuestros (Constitución y Código Civil) observemos la ausencia de este concepto. Las relaciones de producción aparentemente simples derivadas de este hecho, han determinado cuestiones tan importantes como las diferencias de principios de sustentación entre los distintos sistemas socioeconómicos a lo largo de la historia.

Primeramente nos encontramos con la cualidad altamente dialéctica de los conceptos relativos a la propiedad. La realidad resulta tan rica, diversa y llena de matices, que al promulgarse una norma jurídica, la definición corre el riesgo de ser obsoleta de origen. En segundo lugar, los axiomas utilizados para perfilar la institución pueden llevar a interpretaciones erróneas, o pueden terminar por volverse contra el propio legislador, quien puede ser acusado, como individuo, de tipificar la figura de su propia inspiración, por ello la opción más segura continúa siendo caracterizar el fenómeno.

Además, en la búsqueda de definiciones resulta interesante y en ocasiones imprescindible estudiar las percepciones de la realidad precedente, que han tenido los especialistas de distintas ramas que han intentado reflejarla, y la influencia que en ellos tuvieron los múltiples factores económicos, sociales o políticos que los hicieron perfilar los contornos de una institución. De esta manera se puede comprender mejor la relación entre pasado y presente como un medio para captar los momentos de continuidad entre los fenómenos. Marx y su familia vivieron en la miseria durante una parte importante de sus vidas, a consecuencia de las duras condiciones del exilio y la persecución sufrida por lo peligrosas que eran consideradas sus ideas, de lo cual no es difícil deducir cómo el eminente filósofo pudo haber utilizado su obra como vía de escape, soñando con una sociedad igualitaria y libre del estigma de la propiedad privada[3].

En el Diccionario Jurídico 2000[4], se define como propiedad al dominio ejercido sobre la cosa poseída. Por su parte, el Diccionario Océano expresa que constituye el "derecho o facultad de disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio, y de reclamar la devolución de ella si está en poder de otro"[5]. Aquí se confunden los términos derecho y fa-

[3] Para conocer más sobre la vida de Marx, ver Lenin V.I. B*reve esbozo biográfico con una exposición del marxismo)(1)*, en http://www.moir.org.co/> > Marxismo <-Marxismo-.html> > *CARLOS MARX*

[4] *Multimedia Diccionario Jurídico 2000* [CD-ROM]. México: 2000.

[5] *Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española*. [s.c]: Océano, [s.a], p. 912.

cultad, cuando entre ellos existe una relación de género–especie. Recordemos que el significado semántico de muchas palabras lleva a determinado grado de especialización, en dependencia de la materia tratada por cada especialista, lo cual puede llegar a confundir cuando no se utiliza un diccionario propio de la especialidad.

Autores como Rivero Valdés[6] prefirieron citar a grandes como Del Vaulx, Pufendorf o Carbonnier antes que aventurarse en el laberinto de las definiciones. Otros como Mederos Sasturain[7], solo se refirieron a la inexistencia de diferencias entre los términos de dominio y propiedad. Lissette Pérez y José Hernández[8], seguidores de Cantón Blanco, conciben la propiedad como acto de apropiación. Opino que dicha afirmación solo describe parte del problema: la propiedad en este momento histórico, comienza con la apropiación y se extingue con la desaparición del bien, y es la más completa y compleja de las relaciones jurídicas sobre bienes, e implica el poder absoluto inicial sobre un bien o conjunto de ellos. Al decir inicial, me refiero al hecho de que este derecho faculta al/los titular/es la cesión total o parcial de dos de las facultades: usar y disfrutar. La última facultad, la de disposición, es intransferible y decide sobre la existencia o no de la propiedad a favor de alguien. Dicho de otra forma, el uso y el disfrute podrían entenderse como derivaciones de la disposición, al ser esta última la que permite decidir sobre el destino del bien, de ahí su importancia y mención aparte en nuestro Código Civil. Por ejemplo, cuando un bien se transforma por disposición del propietario, se cambia la función socioeconómica a la que estaba destinada, y los frutos que se deriven de esa transformación cambian igualmente. Este mismo fenómeno podemos observarlo en el artículo 46.3 del Código Civil cuando menciona las prestaciones, donde las de no hacer y dar constituyen derivaciones de la prestación de hacer, pero se regulan aparte por la preeminencia que les otorgó el legislador.

Es recomendable tener en cuenta en cualquier definición actual del término propiedad las teorías en torno a su función social, que constituyen el fundamento de los límites y limitaciones que se le imponen en el quehacer diario. Las profesoras Cabanes Espino y Fernández Martínez en sus estudios sobre urbanismo, plantean que existe una crisis en las facultades de goce y disfrute, que "obliga al cumplimiento de determinados deberes sociales (…)"[9]. Desde este punto de vista, la

6 Rivero, O. *Temas de Derechos Reales***.** La Habana. Félix Varela, 2005, pp. 15, 16, 28 y 29.

7 Mederos, Oriol. *Vocabulario Jurídico*. Oriente. Santiago de Cuba. 1998. p. 70.

8 Pérez, L; Hernández, J. *Apuntes sobre la propiedad*, *desde un punto de vista constitucional*. Inédito. Universidad de La Habana, p. 1.

9 Cabanes, I, Fernández, M. *El ejercicio del Derecho de Propiedad sobre el suelo urbano. Su sentido social*, p. 5. Anuario 2008. Inédito.

persona tiene restringido su dominio en pos del interés de la mayoría, lo cual está muy relacionado al principio de no abuso de derecho. A pesar de su origen burgués, debe señalarse que esta parte de la doctrina puede y de hecho se ha asimilado por nuestra sociedad, por lo que mantiene plena vigencia.

Resulta interesante el hecho de que el legislador utiliza indistintamente en la Constitución los términos "garantiza", presente en el artículo 21 referido a la propiedad personal, y "reconoce" en el resto de los casos. Aunque en el Diccionario Océano se definen las garantías constitucionales como "derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos"[10], es de considerar que el mero reconocimiento de un derecho no tiene que implicar *per se* su garantía, lo cual conduce a las dificultades que puede presentar la eficacia de la norma jurídica. Existe polémica entre los autores cubanos al situar las garantías fundamentales en la Carta Magna, producto de su dispersión en el texto, como bien comenta el Dr. Carlos Villabela, quien considera que todas las formas de propiedad constituyen derechos humanos[11]. Por su parte, los autores del Diccionario Jurídico 2000[12], identifican a éstos últimos como garantías constitucionales, por lo que la propiedad en todas sus formas, más que un derecho reconocido, debe ser un derecho garantizado, con todos los mecanismos institucionales que ello conlleva.

Luego de este breve tránsito por la concepción de propiedad, se abordará la esencia de su proyección: la propiedad social. Para Alhama Belamaric y García Brigos, "La propiedad social tiene que ver con procesos complejos (…); con las funciones inherentes de la empresa; con las propias funciones de dirección; con las formas y mecanismos de apropiación y distribución del resultado del trabajo; tiene que ver con las relaciones de confianza entre los trabajadores. Como tiene que ver también con hechos cotidianos (…)"[13]. Un análisis brillante el de estos autores.

En mi criterio, esta forma de propiedad implica la relación jurídica de pertenencia de los miembros de la sociedad respecto a bienes determinados. En el ordenamiento jurídico cubano la propiedad social se subdivide en dos formas, las cuales están presentes en los artículos 15 y 20 de nuestra Constitución: propiedad estatal y cooperativa, cuya normativa se repite con una redacción un poco más amplia en el Código Civil de 1987, en sus artículos 136, 137 y 145, lo cual diferencia radi-

10 *Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española* [s.c]: Océano, [s.a], p. 542.

11 Villabela, C. *Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana*. Universidad de La Habana. Inédito, p. 6.

12 *Multimedia Diccionario Jurídico 2000*, [CD-ROM]. México. 2000.

13 Alhama, R. y García, J.P. *Propiedad social, planificación, mercado y socialismo*. Inédito. 2009. p. 9

calmente nuestro sistema social del capitalista, que propugna como sistema predominante el de la propiedad privada sobre los medios fundamentales de producción.

Pienso que la propiedad social abarca como concepto al resto de las formas de propiedad conocidas, así como al conjunto de relaciones jurídicas entre unas y otras, ya que el acto de apropiación se produce lo mismo por grupos de individuos que por particulares. En esta definición se incluye a la propiedad personal, ya que el individuo es también miembro de la sociedad, y sus facultades como propietario se encuentran dentro del marco de las relaciones jurídicas de intercambio que se producen entre ellos, además de verse afectadas por iguales límites y limitaciones. En este sentido, la propiedad de las organizaciones políticas y de masas, sociedades mercantiles o agricultores pequeños, no son más que derivaciones de la propiedad social, que se convierte en género respecto a ellas.

Los profesores Lissette Pérez y José Hernández[14] han apreciado un fenómeno parecido, al considerar dentro de la propiedad estatal socialista a las organizaciones políticas, de masas y sociales, y a la cooperativa, como formas de propiedad colectiva. En este caso el legislador omitió muy atinadamente el término "propiedad social" en la Constitución, y utilizó el de "propiedad socialista de todo el pueblo", lo cual resulta menos abarcador. No obstante, desde el punto de vista teórico bastaría con distinguir la propiedad individual de la colectiva, ya que el término social engloba a las dos, sin obviar el importante significado histórico que se le ha atribuido.

Para que se tipifique el ejercicio de la propiedad social, se infiere que toda la sociedad en su conjunto puede disponer de ella libremente, y la práctica dista de la teoría. Las denominadas empresas estatales son constituidas de origen con personalidad jurídica propia, independientes del Estado, según se reconoce en el artículo 39.2, inciso a) de nuestro Código Civil, pues las empresas y uniones de empresas estatales se constituyen con bienes procedentes claramente del Estado. No obstante, desde el momento en que éste le hace entrega a la empresa de dichos bienes, salen de su patrimonio y son transferidos en propiedad. En el artículo 44.3 del Código Civil se expresa que el Estado no responde de las obligaciones de otras personas jurídicas, por lo que jurídicamente el término de "estatales" sobra. Por tanto, o se consideran empresas independientes, o sucursales estatales sin personalidad jurídica propia. Este último caso pienso que declararía obsoleto el mencionado artículo 39.2, inciso a).

[14] *Pérez, L.; Hernández, J. Apuntes sobre la propiedad, desde un punto de vista constitucional. Inédito. Universidad de La* Habana, p. 2

Quedan entonces los bienes que pertenecen íntegramente a la persona jurídica conocida como Estado. En tal sentido, debe distinguirse entre los bienes puramente de uso público, como las carreteras, escuelas u hospitales, y los que son utilizados exclusivamente por los representantes del Estado, como son los inmuebles sede de los órganos y organismos del Estado, vehículos automotores y accesorios. En el caso de los primeros, es innegable el uso social directo y de ahí su clasificación. En el segundo caso, se puede observar que la representación estatal alcanza a toda la sociedad, pero al fungir los representantes del Estado como intermediarios entre ésta última y la propiedad, limitando su pleno ejercicio mediante sus mecanismos coercitivos, aunque las causas sean más que justificadas debido a la seguridad de nuestros dirigentes y la necesidad de evitar el uso indiscriminado de dichos bienes, no se cumple con el principio de uso público.

La razón de la distinción no es puramente formal, sino que conlleva una regulación jurídica aparte, pues durante el uso colectivo las normas jurídicas que lo limitan son las indispensables para prevenir el daño del bien, mientras que en el uso de bienes por representantes del Estado se parte de un límite de acceso a la facultad de uso, lo cual entraña una normativa jurídica para los representantes del Estado, y otra diferente para el resto de la sociedad, que debe respetar la exclusividad en el uso por razones obvias.

Otro concepto vital para entender esta propuesta es el de enajenación, que se observa en todo momento en la percepción de la ciudadanía respecto a la realidad, pues basta que un individuo transforme el medio que lo circunda y que los frutos emanados de ese cambio se distancien de su esfera de actividad o control para que se tipifique[15]. Por tanto, en las relaciones que se derivan de la propiedad colectiva, también puede existir enajenación. Marx en el Capital[16] la definió en su acepción económica, como la contradicción que existe entre la ganancia y su apropiación por parte de los productores directos, que implica la falta de identificación del trabajador respecto a los medios de producción que le son asignados. Este paradigmático analista en su recreación de la sociedad socialista, propugna como uno de sus principios la superación de la enajenación.

[15] Sobre las tantas acepciones del concepto de enajenación, ver a Morell, D. et al. La concepción filosófica de la enajenación. El socialismo y la enajenación. http://bvs.sld.cu/revistas/mciego/vol5_supl1_99/articulos/a1_v5_supl199.htm; Correas, O. *Fetichismo, Alienación y Teoría del Estado. Kelsen y los marxistas*, México, Coyoacán, 1994; Olea, M.A. Alienación. Historia de una palabra. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. 2009.

[16] Marx, K. *El Capital, tomo III*. Editorial Ciencias Sociales, 1974, p, 289 y 290.

Domínguez López, al analizar algunas de las características del socialismo, frutos de la lectura y análisis de multitud de autores, observó que este puede reproducir la enajenación del productor respecto a los medios de producción, cuando afirma en su concepción del socialismo: "A pesar de la fórmula "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo", (…), en el socialismo se ha reproducido la enajenación del productor directo"[17]. Edel Tusell, Danny Morell, Marlenes Vilar y otros autores nacionales, afirman que existe enajenación en el socialismo porque aún no se han eliminado las condiciones económicas que la generan[18], a la cual añadiría que esas condiciones también tienen otras raíces sociales, que se aprecian lo mismo en los contextos internos y externos, como incapacidad para establecer las circunstancias reales para la emancipación, donde tiene un papel preponderante la ofensiva mediática, económica y política que existe contra nuestro país desde el triunfo de la Revolución.

Es importante señalar que la propiedad social existe también en el capitalismo, aunque se denomina habitualmente como propiedad pública, ya que el Estado es dueño de bienes disímiles, pero al ser uno de los principios de este sistema el intento de excluir al Estado del control del mercado y la economía en general, esta forma de propiedad ha sufrido tendencias cíclicas a minimizarse o retomarse, sobre todo en época de crisis respecto al socialismo.

Por último, resulta sumamente importante examinar la autogestión y como parte de ella, la cogestión en el marco del proceso económico. Nildo Viana define a la primera como una relación de producción que trasciende a todas las esferas de la vida social, en la que los trabajadores controlan la actividad y los frutos del proceso productivo[19], la cual resulta muy atinada. La cogestión no es más que una forma de autogestión que hace partícipe al Estado en la planificación, organización y toma de decisiones en los procesos productivos. Ambos sistemas se han aplicado tanto en el capitalismo como en el socialismo, con más o menos éxito, como se expondrá más adelante.

III. Causas y condiciones de la enajenación

Vistos los conceptos más importantes, podemos comenzar a desentrañar cuáles han sido las causas y condiciones por las cuáles toda-

[17] Domínguez, E. *La "catástrofe ultravioleta" de la socialdemocracia europea.* Tesis de Maestría en Historia Contemporánea, p.9. Universidad de La Habana. 2008. Inédito.

[18] Morell, D. et al. Ob. Cit.

[19] Viana, N. *¿Qué es la autogestión", www.cellfrancescsabat.org/...% 20 Teoría % 20 Económica %20de%20la%20**Autogestión**/Art.%20... -*

vía no se han encontrado respuestas del todo satisfactorias a la reproducción de la enajenación. Antecedentes sobre el tema se pueden hallar en una investigación comenzada en el 2007, como parte de una colaboración entre especialistas de los Institutos de Filosofía y de Estudios e Investigaciones del Trabajo, así como de la Facultad de Filosofía, Sociología e Historia, titulada "La propiedad social en los fundamentos del proceso de dirección socialista"[20]. La misma muestra ya resultados parciales que constituyen un basamento transdisciplinario para este estudio[21].

La investigación antes citada resulta vital en tanto que reflexiona sobre los factores sociales, económicos y políticos tanto internos como externos que rodearon al fenómeno de la propiedad colectiva a lo largo del difícil período de transición de la década del 80 al 90 con el Período Especial en Cuba, y facilita la distinción de las necesidades actuales alrededor del mismo. En la misma se afirma que la consolidación del beneficiario individualizado en contradicción con el beneficiario colectivo no ha logrado crear una motivación por el trabajo suficiente para vigorizar lo que ellos denominan "reservas de eficiencia", en el desarrollo de lo que consideran la principal fortaleza de nuestro sistema de fuerzas productivas: el componente humano[22].

Las razones mediante las que intento explicar los factores que han contribuido a no encontrar respuestas favorables al problema de la enajenación son las siguientes:

- Falta de identificación e/o interés sobre el debate de la enajenación como un problema necesitado de alternativa. En este apartado podríamos citar a varios pensadores que defienden el capitalismo, como fueron Feuerbach, Adam Smith o Keynes, para quienes el pensamiento y condiciones de supervivencia del trabajador no revestían gran importancia.
- Falta de soluciones parciales o definitivas: André Gorz, en su Historia y Enajenación, decía que el capitalismo estaba condenado debido a su inestabilidad, y que por ello la alternativa radicaba en la "socialización estatal de la oferta y la demanda"[23].

[20] Alhama, R., et al. La propiedad social y los fundamentos del proceso de dirección socialista: una problemática actual. Inédito. 2009.

[21] Entre esos resultados podemos citar la valoración del sistema de propiedad existente en Cuba, en el período comprendido entre 1984 y 1994, así como la identificación de la necesidad de "un reordenamiento dirigido del sistema de propiedad, otorgándole preponderancia al papel de la propiedad cooperativa", haciendo énfasis en la obra de Marx, Engels y Lenin.

[22] Ob. cit. p. 4.

[23] Gorz, A. *Historia y Enajenación*, 1959, http://www.eumed.net/textos/07/gorz-historia.htm.

> Marx, Engels y Lenin intentaron resolver el dilema, pero no lograron vivir lo suficiente para explicarlo eficazmente y las contradicciones existentes del sistema. En la práctica, la experiencia de siglos de capitalismo frente a décadas de socialismo ha traído sus consecuencias, sin olvidar el tremendo desafío que implica el diseño y aplicación de cualquier sistema de producción. Sólo para desentrañar e intentar entender el conjunto de múltiples factores que influyen en el socialismo, mucho más joven, es necesario un equipo multidisciplinario, que permitan comprender las múltiples aristas del fenómeno.

Lo cierto es que la falta de compromiso, la insuficiente exigencia y otros factores organizativos relacionados con las formas de acercamiento a la propiedad social trae como consecuencia que el individuo la descuide o maltrate, siendo pertinente aclarar, que maltrato no se considera solamente el deterioro físico ocasionado a un determinado bien. Semánticamente, maltrato es sinónimo de menoscabo, desgaste, pero también de privación, de lo que se deriva que este concepto abarca la desaparición del bien por diversas causas, lo cual nos lleva a todas las formas que en el marco penal se le otorgan a la apropiación injustificada, pues al privar a la sociedad de un bien, se la daña. Igualmente, no debe olvidarse la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil, derivada de delito o no, que estos daños pueden ocasionar, y que puede acarrear el correspondiente proceso de indemnización establecido para esos casos.

En la psicología popular, este fenómeno de indiferencia o insensibilidad se refleja con la repetida frase “lo que es de todos no es de nadie”, y si al maltrato a la propiedad colectiva se le suma su falta de mantenimiento o reparación defectuosa, con el ánimo de apropiarse indebidamente de los recursos asignados al bien público, se obtiene un objeto desgastado y con un tiempo de vida útil prematuramente limitado o acortado.

A menos que sea un verdadero copropietario, es inevitable que el empleado se vea a sí mismo como un asalariado y nada más; de ahí que su pertenencia al lugar donde se labora esté determinado fundamentalmente por esa relación jurídica con el empleador, que puede o no coincidir con el dueño.

IV. Una posible alternativa para Cuba: sistemas de cogestión y copropiedad

La ubicación histórica de los sistemas mixtos de gestión es muy joven, pues comienza en el siglo XX, a partir de la obra del economista británico John Maynard Keynes, Joseph Schumpeter y Juan Simons[24]

[24] Simons, J. C. *Keynes el caballo de Troya de Occidente*.www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/print/topic-519.doc

critican el keynesianismo asociándolo con el socialismo; pues el énfasis en la propiedad estatal fue una alternativa de Keynes, pensada por y para el capitalismo desde sus inicios, y de hecho donde primero se aplicó fue en los Estados Unidos a partir de 1933, para intentar sacar al país de la crisis.

Durante las décadas del 50 y 60, se aplicó en la antigua Yugoslavia un sistema de autogestión que constituyó el antecedente más interesante de los que se han establecido, y que se mantuvo vigente durante cerca de 40 años. Dicho sistema obtuvo un éxito sin precedentes: la tasa de crecimiento promedio del Producto Interno Bruto (PIB) anual fue de 9,8% de 1952 a 1960[25], lo cual constituye una elevada cifra para cualquier nación. La estructura fue concebida en 3 áreas fundamentales: la administrativa, que abarcaba todo lo concerniente al destino de los ingresos y gastos a realizar en la empresa, y que era controlada por consejos obreros soberanos en los que participaban todos los trabajadores en la toma de decisiones por democracia directa; el área técnica, controlada por expertos y que comprendía las decisiones a tomar sobre la aplicación de la tecnología; y por último, una tercera que era la directiva bajo el control del partido. Existía además un consejo laboral que decidía todas las cuestiones referentes al ingreso, permanencia y abandono de los puestos de trabajo.

Sin embargo, muchos consideran que la autogestión yugoslava fue una de las causales que conllevó al fracaso de su sistema político, y puede haber sido cierto, lo que no puede desconocerse es que como todo proceso histórico, las causales del derrumbe fueron múltiples. Existieron grandes divisiones políticas, étnicas, religiosas, pero sobre todo de desarrollo económico entre las distintas regiones, las cuales perduran aún hoy entre los ciudadanos. Existieron además otros múltiples factores, entre los que se puede mencionar la inmadurez política; la falta de control estatal que al final, como todo extremo, terminó causando una crisis parecida a la del capitalismo; la falta de preparación de una clase campesina transformada en obrera en tiempo record, a causa de la necesidad de industrialización; la grave contradicción entre las decisiones tomadas por los trabajadores y los cuadros. Los factores económicos principales que se señalaron como debilidades del sistema de copropiedad fueron dos: la falta de capacidad para asegurar el pleno empleo, y la tendencia a depreciar el capital rápidamente para aumentar los ingresos[26].

[25] Horvat, B. *Socialismo y Economía en Yugoslavia.* Colección Ciencia, desarrollo e ideología. Periferia, 1974, p.36.

[26] Kodric, A. *Propiedad social y autogestión: el caso de Yugoslavia*. Documento 56 del Centro de Sociología del Trabajo. Ciudad de Buenos Aires, 2007, p. 14.

En América Latina podemos analizar el caso excepcional de Perú, que implementó la autogestión a partir de una norma jurídica: el Decreto–Ley No. 20 598 de 1974, el cual reguló el funcionamiento de las empresas de propiedad social. Dichas entidades cuentan con la ayuda financiera del Estado hasta suscribir completamente su capital, además de la asesoría por parte del Ministerio de Trabajo mediante un inspector que les ofrece instrucciones sobre preparación de estatutos, negociación, requisitos legales a cumplimentar entre otros. Las asambleas deben realizarse como mínimo una vez al año. Aunque en un momento determinado las cooperativas se opusieron a su continuidad, actualmente continúan operando varias empresas bajo este sistema con eficiencia.

En Portugal se crearon empresas autogestionarias de profunda raíz política, con la promulgación de la Constitución en 1976, en donde el Estado se atribuyó esta obligación. Hoy día se agrupan bajo la dirección del Instituto Nacional de Empresas Autogestionarias, creada por la Ley No. 66 de 1974. Este instituto guarda el mismo carácter controlador y de orientación metodológica, en tanto representante estatal, observado en Perú. El sindicato conjuntamente con los consejos municipales asume la promoción de este tipo de empresas en aras de combatir fenómenos como el consumismo, la escasez de productos y la falta de diversificación de la actividad económica.

En América Latina podemos citar ejemplos de autogestión en Argentina, Venezuela, Costa Rica, Honduras y Colombia. En el Medio Oriente y Asia, ha existido autogestión en Pakistán, India, Malasia, Sri Lanka y Tailandia. Por su parte, el continente africano la ha aplicado en Mauritania, Mali, Mozambique, Madagascar y Tanzania. Sin embargo, no puede olvidarse que todos los países antes mencionados, con excepción de la antigua Yugoslavia, son capitalistas.

Una cuestión que según Barajas Montes de Oca es esencial para intentar cualquier cambio en la economía, es lograr satisfacer las necesidades primarias de la población[27], y nuestro país no resulta la excepción cuando hablamos de dificultades y carencias de tipo material. En Cuba todavía no están creadas las condiciones para implementar sistemas de cogestión y copropiedad en un futuro próximo. Existe un amplio referente de unidad y apoyo en el pueblo, que confía en el perfeccionamiento del sistema social; la cultura general mínima existente resulta un logro comparable con la de muchos países desarrollados, requisito primario para lograr una buena cogestión, contamos con recursos materiales mínimos, pero aún es insuficiente. Pienso que nuestra educa-

[27] Barajas, S. *Sistemas para la formación de empresas de los trabajadores*. Capítulo Tercero. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=426 -, p. 46.

ción todavía debe ganar muchas batallas, comenzando por la captación de maestros y continuando, porque uno nunca debe dejar de aprender, por mayores incentivos en los alumnos a razonar lógicamente. El cimiento de esta propuesta debe ser ante todo cultural, y asentarse sobre el intelecto de los trabajadores para comprender sin sentir resabios con el pasado, la magnitud de un cambio como este, sobre todo por el constante nivel de comunicación e intercambio que requiere.

Por otra parte, las experiencias previas con las cooperativas fueron muy efímeras, no solo en la actividad agropecuaria, sino en la minera o la pesquera. La Revolución en sus inicios promocionó la cooperativización a pequeña escala, como solución parcial a las dificultades económicas que acuciaban al país, pero luego determinó estatalizar la propiedad, para poder enfrentar los duros primeros años. Los continuos ataques desinformativos provenientes del exterior, los mercenarios pagados por el gobierno norteamericano en el interior del país, el cambio radical de capitalismo a socialismo que hubo que procesar entre otros muchos factores, provocaron que los proyectos cooperativos no alcanzaran mayor fuerza, y luego se limitaran al sector agrícola, lo cual fue reflejado en la legislación que perdura hasta nuestros días. En este momento se está retomando la entrega de tierras ociosas, y aunque no se prohíbe la cooperativización, tampoco se ha continuado promoviéndola, lo cual nos da la idea de la debilidad de esta institución ante proyectos a gran escala.

Para los estudios de Derecho comparado, lamentablemente no pudo localizarse un antecedente que combinara la copropiedad y la cogestión de forma análoga a esta propuesta, por lo que hubo que conformarse con los estudios realizados sobre las experiencias de los países que han aplicado la cogestión o la autogestión. La producción sobre estos temas ha sido vasta y suficiente para diseñar con todos los elementos expuestos hasta aquí, un sistema perfectible que logre evitar en la medida de lo posible los errores y críticas que sus antecesores han recibido. Al mismo tiempo, al ser conscientes de las apreciables diferencias de nuestro socialismo con el de las antiguas repúblicas soviéticas o la República China, seremos capaces de acomodar el diseño a nuestras condiciones específicas.

La propuesta a instrumentar consiste en crear una copropiedad mixta entre el Estado y los trabajadores agrupados en forma de cooperativas. Se aplicaría inicialmente para el sector empresarial, por ser el que sienta las bases de desarrollo inmediato para que el sector presupuestado pueda lograr sus objetivos, como son los casos de la salud y la educación. Posteriormente, si la continuación de los estudios iniciados demuestran su factibilidad, el sistema podría extenderse al resto de las

entidades laborales del sector estatal, al menos en lo que respecta a la sesión de una cuota de copropiedad a los trabajadores para que formen una cooperativa, y la responsabilidad en la toma de decisiones dentro de la misma.

En este punto surgen varias interrogantes: ¿por qué un sistema mixto entre el Estado y los trabajadores? ¿Por qué elegir la cooperativa y no la propiedad personal u otra de las formas reconocidas autorizadas por nuestro ordenamiento jurídico? En la búsqueda de respuestas se analizarán posibles combinaciones, pero primeramente debe definirse el papel del Estado como principal protagonista inamovible de esta nueva forma de colaboración. La propiedad estatal surge desde el momento en que un nuevo Estado hace su aparición en el escenario internacional y es reconocido como tal. En el caso cubano, a partir del triunfo revolucionario de 1959, comenzó a reforzarse la propiedad estatal en grado sumo gracias a las distintas nacionalizaciones que incorporaron al patrimonio estatal vastas propiedades. Nótese además en el artículo 137 del Código Civil cómo se trata el caso de la *res nullius* o cosa que no pertenece a persona alguna, que pasa de inicio a manos del Estado.

La historia ha demostrado de manera fehaciente la necesidad del control estatal; las sucesivas crisis del liberalismo y luego del neoliberalismo son muestra de ello. El sistema socialista por su parte, tiene como premisa el control y preponderancia del Estado sobre los medios fundamentales de producción, por lo que la primera parte de este sistema mixto no hace más que reflejar este rasgo inherente al socialismo. Además, es necesario asegurar el paso de los ingresos mayoritarios al presupuesto estatal para cumplir con las premisas de gratuidad en los sectores de la salud y la educación, además del necesario apoyo al resto de las entidades presupuestadas y la población en general, tarea de por sí gigantesca. Sin embargo, este control no sería absoluto, pues tendría su contraparte en los trabajadores de la empresa. Ahora, ¿en qué concepto entregar esa cuota de propiedad de la empresa?

De inicio, opino que debería descartarse cualquier asociación con la propiedad personal, ya que traería tantos límites y limitaciones consigo que se desnaturalizaría su esencia, pues la consecuencia lógica de un sistema mixto bajo estas condiciones sería la transmisión de la cuota en la entidad por fallecimiento o jubilación a los parientes. El resto de las facultades dispositivas se verían igualmente limitadas, la transformación, modificación y muy especialmente el abandono, serían impensables sin una supervisión adecuada, pues se afectaría al resto de los trabajadores con ese actuar. Los enfrentamientos serían solo cuestión de tiempo, pues cada cual no tardaría en sacarle el mayor beneficio personal a su trabajo, aunque esto redundase en detrimento de sus

compañeros. Aquí puede aplicarse el principio que el eminente matemático John Nash aplicó a su teoría de juegos, y que le valió el Nobel de Economía en 1994, al establecer que "la competencia egoísta puede conducir a estados que son inferiores (en términos de beneficio personal y social) a los estados cooperativos"[28]. De esto se infiere la necesidad de colaboración mediante la repartición de tareas según los objetivos trazados, evitar que los participantes en el sistema se concentren en la misma meta, y así obtener beneficios para todos.

En segundo lugar se encuentran las organizaciones políticas y de masas, cuyo objeto social no se aviene con la participación activa en el ámbito empresarial, sino solo como orientador político o controlador. En el propio artículo 22 de la Constitución[29] se limita el ejercicio de la propiedad, al solo cumplimiento de los fines del ente que la detenta.

En tercer lugar se encuentran las cooperativas. El cooperativismo en Cuba sienta sus bases legales en la Primera y Segunda Ley de Reforma Agraria, de 1961 y 1963 respectivamente, siempre controladas por el sector estatal, que intervino en todo el proceso de constitución, copropiedad y extinción. Al estar pensada esta forma de asociación para fortalecer al sector agropecuario, el ciudadano medio tiende a relacionarla inmediatamente con el mismo. Sin embargo, como concepto esta figura jurídica va mucho más allá de un sector específico de la economía, ya que simplemente implica la reunión de varias personas naturales con el objetivo de trabajar, apoyarse colectivamente, y repartir los ingresos obtenidos. Además, si alguno de los cooperativistas abandona la organización, su cuota queda en poder de la cooperativa, quien es la única autorizada para disponer sobre ella, cuestión que elimina la dificultad que se analizó con la propiedad personal.

Esta fórmula es ideal, punto medio entre la propiedad personal y colectiva, por lo que cuenta con el potencial necesario para explotarse mucho más, y puede convertirse en el candidato ideal para aplicarse a los trabajadores agrupados en copropiedad con el Estado. Este criterio se refuerza con el del profesor Avelino Fernández Peiso, al reflexionar sobre las razones del surgimiento de las cooperativas: "lograr una autosuficiencia en el sector agropecuario mediante el desmembramiento formal de la gran propiedad agrícola estatal en forma de UBPC, en las cuales se mantienen algunos de los males de sus antecesoras empresas y un distanciamiento real del concepto económico y jurídico de la propiedad que se ha dado en llamar el sentimiento de dueño que no garantizan la permanencia, estabilidad y resultados de la gestión."[30]

[28] Monsalve, S. *Lecturas Matemáticas*. Tomo 24. Universidad Nacional de Colombia. 2003. p. 140.
[29] *Constitución de la República*, Combinado de Periódicos Granma, 2004, p. 7.
[30] Fernández, A. *Estudios jurídicos del cooperativismo*. Universidad de Cienfuegos. 2000, p. 73.

La propiedad estatal y la cooperativa están claramente reconocidas por nuestra Constitución. Sin embargo, la regulación de la cooperativa según la normativa citada está limitada solo al sector agropecuario según el artículo 20, brindándosele la posibilidad de asociación solo a los agricultores pequeños. Dicha situación podría paliarse con el artículo 23, considerado como "saco", ya que deja abiertas las posibilidades de creación de nuevas figuras jurídicas siempre que cumplan los requisitos establecidos en ley, al establecer que el Estado reconocerá la propiedad de "sociedades y asociaciones económicas"[31].

El Código Civil es más general al describir la propiedad cooperativa en su articulado del 145 al 149[32], sobre todo en los 3 primeros apartados, aplicables a cualquier tipo de cooperativa, pero los artículos posteriores vuelven a hacer hincapié en la tierra, los animales, plantaciones y otros medios de producción propios de la rama agrícola.

Lógicamente, primero debería explicársele a los trabajadores en qué consistiría la propuesta de copropiedad y cogestión, y a posteriori consultarles si quisieran formar parte de dicho sistema. Solo la mayoría sería válida para su aplicación. Imaginemos por un momento el cambio en la conciencia de los trabajadores que este salto implicaría: se modificaría el sentimiento de pertenencia al centro laboral, lo sentirían más propio porque sería real la disposición sobre una parte de la empresa, solo que a un nivel mucho más reducido, sin abandonar la propiedad colectiva. Otra ventaja sería el aumento del control interno derivado de esta copropiedad, forjado a partir de los lazos personales y profesionales entre los trabajadores, que tienden naturalmente a perfeccionarse con los años. Téngase en cuenta además que el ilícito civil o penal dejaría de afectar solo al Estado, para convertirse en auto robo y al mismo tiempo en daño para el resto de los cooperativistas, que difícilmente dejarían pasar por alto, de conocerlo, una afrenta semejante.

Inicialmente, esta propuesta está pensada para ser aplicada en los sectores del comercio y los servicios, donde se encuentran los objetos de investigación que guardan ciertas semejanzas con los sistemas de copropiedad y cogestión, como se explicará más adelante. Además, esta investigación podría beneficiar a las empresas cubanas presentes en los sectores mencionados, se encuentren o no en perfeccionamiento empresarial, que según los datos más actualizados de la Oficina Nacional de Estadísticas, que datan del 2008, ascienden a 967[33].

31 Ibídem, p. 7.

32 *Ley 59 de 1987, Código Civil*, Combinado de Periódicos Granma, 2004, p. 36.

33 Oficina Nacional de Estadísticas, http://www.one.cu/aec2008/datos/4.3.xls, tabla de principales entidades clasificadas por forma de organización y actividades principales. *–(web consultada el 25 de agosto de 2010).*

Actualmente, en el famoso Barrio Chino de la capital existe un sistema de cooperación que merece ser estudiado con más profundidad: el Grupo Promotor del Barrio Chino (GPBCH), empresa autofinanciada que surgió en 1995, y que se subordina al Consejo de la Administración Provincial y le aporta al presupuesto estatal un porcentaje de sus utilidades. Los inmuebles sede del Barrio son propiedad del GPBCH, en tanto que su uso y disfrute están a cargo de empresas familiares de cuentapropistas, y el Estado rectorea toda la actividad[34]. No es exactamente una forma mixta de propiedad, pero como antecedente inmediato de colaboración económica directa entre el Estado y esta forma sui generis de asociación, muestra cuánto puede lograrse en el futuro con los sistemas mixtos.

Nótese que la codecisión se asemeja bastante a las bases teóricas sobre la participación en el perfeccionamiento empresarial, y no debe ser de otra manera. Aunque los sistemas serán diseñados lo mismo para empresas en perfeccionamiento, que para aquellas que no han logrado alcanzarlo, no es intención de la autora negar el aporte que ha significado el perfeccionamiento para Cuba, surgido en 1998, luego de un proceso de estudio por parte de un equipo de expertos que elaboraron una propuesta integral, sobre la base de las técnicas más modernas de dirección, y que puede servir de análisis para las empresas de otras partes del mundo. Según Arianne Mantilla[35], uno de los principales criterios en los que se basó el perfeccionamiento fue el de autogestión financiera. Sin embargo, la diferencia con los sistemas estriba en que la cogestión partirá de aquellos aspectos que decidan los trabajadores que deba consultarse con ellos, y contará con una organización definida por áreas de trabajo.

Apréciense igualmente las similitudes presentes en el perfeccionamiento en cuanto a los órganos de dirección colectiva, con los implantados por la autogestión yugoslava, pues como ya se explicó, tenían un funcionamiento muy similar, lo que evidencia la aplicación de viejas técnicas junto a nuevas experiencias y realidades.

Igualmente, el aprendizaje obtenido de los errores señalados a la implementación del perfeccionamiento resulta imprescindible. En la práctica, la participación se ha reducido, cuando se ha demostrado que el trabajo en equipo salva las imperfecciones que tienen dirigentes, funcionarios y obreros cuando son observados en solitario. Mantilla señala

[34] Datos tomados del Reportaje “UN CUCHILLO EN EL CORAZÓN DE LA CIUDAD” - (Cult. y Soc., 6/03) Publicado el viernes, 13 de noviembre de 2009. http://cubaalamano.net/sitio/print/article.php?id=4990.

[35] Mantilla, A.Y. *El perfeccionamiento empresarial: su implantación. Trabajo de Diploma. Inédito. La Habana, 2002.* p. 26.

como omisiones relevantes en la aplicación del perfeccionamiento, además de la citada anteriormente, a la demora en la aprobación de los objetos sociales, pobre o nula aplicación de una política de calidad, la poca flexibilidad de la contabilidad, poca utilización de los controles realizados como herramienta de trabajo, entre otros[36].

Teniendo en cuenta las causas y condiciones específicas de nuestra realidad que fueron abordadas en el apartado tercero de este artículo, las características fundamentales de la copropiedad serían las siguientes:

1. Implementación del principio de codecisión permanente entre el Estado y los trabajadores sobre los temas principales que afectan a la entidad. Los asuntos consultados podrían variar desde la aprobación de las inversiones, estado de cuentas, gastos entre otros, dándole voz y voto a los trabajadores para participar en cuanta decisión importante se tome en la empresa.

   Estas consultas implicarían un nivel de preparación básico que permita que las decisiones aprobadas o desechadas por los trabajadores carezcan de formalismo, error criticado en el sistema mixto yugoslavo. Esta acción convertiría en ágora el lugar de reunión, y a sus participantes en titulares de las decisiones de mayor envergadura.

   ¿En cuántas ocasiones el trabajador más humilde nos ha sorprendido con las soluciones más brillantes, basadas solo en el sentido común? Si todos son importantes, desde el auxiliar de limpieza hasta los cuadros de dirección, una de las maneras de reflejarlo podría ser a través de esa cuota de copropiedad solo transferible a otro trabajador de la misma empresa, en carácter de copropiedad cooperativa, que se extinguiría con la baja laboral de la entidad.

2. El sistema mixto reduce el marco de apropiación al círculo laboral, de tal manera que el trabajador dentro de la colectividad puede llegar a sentirse verdadero dueño, con un poder de decisión real para hacerse escuchar. Una cuestión importante a tener en cuenta sería el cambio de imagen de la empresa cubana en el exterior, que se vería favorecida en el sentido de mostrarle al mundo un modelo en donde el trabajador es considerado codueño con voz y voto en la empresa, con ganancias al igual que los socios de las empresas extranjeras, sin renunciar a nuestros principios socialistas.

[36] Ibídem, pp. 48 – 50. Si se desea profundizar más sobre los problemas del perfeccionamiento, ver González, L. *Breve reseña del proceso de perfeccionamiento empresarial cubano*. Anuario 2005. Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2006, pp. 13 – 17.

3. El sistema mixto de copropiedad debe ser reversible. Si la entidad no logra sobrevivir y agota sus reservas, simplemente debe desaparecer, a menos que la causa sea imputable al Estado, quien en este caso como copropietario debería aportar los fondos necesarios para paliar el problema, pero solo durante el término y por las causas establecidas al efecto.

Se trata de hacer partícipe al trabajador de una cuota de la empresa, cuyos ingresos entrarían en su patrimonio como derecho al reparto de los ingresos obtenidos por concepto de retorno ante el aporte de su trabajo. La disyuntiva radicaría en decidir qué por ciento se le asignaría a los trabajadores de la entidad, para que percibieran una parte de los ingresos. La clave radicaría en diseñar un modelo con ayuda de un equipo multidisciplinario, y ensayarlo una y otra vez para detectar posibles errores antes de su implementación definitiva, además de utilizar las asambleas de trabajadores para obtener los criterios necesarios para ajustar el sistema, como se realizó muy atinadamente en el sistema de perfeccionamiento empresarial.

El sistema mixto presenta como desventaja en el caso de la empresa autofinanciada, que de ser el balance negativo, sencillamente no habría distribución de la ganancia en ese mes, para lo cual se haría uso de la reserva para contingencias guardada para tales casos. Lo mismo sucedería si la cuenta es congelada por el Banco, ante una orden judicial en caso de litigio, por ejemplo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En correspondencia con los objetivos de este trabajo, fueron analizados los problemas de la propiedad colectiva, las definiciones de distintos autores, para fijar determinadas posiciones y arribar finalmente a criterios de perfeccionamiento que contribuyan a enfrentar los retos que enfrenta el país y particularmente la economía cubana, que deberán mantenerse en permanente actualización con las nuevas corrientes de pensamiento que vayan surgiendo. La propiedad social es un término demasiado abarcador desde el punto de vista técnico, para el uso que se le otorga en la cotidianidad, sin obviar el significado político que ha tenido durante décadas. La evolución histórica que apoyó la comprensión de estas concepciones, ha constituido la parte más compleja de este viaje, pero se erige en una herramienta indispensable de trabajo.

Respecto a la propuesta de sistema de cogestión y copropiedad, considero que es el más importante aporte de toda la reflexión, sobre todo porque presenta una gama de ventajas que resuelven parcialmente el problema de la enajenación, y representa un cambio importante para el progreso del modelo económico laboral. Por supuesto, como todo sistema es perfectible y debe estar abierto permanentemente a las críticas, en aras de rectificar a tiempo los errores que seguramente habrán de surgir. Sería imprescindible en este sentido conformar un equipo multidisciplinario en el que se encuentren economistas, filósofos, sociólogos entre otros, con el fin de diseñar varios modelos que expongan cómo se comportarían las variables aquí expuestas en las distintas esferas de las entidades laborales.

BIBLIOGRAFÍA

ALHAMA, R. et al. *La propiedad social y el proceso de dirección socialista: ¿un tema de actualidad?* 2009. Inédito.

ALHAMA, R. Y GARCÍA, J.P. *Propiedad social, planificación, mercado y socialismo*. Inédito. 2009.

BARAJAS, S. *Sistemas para la formación de empresas de los trabajadores*. *www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=426 -*

CABANES, I, FERNÁNDEZ, M. *El ejercicio del Derecho de Propiedad sobre el suelo urbano. Su sentido social*. 2008. Inédito.

Contratto di lavoro: verso una teoria generale del capitalismo (I) http:// www.proteo.rdbcub.it/article.php3?id_article=141&artsuite=4

CORREAS, O. Fetichismo, Alienación y Teoría del Estado. Kelsen y los marxistas, México, Coyoacán, 1994.

Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española., Océano.

DOMÍNGUEZ, E. *La "catástrofe ultravioleta" de la socialdemocracia europea*. Tesis de Maestría en Historia, Universidad de La Habana. 2008. Inédito.

Economies à propriété collective. http://www.scienceseconomiques.com/economies-collectivistes.html

FARELL M.D. *El egoísmo ético*. Revista del Centro de Estudio Constitucionales, No. 11, enero – abril 1992.

FERNÁNDEZ, A. *Estudios jurídicos del cooperativismo*. Universidad de Cienfuegos, 2000.

GORZ, A. *Historia y Enajenación*. 1959. http://www.eumed.net/textos/07/gorz-historia.htm.

GUEVARA, E. *El socialismo y el hombre en Cuba.* Escritos y discursos. Tomo 8, Ciencias Sociales, La Habana, 1977.

GUTIÉRREZ, O. et al. *De la función social de la propiedad, una visión cubana y socialista desde una perspectiva jurídica.* http://www.eft.org.ar/pdf/eft2007_22pp3-14.pdf

HOBSBAWM, E. *Historia del Siglo XXI*. Tomo II. Grijalbo Mondadori. Buenos Aires. 1998.

HORVAT, B. *Socialismo y Economía en Yugoslavia*. Colección Ciencia, desarrollo e ideología, Periferia, 1974.

MARX K. *Manuscritos Filosóficos* de 1844. Biblioteca Virtual «Espartaco», enero de 2001.

KULJIC, T. *Copropiedad de trabajadores en Yugoslavia*. Transcripción de un vídeo de O. Ressler, grabado en Belgrado, Serbia, 23 min., 2003.

KODRIC, A. *Propiedad social y copropiedad: el caso de Yugoslavia*. Documento 56 del Centro de Sociología del Trabajo, Ciudad de Buenos Aires, 2007.

La disciplina Della proprietá. *www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/privata.doc -*

MANTILLA, A.Y. *El perfeccionamiento empresarial: su implantación. Trabajo de Diploma. Inédito. La Habana, 2002.*

MEDEROS, O. *Vocabulario Jurídico*. Oriente. Santiago de Cuba, 1998.

MIRANDA, OLGA. Cuba/USA. *Nacionalizaciones y bloqueo*. Ciencias Sociales, La Habana, 2003.

Módulo de Estudio para la asignatura Fundamentos de Economía y Finanzas Públicas, Universidad de Zulia, República Bolivariana de Venezuela, Maracaibo, abril del 2009.

MONSALVE, S. *Lecturas Matemáticas*. Tomo 24. Universidad Nacional de Colombia, 2003.

MORELL, D. et al. *La concepción filosófica de la enajenación. El socialismo y la enajenación*. http://bvs.sld.cu/revistas/mciego/vol5_supl1_99/articulos/a1_v5_supl199.htm

Multimedia Diccionario Jurídico 2000, México. 2000.

NARANJO, A. *El origen biológico de la cultura, una mirada desde la antropología*. http://www.neofronteras.com/opinion/?p=23.

OLEA, M.A. *Alienación. Historia de una palabra*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México. 2009.

PÉREZ, L; HERNÁNDEZ, J. *Apuntes sobre la propiedad, desde un punto de vista constitucional*. Universidad de La Habana. Inédito.

RIVERO, O. *Temas de Derechos Reales*. Félix Varela, La Habana, 2005.

SMITH, A. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Project Gutenberg (EBook #3300), Release Date: April, 2002.

UN CUCHILLO EN EL CORAZÓN DE LA CIUDAD - (Cult. y Soc., 6/03) publicado el viernes, 13 de noviembre de 2009. http://cubaalamano.net/sitio/print/article.php?id=4990

VALDÉS, C. et al. *Derecho Civil. Parte general*. Félix Varela, La Habana. 2002.

VIANA, N. *¿Qué es la autogestión?*, www.cellfrancescsabat.org/*%20Teoría %20Económica*%20de%20la%20Autogestión/Art.%20... –

VILLABELA, C. *Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana*. Universidad de La Habana. Inédito.

Legislación:

Constitución de la República, Combinado de Periódicos Granma, 2004.

Ley 59 de 1987, Código Civil, Combinado de Periódicos Granma, 2004.

EL DERECHO DE MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. UNA APROXIMACIÓN EN EL CONTEXTO CUBANO

The Mediation Rights and the Arbitration in the Solution of Intellectual Ownership Conflicts. Approach from a cuban context

Lic. Reinier Garcés Prado

Resumen

En el siglo XXI el incremento de asuntos en los tribunales, entre otros factores, ha propiciado el auge de los llamados procedimientos de solución alternativa de controversias, reconociendo las autoridades públicas cada vez en mayor medida sus beneficios; por lo que los países intentan encauzar la solución de controversias privadas hacia esos mecanismos, dentro de las que se destacan los conflictos en materia de propiedad intelectual. El presente artículo aborda una temática de actualidad poco tratada en nuestros medios académicos y parte de considerar que existen vacíos legislativos en el sistema jurídico cubano en lo referente a la solución de conflictos de propiedad intelectual, con el objetivo de brindar los elementos que justifican instrumentar una legislación que prevea e incentive la solución alternativa de controversias relacionadas con estos derechos. Finalmente se arribó a un conjunto de conclusiones y propuestas para perfeccionar el desempeño de los derechos tratados. Es una síntesis de una obra de mayor volumen.

Summary

In the XXI century the increment of matters in the tribunals, among other factors, it has propitiated the peak of the calls procedures of alternative solution of controversies, recognizing the public authorities every time in more measure their benefits; that's why, many countries try to guide the solution of private controversies toward those mechanisms, inside those that are the conflicts as regards intellectual ownership. This article treated a thematic of present time little tried in our academic means and it is considered that existed empty legislatives in the Cuban juridical system related with intellectual ownership conflicts with the goal to offer the elements to justify the instrument of a legislation to foresee and to incentive the solution alternative of controversy related with this rights. Finally there are opened joined conclusions and propositions to improve the discharge of the right traded. It is a summery of a reference work of a greater volume.

Palabras Claves

Procedimientos. Solución Alternativa. Controversias. Derechos. Propiedad Intelectual. Cuba.

Key Words

Procedures. Alternative Solution. Controversies. Rights. Intellectual Ownership. Cuba.

La vía judicial para la solución de controversias había sido, hasta fines del siglo pasado, la manera más eficaz de asegurar la convivencia humana. En la actualidad no es posible que todas las contiendas se canalicen por dicha vía, pues en múltiples ocasiones no se cumplen los objetivos perseguidos, o bien, se ven dilatados en sus soluciones; lo que ha propiciado el auge de los llamados procedimientos de solución alternativa de controversias[1] en todos los campos en que pueden ser aplicados.

Una de las materias donde se aplican dichos procedimientos alternativos es la propiedad intelectual, componente capital en la economía contemporánea y donde resulta primordial utilizarla de manera eficaz. Aunque este tipo de controversias pueden resolverse ante los tribunales, debido a lo costoso de los trámites, los tecnicismos y las dilaciones en sus soluciones, entre otras causas, las partes las someten cada vez con mayor frecuencia a la mediación, al arbitraje u otros procedimientos de solución alternativa. De ahí la trascendencia de este tema y la necesidad que se investigue en nuestro país sobre estos medios o procedimientos, para poder estar así en aptitud de minimizar toda situación en la que los interesados no se pongan de acuerdo en sus pretendidos derechos de activos intangibles o de solucionar sus posibles litigios.

La dimensión que ha alcanzado en la actualidad la propiedad intelectual en Cuba, dada además su membresía en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el carácter conflictual de ésta frente a los retos de un mercado altamente competitivo y concurrente, sitúan al país frente a un reto de institucionalización jurídica que sea capaz de contrastar las diferencias y las propias vías de posibilidad para tales designios.

Esta investigación parte de considerar que existen vacíos legislativos en el sistema jurídico cubano en lo referente a la solución de conflictos de propiedad intelectual.

En el contexto cubano la aplicación de las vías alternativas para la solución de diferencias en materia de propiedad intelectual, a diferencia de la práctica internacional, no se ha producido debido a la falta de normas legales que las instrumenten y de órganos que brinden esos servicios, al menos en el ámbito nacional, pues resulta válido señalar que contamos con la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacio-

[1] Procedimientos no adversariales, conocidos comúnmente como métodos de

ADR por sus siglas en inglés (alternative dispute resolution) a los que las partes recurren cuando no se pueden poner de acuerdo en sus pretendidos derechos o solucionar sus posibles litigios antes de acudir a la vía judicial.

nal con sus respectivos reglamentos de mediación y arbitraje, pero se circunscribe sólo a casos donde interviene un elemento extranjero.

Las investigaciones realizadas en nuestro ámbito académico con relación a este tema han sido escasas, y no tan abarcadoras, además no se le ha dado el lugar que merece esta temática tan importante, puesto que los medios alternativos de solución de controversias ofrecen innumerables ventajas, entre las que se cuentan: la resolución del conflicto mediante un procedimiento único, las partes pueden convenir en resolver por un solo procedimiento una controversia relativa a derechos de propiedad intelectual protegidos en distintos países, lo que evitaría los gastos y la complejidad de los litigios multijurisdiccionales y el riesgo de obtener resultados divergentes; autonomía de las partes, debido a su carácter privado, estos métodos permiten a las partes ejercer un mayor control sobre el modo en que se soluciona su controversia que si recurrieran a los tribunales; neutralidad; confidencialidad, son de carácter privado lo que permite centrarse en el fondo de la controversia sin preocuparse por sus repercusiones públicas; y la irrevocabilidad y fuerza ejecutiva de los laudos arbitrales, pues no son normalmente susceptibles de recurso y están en igualdad de condiciones con las sentencias de los tribunales nacionales.

Esta exposición pudiera ayudar a descifrar los problemas y limitaciones existentes, y sugerir recomendaciones pertinentes para contribuir con el perfeccionamiento de la legislación vigente y situar así a nuestro país a la altura de las demás naciones en cuanto a la solución alternativa de conflictos en materia de activos intangibles.

Ante esta realidad nos proponemos brindar los elementos que justifican la necesidad de instrumentar una legislación para sujetos jurídicos nacionales que prevea e incentive la solución alternativa de controversias relacionadas con derechos de propiedad intelectual.

Marco Teórico

Cuando las ideas del hombre encuentran su plasmación en una creación original literaria, artística o científica, expresadas por cualquier medio o soporte, nace automáticamente la **propiedad intelectual**, la que comprende dos ramas esenciales: los derechos de autor y otros conexos y los derechos de propiedad industrial, así como otras formas y manifestaciones de la capacidad creadora del individuo; todos estos

elementos tienen en común el concepto de propiedad aunque no se puede igualar el derecho de propiedad con los derechos de propiedad intelectual, puesto que la ciencia jurídica ha reconocido que los derechos sobre bienes inmateriales tienen una naturaleza peculiar[2], de exclusividad en el ejercicio de ciertos derechos definidos por el estatuto correspondiente, aunque difieren en su alcance y ámbito de aplicación.

La expresión jurídica *Derecho de Autor* describe los derechos conferidos a los creadores respecto de sus obras literarias y artísticas[3]; las primeras abarcan las novelas, poemas, obras de teatro, documentos de referencia, periódicos, composiciones musicales y coreografías; las segundas comprenden las pinturas, dibujos, fotografías, esculturas, obras arquitectónicas, publicidad, mapas y dibujos técnicos.

Normalmente, los programas informáticos y las compilaciones de datos también quedan protegidos por el Derecho de Autor en la mayoría de los países, a excepción de Estados Unidos y Japón[4].

Los derechos conexos son los que se confieren a los artistas intérpretes o ejecutantes, respecto de sus interpretaciones o ejecuciones; a los productores de grabaciones sonoras (por ejemplo, discos compactos), respecto de sus grabaciones; a los organismos de radiodifusión, respecto de sus programas de radio y televisión.

Sin embargo, en Estados Unidos de América lugar donde surgió y luego se expandió a los demás países que acogen el sistema jurídico del Comun Law, el *derecho de autor* se conoce con el nombre de *copyright* con sus respectivas particularidades. El término copyright tiene que ver con actos fundamentales que, en lo que respecta a creaciones literarias y artísticas, sólo pueden ser efectuados por el autor o con su autorización; se trata, concretamente, de la realización de copias de

[2] Lo cual está dado por tres razones: no recaen sobre cosas corporales, sino sobre la obra del pensamiento en sí misma; no son perpetuos, pues en la mayor parte de las legislaciones el derecho de autor tiene carácter temporal y no reúnen las condiciones que respecto a su disfrute tiene todo derecho de propiedad.

[3] El derecho de autor comprende dos categorías principales de derechos: los derechos patrimoniales y los derechos morales. Por derechos patrimoniales se entienden los derechos de reproducción, radiodifusión, interpretación y ejecución pública, adaptación, traducción, recitación pública, exposición pública, distribución, etc. Por derechos morales se entiende el derecho del autor a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que pueda ir en detrimento de su honor o reputación.

[4] El instrumento legislativo rector en la protección del derecho de autor a nivel internacional lo constituye el Convenio de Berna para la Protección de las Obras

Literarias y Artísticas**,** más conocido como «Convenio de Berna», adoptado en 1886. De la administración de este convenio se encarga la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el mismo ha sido revisado y enmendado más de una vez, la última en el año 1971. Se basa en cuatro principios básicos: trato nacional, protección mínima, independencia de la protección y ausencia de formalidades. En la actualidad 148 países son miembros de este Convenio, Cuba lo es desde el 20 de febrero de 1997.

las obras literarias y artísticas, como los libros, las pinturas, las esculturas, las fotografías y las obras cinematográficas. La primera expresión, *derecho de autor*, nos remite a la persona creadora de la obra artística, a su autor, subrayando así el hecho que se reconoce en la mayor parte de las leyes, en el sentido de que el autor goza de derechos específicos en relación con su creación, como el derecho a impedir la reproducción deformada de la misma, prerrogativa que sólo a él le pertenece, mientras que existen otros derechos como el derecho a efectuar copias, del que pueden gozar terceros, por ejemplo, todo editor que haya obtenido una licencia del autor con ese fin.

La *Propiedad Industrial* comprende a las patentes, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, variedades vegetales, marcas, certificados de invención, los secretos empresariales, los signos distintivos, las indicaciones geográficas, los nombres de dominio[5] y la protección contra la competencia desleal, cada uno de estos aspectos tienen sus especificidades y ámbitos de aplicación.

Sobre estos derechos, se ha establecido un sistema de propiedad intelectual[6] el cual se ha venido ampliando, adquiriendo una significación económica preponderante en nuestros días por los sustanciales ingresos que reporta a los Estados y a las personas que lo explotan, cifrados en miles de millones de dólares, dado sobre todo por el desarrollo de las patentes, principal elemento del sistema.

El establecimiento de dicho sistema y la concesión de derechos exclusivos para el titular, se ha justificado desde diversos ángulos: uno, el

[5] Terminología utilizada en el nuevo lenguaje cibernético, para referirse a las direcciones WEB.

[6] Sistema compuesto por varios acuerdos y normas jurídicas, instituciones, organismos y registros, todos de alcance universal o regional, cuyo órgano rector es la OMPI. En el ámbito del Derecho de Autor integrado primeramente por la Convención de Berna, así como, la Convención de Washington de 1946, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas, Convenio de Bruselas sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite, Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT); Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT); etc. En cuanto a la propiedad industrial se

encuentra el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes de 1970, el Convenio de Munich de 1973, el Convenio de Luxemburgo de 1975, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994 que también incluye lo referente al derecho de autor, el Arreglo de La Haya relativo al Registro Internacional de Dibujos y Modelos Industriales de 1999, el Tratado sobre el Derecho de Patentes (PLT), el Tratado sobre el Derecho de Marcas (TLT), entre otros.

hombre posee un derecho natural de propiedad sobre sus propias ideas; dos, la necesidad de una compensación o premio a quien ha rendido un servicio a la sociedad; tres, la promoción e incentivo del progreso industrial; cuatro, unido a la necesidad de que las ideas útiles se den a la publicidad, que pasen al acervo público puesto que el secreto no es útil al progreso. Defensores y detractores del sistema de derechos exclusivos sobre las ideas y las concepciones originales han debatido por largo tiempo los méritos e inconvenientes de cada una de estas argumentaciones[7].

Históricamente, y a decir del catedrático mexicano Jesús Castellanos Malo[8], las vías alternativas de solución de diferencias se han presentado por medio de las siguientes figuras: "a) negociación; b) mediación; c) conciliación, y d) arbitraje, con matices muy propios para cada una". Independientemente de las figuras presentadas por el autor aludido[9], son la mediación y el arbitraje los métodos que más auge han tomado y en los que se centrará esta investigación.

En cuanto a la **mediación:** es un proceso en el cual dos partes en conflicto designan a una tercera parte neutral para que los ayude a encontrar una solución a su problema que sea de mutuo beneficio. El objetivo de la mediación es negociar voluntariamente un acuerdo, y se puede aplicar a cualquier tipo de conflicto en el que se busque una solución de beneficio mutuo con perfiles de ganar.

La mediación ha sido utilizada en diversos casos para resolver conflictos laborales, políticos y organizativos; pero fundamentalmente desde finales del siglo pasado, en el mundo comercial el interés por la mediación ha aumentado considerablemente resultado, entre otras cuestiones, de las ventajas que ésta presenta, particularmente de su atractivo como procedimiento que ofrece a las partes el pleno control del mismo al

[7] Roffe, P. Evolución e Importancia del Sistema de la Propiedad Intelectual. En: Selección de Lecturas de Propiedad Industrial (Tomo I). Editorial "Félix Varela". La Habana, 2003.

[8] Castellanos Malo, J. Los Medios Alternativos para Solucionar los Litigios. [En línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx> [Consultado: 29 enero

2008].

[9] Refiere el citado autor que la negociación implica un protagonismo fundamental de las partes, no hay un tercero intermediario, éstas son las que lo inician y lo llevan a cabo, en directa comunicación (habitualmente asistidas por abogado) para lograr la solución del conflicto; puede aparecer la figura del *nuncio*, que es un tercero que merezca confianza en recibir el encargo de transmitir (enunciar), referir lo que cada una desea anunciar a la otra para que el diálogo negocial continúe. Y la conciliación es el procedimiento en el que las partes ayudadas por un tercero llegan a la solución del cuestionamiento que existe entre ellas mediante una transacción; es un modo bilateral para disponer del conflicto.

que se somete su controversia y del resultado de ese procedimiento. Allí donde se ha utilizado la mediación, el grado de éxito ha sido muy alto, por ejemplo, en México las estadísticas[10] indican que más del 80% de los casos, llegan a una solución basada en el acuerdo tomado por las partes y no en una decisión impuesta. No obstante, debido a que se trata de un procedimiento relativamente poco estructurado, algunos dudan en utilizarlo por temor a no saber a qué atenerse.

En cambio, **el arbitraje:** es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre el asunto, obligatoria para las partes, decisión expresada mediante un *laudo*, el cual es inapelable salvo en muy contadas excepciones, incluso en la vía judicial.

El proceso de arbitraje avanza con menos formalidades que un proceso judicial. Las decisiones arbitrales son generalmente apoyadas y consideradas obligatorias por los tribunales de la mayoría de los países, en virtud de Convenciones Internacionales tomadas al efecto[11], con sujeción a un número limitado de excepciones específicas. En la práctica del comercio internacional, las partes cumplen con el laudo sin necesidad de solicitar ejecución judicial.

Los **métodos** empleados en esta investigación fueron el histórico, lógico y doctrinal, el comparativo, exegético y el valorativo, así como las técnicas de entrevista y análisis de documentos.

La Mediación y el Arbitraje en materia de Propiedad Intelectual.

Los litigios ante los tribunales para solucionar controversias internacionales relacionadas con la propiedad intelectual siguen precisando numerosos procedimientos en distintas jurisdicciones, lo que entraña el riesgo de obtener resultados divergentes. El arbitraje y la mediación permiten a las partes evitar esos problemas y solucionar sus controversias en un único foro neutral. Por consiguiente, no es sorprendente que las partes opten cada vez más por medios privados e internacionales para solucionar sus conflictos.

En materia de propiedad intelectual en general, la mediación y el arbitraje se aplican en relación con las transacciones o relaciones comerciales en torno a la explotación de los derechos de propiedad intelectual: transacciones y relaciones comerciales de las patentes, los

[10] Web de la Mediación en México [En línea]. Disponible en:<http://www.mediacion.com.mx> [Consultado: 29 enero 2008].

[11] Convención de Nueva York de 1958, relativa al reconocimiento de los laudos arbitrales.

conocimientos tecnológicos y las licencias de marcas, las franquicias, los contratos informáticos, los contratos de multimedios, los contratos de distribución, las empresas conjuntas, los contratos de Investigación y Desarrollo (I+D), los contratos de utilización de técnicas sensibles, las fusiones y adquisiciones en las que los derechos de propiedad intelectual constituyen elementos dentro del contrato, y los contratos de edición de obras literarias, musicales y cinematográficas.

Pese a su complejidad, existen obviamente circunstancias en que es preferible recurrir a un pleito ante los tribunales. Por ejemplo, el carácter consensual de dichos procedimientos alternativos los hace menos aconsejables cuando una de las dos partes se muestra poco dispuesta a colaborar, lo que puede producirse en el contexto de una infracción extracontractual. Asimismo, podrá preferirse un litigio ante los tribunales cuando, a fin de clarificar sus derechos una de las partes desea establecer un precedente jurídico público, en lugar de obtener un laudo cuyo alcance se limite a la relación entre las partes.

Por otro lado, en la mediación o conciliación existen algunas limitaciones, porque existen procedimientos que pueden ser objeto de arbitraje pero no de mediación; este es el caso de la falsificación o piratería deliberadas o de mala fe, que impiden el uso de la mediación puesto que ésta requiere la cooperación de ambas partes. La mediación tampoco es un procedimiento adecuado cuando una parte tiene la seguridad de que se trata de un caso definido, toda vez que el objetivo de las partes o de una de ellas, es obtener una opinión neutral.

La mediación reviste determinadas características, que determinan que sea especialmente adecuada cuando surge una controversia entre las partes en una relación contractual continua, como es el caso de una licencia, de un acuerdo de distribución o de un contrato de actividades conjuntas de investigación y desarrollo (I+D), encontrando de esta forma, una solución que responda a los intereses comerciales de las partes y no solamente a sus derechos y obligaciones estrictamente jurídicas.

Por otro lado, podría pensarse que el arbitraje sólo puede darse cuando hay una relación contractual previa entre las partes del conflicto; es decir, cuando el conflicto se deriva de la aplicación, interpretación o ejecución de una disposición contenida en un contrato relacionada directa o indirectamente con propiedad intelectual y en el cual, a su vez, existe un acuerdo arbitral.

Sin embargo, aunque las controversias derivadas de esa clase de contratos son las que típicamente serían resueltas por árbitros, debe quedar claro que no termina allí la posibilidad de usar el arbitraje. Por ejemplo, un caso relacionado con competencia desleal que implique la

violación o uso indebido de un signo distintivo o de una patente o cualquier derecho similar, y en el que no exista ninguna relación contractual previa entre las partes, podría ser sometido también al conocimiento de árbitros, siempre y cuando las partes decidan, luego de surgido el conflicto, resolverlo por medio de dicho procedimiento. Lo anterior no implica, por supuesto, que, si se derivan acciones penales de un caso de competencia desleal, éstas también deban ser conocidas y resueltas por árbitros ya que precisamente el ámbito penal es un claro ejemplo de materia no arbitrable.

La viabilidad de la mediación y el arbitraje en materia de propiedad intelectual en nuestros días, exige la regulación nacional, sea por medio de leyes internas o de tratados debidamente ratificados e instrumentados. Es necesario contar con normas jurídicas que faciliten e incentiven el uso real de estos métodos alternativos de solución de controversias, hacia lo cual deben dirigirse grandes esfuerzos, muestra de ello resulta esta investigación.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (en lo adelante el Centro), con sede en Ginebra, fue creado en 1994 para promover la solución de controversias en materia de propiedad intelectual por medio de métodos de solución alternativa; siendo actualmente el único de su tipo en el mundo[12].

El sometimiento de una controversia a los procedimientos establecidos por la OMPI es consensual. Para facilitar el acuerdo entre las partes, el Centro recomienda cláusulas contractuales (para el sometimiento de controversias futuras relativas a un contrato) y acuerdos de sometimiento (para controversias existentes)[13].

Las cláusulas de la OMPI pueden encontrarse en una amplia variedad de contratos relativos a la propiedad intelectual[14], incluidas las patentes, licencias de know how[15] y de software, contratos de franquicia,

[12] Web de la OMPI. [En línea]. Disponible en: <http://arbiter.wipo.int> [Consultado: 23 enero 2008]

[13] Ídem a 12.

[14] Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Solución de Controversias para el siglo XXI. Publicación No. 779(S), 2004 [En línea]. Disponible en: <http://www.arbiter.wipo.int> [Consultado: 25 enero 2008]

[15] Know How: conocimiento o conjunto de conocimientos que no son públicos que posee una determinada institución productiva o de servicios y que le ofrece ventajas sobre sus competidores en el mercado. El término ampliamente es usado para describir los conocimientos prácticos adquiridos a través de la experiencia e incluye la información industrial, los datos, la información confi-

dencial, los secretos comerciales.

acuerdos de cotitularidad de marcas, contratos de distribución, joint-ventures[16], contratos de investigación y desarrollo, contratos de empleo en industrias de alta tecnología, fusiones y adquisiciones que incluyen aspectos de propiedad intelectual, acuerdos de promoción de actividades deportivas y contratos de las industrias editorial, musical y cinematográfica; dichas cláusulas se encuentran frecuentemente en contratos de licencia entre partes de distintas jurisdicciones.

¿Por qué se elige la mediación en el marco de la OMPI?, puesto que la misma ofrece las siguientes ventajas: una módica tasa administrativa; administración del procedimiento por una autoridad independiente, internacional y especializada en la propiedad intelectual; una lista internacional de mediadores especializados en los aspectos técnicos, comerciales y jurídicos de la propiedad intelectual y que poseen experiencia en la mediación comercial internacional; un reglamento flexible con disposiciones destinadas a preservar la confidencialidad; cuando la mediación se efectúa en Ginebra, utilización gratuita de salas de reunión.

El Centro también ha regulado, con sus respectivos reglamentos, los **procedimientos de arbitraje y arbitraje acelerado** (procedimiento en el que se dicta un laudo en un plazo más breve y a un costo reducido); siendo confirmado por la OMPI[17] la cada vez mayor utilización del arbitraje para solucionar controversias relativas a derechos de propiedad intelectual, producto de las demostradas ventajas del mismo y además que algunas de estas disputas tienen ciertos rasgos particulares a los que no siempre se adecuan los sistemas judiciales nacionales.

La Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual en Cuba.

Ámbito de la Propiedad Industrial.

La membresía de Cuba en la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en consecuencia su adhesión al Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), entre otros, unido a los cambios que se gestaron en la economía cubana en la última década del siglo pasado, condujeron a la creación del Sistema Nacional de Propiedad Industrial (SNPI) para la utilización de la propiedad industrial como una herramienta de trabajo con vistas a dinamizar

[16] El joint-venture es un anglicismo: asociación de empresas; emprendimiento conjunto. Es definido como la sociedad en participación, sociedad temporal, asociación de empresas, asociación temporal de empresas, unión temporal de empresas; en la cual dos empresas independientes se unen (en capital y riesgo) para realizar un proyecto entre las dos, manteniendo ambas su inde-

pendencia en todo lo demás.

17 Ídem a 14.

la actividad económica nacional, la implementación de los Sistemas Internos en cada una de las entidades del país y, además, para enfrentar los retos y aprovechar las oportunidades que nos brinda el nuevo orden internacional en la materia. Este Sistema Nacional se implementa por la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (OCPI), órgano rector de esa actividad en el país.

La legislación en materia de propiedad industrial establece la existencia de esta categoría de propiedad bajo la forma de derechos exclusivos de carácter temporal, los actos de explotación económica y las categorías de creaciones del intelecto amparables por estos derechos. Provee además, las normas sobre los requisitos y los procedimientos para la adquisición de derechos y los requisitos para su ejercicio y mantenimiento en vigor por los titulares.

Establece además los medios y procedimientos legales requeridos para que los titulares de derechos puedan ejercitarlos y hacerlos respetar, por lo que la legislación civil y aduanera forma parte complementaria del régimen jurídico en la materia.

A pesar de las acciones que se realizan para el cumplimiento de los objetivos que persigue el SNPI, aún en algunas instituciones y empresas cubanas no se comprende la importancia de la propiedad industrial para la planificación de las actividades de investigación-desarrollo y producción, la transferencia de tecnologías, la protección y defensa de los resultados tanto en Cuba como en el extranjero, la identificación de productos y servicios, entre otras actividades que garantizan la competitividad de esas entidades estatales.

Sistema de Protección Autoral

El Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA), es el órgano encargado de proponer y aplicar la política nacional e internacional para la protección de los autores en Cuba. En cuanto a nuestro sistema de protección autoral, la Ley No. 14 de Derecho de Autor de 1977 para reconocer los derechos de los autores nacionales, contiene 50 artículos que recogen la generalidad y las categorías jurídicas que conforman la materia del Derecho de Autor, omitiendo desafortunadamente la regulación y los derechos de los sujetos conexos, entre otras cuestiones de vital importancia, aunque es justo reconocer que para el momento histórico en que fue creada significó un gran paso de avance en la materia.

La Ley no cuenta con un Reglamento como tal, sino con un cuerpo

de normas jurídicas administrativas que la complementan, garantizando mínimamente el ejercicio de los derechos morales y patrimoniales de los titulares.

En resumidas cuentas, nuestro sistema de protección autoral está integrado por: la citada Ley No 14; un Decreto (el No. 20 de 21 de febrero de 1978, que crea el CENDA); un Decreto-Ley (el 156 del 95 que eleva a 50 años, post mortem, el plazo de protección general de las obras y, a 25 años para las fotográficas); resoluciones ministeriales y del Director del CENDA e instrucciones, circulares y cartas circulares.

A pesar de esta situación, el proyecto de Decreto-Ley de Derecho de Autor, que derogaría a la vigente Ley No. 14 y sus disposiciones complementarias, se encuentra en fase de estudio por las autoridades competentes desde hace varios años. Esta cuestión fue analizada y criticada en el último Congreso de la Unión Nacional de Escritores y Artistas de Cuba (UNEAC), celebrado en abril de 2008, por lo que este autor se suma a esas voces para que con la urgencia debida se instrumente la legislación necesaria.

En dicho proyecto, además de incluir y regular todo lo relativo a los sujetos conexos, según especialistas del CENDA[18], se pretende incorporar todas las regulaciones que el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC exigen como límites mínimos de protección, entre los que se encuentran:

- La protección a los sujetos de derecho civil y las regulaciones de procedimiento civil, administrativo y penal, como medio eficaz para que autores y titulares hagan efectivo el ejercicio de su derecho.
- La fijación de nuevos derechos patrimoniales (el de alquiler, de préstamo).

El establecimiento de los principios y obligaciones fundamentales de la entidad de gestión colectiva.

- La adecuación de la institución del derecho de autor a las exigencias de las nuevas tecnologías de la información y del comercio electrónico.

De lo anterior se advierte que pese a los esfuerzos realizados, fundamentalmente por el Ministerio de Cultura al cual se subordina el CENDA, aún a finales de la primera década del siglo XXI contamos con un sistema de protección autoral basado en una Ley que pese a sus innegables logros se encuentra desfasada y fuera del contexto actual de nuestro país y del mundo, con una excesiva cantidad de disposiciones administrativas, lo que provoca una amplia dispersión jurídica con las terribles

consecuencias que en el ámbito del Derecho esto significa.

[18] Licea Jiménez, I. Collazo Martínez, Y. Céspedes Vidal, A. Algunas Consideraciones en Torno al Derecho de Autor. [En línea]. Disponible en: <http://scielo.sld.cu> [Consultado: 18 marzo 2008].

La Mediación y el Arbitraje en Cuba en materia de Propiedad Intelectual. Retos para su Perfeccionamiento y Desarrollo.

Como se ha abordado, hoy las vías no adversariales o alternativas para la solución de controversias tienen un gran auge a nivel internacional. ¿Cómo ha influido ese auge en Cuba?, es una interrogante que intenta responder este artículo.

Primeramente en el **ámbito contractual entre personas jurídicas nacionales**, es aceptado por todos los profesionales del derecho el papel que desempeña la mediación como negociación asistida para lograr un acuerdo entre las partes en un litigio contractual. En la mayoría de las ocasiones si un asunto se hubiera negociado adecuadamente, tendría rápida solución para los contendientes y éstos habrían mantenido sus relaciones comerciales para la concertación de nuevos acuerdos. Sin embargo, de acudir a la resolución judicial de los conflictos, muchos empresarios han perdido clientes y relaciones mercantiles fructíferas con los mismos.

Pero la utilización de dichas vías no es posible, pues aunque se ha establecido la conciliación como método alternativo antes de acudir a la vía judicial, hay inexistencia de legislación en materia de mediación y arbitraje; no necesariamente tenemos por qué traspolar a nuestro sistema legal soluciones foráneas, al contrario, con el asesoramiento de calificados especialistas nacionales y teniendo en cuenta nuestras particularidades se deben elaborar legislaciones que no sólo establezcan los principios básicos en materia de contratación (como lo hacen las vigentes), sino que también introduzcan vías alternativas de solución de conflictos a las que puedan acudir las partes antes de presentar litis en los tribunales.

Lamentablemente "nuestro ordenamiento procesal en materia económica así como la puesta en vigor de Instrucciones del Tribunal Supremo Popular han contribuido a convertir a los procesos judiciales ordinarios o ejecutivos en soluciones, a los conflictos derivados de incumplimientos contractuales, desventajosos, costosos, de lenta tramitación, con grandes problemas en la ejecución de las sentencias. Para los empresarios y sus asesores instar esta vía ha representado un problema más"[19].

En el caso específico de los Bufetes Colectivos y las Consultorías Jurídicas, en su atención a entidades nacionales deberían prever e in-

[19] González Enríquez, L, Casabella Fernández, M. López Chávez Riera, H. Mediación: vigencia internacional. Necesidad de aplicación en Cuba. Trabajo presentado en la II Conferencia Internacional sobre Arbitraje y Mediación. La Habana, Cuba, 2004.

troducir un servicio específico en materia de mediación y arbitraje; luego de brindar a sus especialistas la adecuada preparación y entrenamiento para garantizar la calidad en el servicio prestado; esto sería complementario a la puesta en vigor de disposiciones legales que creen las instituciones correspondientes y amparen los referidos procesos. Otra cosa ocurre en los Bufetes Internacionales que sí cuentan con personal capacitado para brindar estos servicios a entidades extranjeras o con alguna participación foránea.

Concretamente en el **ámbito de la propiedad intelectual**, en cuanto a los posibles litigios entre personas nacionales, ya sean jurídicas o naturales, existe una ausencia total de vías alternativas, algo en extremo desfavorable para nuestro país si se quiere estar a la par del desarrollo del comercio, de los derechos de propiedad intelectual y del auge y las ventajas que dichas vías significan para cualquier ordenamiento jurídico que las regule, sin importar el sistema de derecho imperante, claro está, adaptándose siempre a nuestras realidades.

En consulta realizada a Dolores Isabel Agüero Boza, especialista en Derecho de Autor y Derechos Conexos del CENDA[20], se pudo comprobar que, en cuanto a los litigios que puedan surgir en materia de derecho de autor, no están previstas las vías alternativas por la ausencia de una legislación y no por falta de voluntad de dicho Centro, sólo existe el procedimiento administrativo regulado por la Resolución No. 162/02 del Ministro de Cultura, no obstante en algunos casos especialistas de ese centro han fungido como especie de mediadores entre las partes, levantando incluso un acta de dicha actividad con las principales alegaciones de los implicados, sin llegar esto a constituir mediación alguna pues obviamente no reúne las características esenciales de un procedimiento de tal naturaleza, coincidiendo con este autor la citada especialista, al estimar conveniente y útil la futura inclusión, al menos, del procedimiento de mediación entre los servicios que presta dicho centro.

En el procedimiento administrativo ante el CENDA, se desempeñan especialistas de mucha experiencia y según fuentes consultadas[21] es la vía más usada, brindando altos índices de solución satisfactoria a las demandas presentadas; por tanto, el titular de un derecho de autor que considera resquebrajado utiliza esta puerta de salida a la situación en primera instancia, antes de acudir a la vía judicial. No obstante los resultados del mencionado procedimiento, no deja de ser administrativo, sin existir la mediación y el arbitraje como procedimientos alternativos.

[20] Agüero Boza, D. I. Consulta realizada vía telefónica en fecha 10 de abril de 2008.

[21] Ferro Nieto, M. Conflictos y Procedimiento en el Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Tesis de Grado. Curso 1999-2000

En caso de que la resolución dictada por el CENDA no sea satisfactoria para el demandante, se podrá acudir a la vía judicial, pero aquí existen graves problemas, pues debido a la ausencia de un procedimiento a tales efectos en la Ley No. 14/77, los casos se ventilan ante los Tribunales Provinciales Populares, mediante un Proceso Civil Ordinario por concepto de indemnización por daños y perjuicios, lo que propicia que los jueces que corren a su cuenta con el caso, la mayoría de las veces lleven a cabo el proceso sin tener conocimientos suficientes acerca del tema.

Por otro lado, en cuanto a litigios en el ámbito de la propiedad industrial todos se ventilan por la vía judicial con las dificultades que ello trae aparejado, sin colocarse aún Cuba, como ya se ha dicho, al nivel de la práctica internacional; pero eso depende de una legislación que las regule y desafortunadamente nuestro órgano legislativo no le ha dado prioridad al tema, algo que a juicio de este autor lastra, por un lado, la voluntad política de nuestro país ante los organismos internacionales en cuanto al desarrollo de la propiedad intelectual y, por otro, los enormes esfuerzos que se realizan por diversas instituciones nacionales para impulsar y darle la importancia que realmente requieren los derechos de propiedad intelectual. Deberían aprobarse cuanto antes, previo estudio claro está, las normas jurídicas que regulen las vías alternativas propugnadas, y así estar a tono con la etapa histórica de cambios que actualmente vive nuestro país.

Vías alternativas para la solución de litigios en materia de propiedad intelectual donde interviene un elemento extranjero.

Sin embargo, en cuanto a los litigios en materia de propiedad intelectual donde interviene un elemento extranjero, ya sea persona jurídica o natural, sí se han regulado a la par del mundo vías alternativas para su solución, específicamente la mediación y el arbitraje, instituyéndose un órgano nacional encargado de brindar esos servicios: La Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, adscripta a la Cámara de Comercio de la República de Cuba (CCRC), instituida por el Decreto-Ley No. 250 de 31 de julio de 2007.

Este órgano arbitral, presidido por el prestigioso jurista Rodolfo Dávalos, "está dotado de una legislación poseedora de las tendencias más actuales como auxiliador en litigios del comercio mundial y sus soluciones" y "coloca a Cuba en la instancia requerida para responder a las exigencias de los comerciantes, inversionistas, de los que buscan en esta vía alternativa, soluciones a las diferencias"[22].

[22] Fariñas Rodríguez, G. Constituida nueva Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Granma Internacional. 14 de septiembre de 2007. [En línea]. Disponible en: <http://www.granma.cu/espanol/2007/septiembre/vier14/38cortecomercio.htm/> [Consultado: 20 marzo 2008].

En el Capítulo III, se establece la competencia de la Corte, cuestión muy importante ya que verdaderamente le hace honor al nombre de la misma, regulando en el Art. 9, que conocerá los "litigios contractuales o extracontractuales, de carácter internacional, surgidos en el ámbito de los negocios, que le son sometidos voluntariamente por las partes". También en el Art. 11 se dice que "la Corte también puede conocer de litigios contractuales o extracontractuales que le son sometidos por las empresas mixtas o de capital totalmente extranjero, constituidas en Cuba, en sus relaciones entre sí o con persona jurídica o natural nacional, así como por las partes de los contratos de asociación económica internacional, u otras formas de negocios conjuntos con participación de capital extranjero". O sea, que necesariamente en el litigio una de las partes debe ser extranjera, o con participación extranjera, con domicilio legal en Cuba o no.

Esta normativa prevé en el Art. 24 la posibilidad de una conciliación antes de someter el caso a arbitraje planteando que "el litigio sometido a la Corte puede ser objeto previo de un proceso de conciliación por el Secretario, o por un árbitro designado por el presidente de la Corte, a elección de las partes, si lo hubieren convenido o convinieran en ello".

En la Disposición Especial Única refiere que la Corte, como método alternativo de solución de controversias, puede prestar servicios de mediación a las personas naturales y jurídicas que así lo interesen.

Para concluir con este análisis, en consulta realizada a la Lic. Leticia Machín Domínguez, Vice Secretaria de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional[23], se conoció que la mayoría de los casos que se han ventilado mediante arbitraje han sido en materia de contratos comerciales, sin que versen sobre propiedad intelectual; siendo muy pocos los casos tramitados en esta última materia. También que la mediación es muy nueva en Cuba y que por lo tanto no ha sido prácticamente usada, por lo que dichos especialistas están tratando de ir incentivando su uso, de ir creando una cultura de mediación que realmente en nuestro país no existe.

Ante la interrogante de por qué la Corte no podía tratar casos dados entre personas nacionales (jurídicas o naturales), la respuesta fue que la Corte es internacional y que así está dispuesto en el Decreto-Ley que la crea, estando estos casos fuera de su competencia por ley, siendo necesario entonces la creación de un órgano de ese tipo con competencia nacional o modificar la existente.

A lo largo de esta investigación se ha demostrado la necesidad de una corte cubana de arbitraje y mediación con competencia nacional,

[23] Machín Domínguez, L. Consulta realizada el 8 de abril de 2008.

donde nuestros autores, inventores, etc., ya sean personas jurídicas o naturales nacionales puedan acudir como una vía alternativa para la solución de los conflictos, estando más que demostradas las ventajas y la eficacia de estas vías, aunque es sabido que esto conllevaría a la modificación de varias normas importantes de nuestro sistema jurídico, cuestión que de aprobarse, beneficiaría el buen desempeño de las relaciones comerciales y de los derechos de propiedad intelectual en general.

Cláusulas propuestas por la Contraparte Cubana para la Solución de Conflictos en Contratos que involucran Propiedad Intelectual donde Interviene un Elemento Extranjero.

En Cuba en la mayoría de los casos nuestra contraparte accede con gran facilidad a la propuesta que se les realiza:

«las partes cumplirán el presente contrato de buena fe; cualquier discrepancia que surja en su interpretación o ejecución, o de los acuerdos que se deriven del mismo, serán resueltas mediante negociaciones amigables; de fracasar las negociaciones amigables, las partes se someterán a lo que resuelva la Corte Cuba, conforme a sus reglas y será aplicable la ley cubana; el fallo de la Corte de Arbitraje de Comercio Exterior (actualmente Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional), adjunta a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, será definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento para las partes, la presentación de la discrepancia ante la Corte de Arbitraje no será motivo para el no cumplimiento del contrato»[24].

Como apreciamos siempre se propone en primera instancia la Corte Cubana de Arbitraje. En los casos en los que no se ha podido lograr que en la Cláusula de Solución de Controversias se acepte a la mencionada Corte, según las autoras Lic. Ivette Isabel Cañedo Tápanes y la Lic. Cheila Fernández García, especialistas del Polo Científico de La Habana[25], se han propuesto las siguientes variantes:

- Proponer la Corte de Arbitraje de París, con gran prestigio internacional, reconocida por juristas de todo el mundo, la cual no constituye un tribunal en sí mismo, sino que su misión es la de asegurar la aplicación del Reglamento de arbitraje. La Corte no resuelve por sí misma las controversias sometidas a arbitraje, sino que supervisa el procedimiento. Para ejercer estas

[24] Cañedo Tápanes, I, Fernández García, Ch. Cláusulas de solución de conflictos en contratos que involucran propiedad intelectual. [En línea]. Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos41/solucion-conflicto/solucion-conflicto2.shtml?monosearch> [Consultado: 25 enero 2008].

[25] Ídem a 24.

funciones cuenta con la ventaja de poder utilizar la experiencia colectiva de un círculo de eminentes juristas procedentes de distintas culturas jurídicas, entre numerosas ventajas; pero que a su vez es sumamente costosa.

- Como segunda variante se encuentra proponer la ley del demandado y la sumisión a sus cortes. Ésta, según las autoras, puede resultar algo contradictoria pues consideran que entre las variantes es más perjudicial para nuestra empresa, como es lógico ser demandada bajo otro fuero que en el propio, aún cuando la corte falle por la contraparte extranjera que instaura la demanda. No obstante, esta propuesta ha sido también admitida.

A continuación proponemos tres ejemplos para ilustrar la forma en que se consignan cláusulas relativas a propiedad intelectual en algunos de los contratos más importantes que se concertan en Cuba:

En el Contrato de Know-how, se otorga una licencia exclusiva y no transferible sin derecho a ser sublicenciada para utilizar el know-how en la fabricación y venta del producto dentro del territorio otorgado.

En el cuerpo del Contrato, según las autoras anteriormente citadas, se establecen definiciones entre las que aparece lo que se entiende por know-how a los efectos del Contrato. Se establecen limitaciones expresas al licenciatario en cuanto a la explotación, cesión, uso o fabricación del producto. Además, el licenciatario no podrá practicar una política activa de comercialización del producto fuera del territorio y, en particular, no podrá hacer publicidad expresamente destinada a países fuera del territorio, ni establecer sucursal o almacén en ellos.

Por su parte en los contratos para la constitución de empresa mixta, en las cláusulas dedicadas a la liquidación de la nueva sociedad creada se establecen las pautas que debe seguir el comité liquidador en cuanto a la liquidación de los derechos de propiedad intelectual, como regla se establece que:

- Los derechos de propiedad intelectual que cada socio ostente de forma legítima (adquiridos antes de la Constitución de la sociedad o durante la vida de ella) seguirán siendo propiedad de cada socio.

- En caso de derechos de propiedad intelectual cuyo titular o cotitular sea de la nueva sociedad creada se decidirá la modificación del derecho correspondiente a favor de uno de los socios luego de pactarse la correspondiente compensación al otro socio.

Por último en los contratos de distribución se otorgan derechos exclusivos o no al distribuidor para la comercialización de determinados

productos en los territorios otorgados; los productos a comercializar por el Distribuidor pueden encontrarse protegidos en virtud de derechos de propiedad intelectual en el referido territorio antes de la firma del Contrato o no.

En estos contratos, "se consignan como regla en el Preámbulo, declaraciones de las partes en cuanto al reconocimiento de estos derechos y en todos los casos aparecen cláusulas relacionadas con los mismos"[26].

En el caso de las Marcas se establece que el fabricante tiene la titularidad de las mismas y la obligación del distribuidor de no utilizar marcas idénticas o similares, así como de informar al fabricante sobre posibles actos violatorios provenientes de terceros y de colaborar con el mismo en la defensa de sus intereses en el territorio.

[26] Ídem a 24.

CONCLUSIONES

La creciente internacionalización de la propiedad intelectual, constituye un tema medular que aun se presenta como uno de los mayores retos para las bases legales nacionales en lo que respecta a su instrumentación en la sistemática jurídica.

En los últimos tiempos la solución alternativa de controversias ha tenido un gran auge a nivel mundial, siendo el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI por encima de otros organismos y cortes de arbitraje, el líder mundial en materia de propiedad intelectual,

El sistema de protección autoral en Cuba a pesar de sus aciertos y logros, se ha quedado rezagado en el tiempo, lo que unido a su amplia dispersión jurídica nos sitúa en real desventaja con respecto a la mayoría de los países del orbe.

En nuestro país existe una ausencia total de vías alternativas para la solución de litigios que involucren derechos de propiedad intelectual, cuando se trata de personas nacionales, ya sean jurídicas o naturales.

Las vías alternativas para la solución de litigios de propiedad intelectual donde interviene un elemento extranjero, sí se han regulado a la par del desarrollo internacional, funcionando con probada eficacia y calidad la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

RECOMENDACIONES

Dirigidas a la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba:

Aprobar el proyecto de Decreto-Ley de Derecho de Autor, que se encuentra en fase de estudio y que derogaría a la vigente Ley No. 14 y sus disposiciones complementarias, con las correspondientes ventajas.

Establecer las normas legales pertinentes para regular las vías alternativas de solución de controversias en todas las materias susceptibles de aplicación, correspondiéndose así con la etapa histórica de cambios que vive nuestro país.

Propiciar la creación de la Corte Cubana de Arbitraje y Mediación con competencia nacional, o modificar la existente, donde nuestros autores, inventores, etc., ya sean personas jurídicas o naturales nacionales, puedan acudir como una vía alternativa para la solución de los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

CASTAÑEDO ABAY, A. Mediación: alternativa para la resolución de conflictos. Editorial "Félix Varela". La Habana, 2002..

FERRO NIETO, M. Conflictos y Procedimiento en el Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Tesis de Grado. Curso 1999-2000.

FOYER, J. Naissanse et histoire du brevet d´inventaion, Intellectual property in the Relm of living Forms and Materials. París, L¨Academiedes Sciences et Foundation Singer Polignac. Enero de 1995.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, L. y Col. Mediación: vigencia internacional. Necesidad de aplicación en Cuba. Trabajo presentado en la II Conferencia Internacional sobre Arbitraje y Mediación. La Habana, Cuba, 2004.

LABARIEGA VILLANUEVA, P. A. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Revista de Derecho Privado, nueva época, año II, No. 4. Enero-abril de 2003.

LIPSZYC, D. Derecho de Autor y derechos Conexos. Tomo I. Editorial "Félix Varela". La Habana, 1998.

MORENO CRUZ, M. y Col. Selección de Lecturas de Propiedad Industrial. Tomo I. Editorial "Félix Varela". La Habana, 2003.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Convención de París de 1883. Revisión de 1979.

Convenio de Berna de 1886. Revisión de 1971.

Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952. Revisión de 1971.

Convención de Nueva York de 1958, relativa al reconocimiento de los laudos arbitrales.

Convenio de Roma de 1961, sobre la Protección de los Artistas Interpretes o Ejecutantes,los Productor de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994.

Reglamentos de Mediación, Arbitraje y Arbitraje Acelerado de la OMPI.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley No. 14 de 1977 "Del Derecho de Autor".

Ley No. 5 de 1977 "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico".

Ley No. 59 de 1987 "Código Civil Cubano".

Decreto-Ley No. 156 de 1995.

Decreto-Ley No. 250 de 2007.

Decreto No. 20 de 1978, dictado por el Consejo de Ministros.

Resolución No. 162 de 2002 del Ministro de Cultura.

Resoluciones No. 11 de 2007; No. 12/07; No. 13/07; No. 17/07; No. 18/07; y No. 19/07 del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba.

SITIOS WEB

CASTELLANOS HOWELL, A. R. El Arbitraje en Conflictos sobre Propiedad Intelectual. [En línea]. Disponible en:

http://www.ns.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R2A1/Arbitraje> [Consultado: 14 noviembre 2007].

OMPI. Actualidad. Julio, 2005. [En línea]. Disponible en: <www.wipo.int/edocs/prdocs/es/2005/wipo_upd_2005_257.html - 14k-> [Consultado: 14 noviembre 2007].

MERINO ALAMA, R. El arbitraje, una solución alternativa para aliviar la carga procesal. [En línea]. Disponible en:<http://www.monografias.com/trabajos38/arbitraje-procesal/arbitraje-procesal2.shtml?monosearch> [Consultado: 25 enero 2008].

Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Solución de Controversias para el siglo XXI. Publicación No. 779(S), 2004. [En línea]. Disponible en: <http://www.arbiter.wipo.int> [Consultado: 25 enero 2008].

NARDI, J. OMC: propiedad intelectual, debate vital. 2005. [En línea]. Disponible en: <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=36117> [Consultado: 25 enero 2008].

CAÑEDO TÁPANES, I. y Col. Cláusulas de solución de conflictos en contratos que involucran propiedad intelectual. [En línea]. Disponible en: http://www.monografias.com/trabajos41/solucion-conflicto/solucion-conflicto2.shtml?monosearch> [Consultado: 25 enero 2008].

Web de la Mediación en México. [En línea]. Disponible en:<http://www.mediacion.com.mx> [Consultado: 29 enero 2008].

CASTELLANOS MALO, J. Los Medios Alternativos para Solucionar los Litigios. [En línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx> [Consultado: 29 enero 2008].

Web de la OCPI. Legislación Vigente. [En línea]. Disponible en: <http://www.ocpi.cu/legis.php> [Consultado: 18 marzo 2008].

LICEA JIMÉNEZ, I. y Col. Algunas Consideraciones en Torno al Derecho de Autor. [En línea]. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S1024-94352002000500003&script=sci_arttext> [Consultado: 18 Marzo 2008].

Web del CENDA. [En línea]. Disponible en: <http://www.cenda.cu/php/loader.php> [Consultado: 20 Marzo 2008].

FARIÑAS RODRÍGUEZ, G. Constituida nueva Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. Granma Internacional. 14 de septiembre de 2007. [En línea]. Disponible en: <http://www.granma.cu/espanol/2007/septiembre/vier14/38cortecomercio.htm/> [Consultado: 20 Marzo 2008].

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO URBANO. SU SENTIDO SOCIAL

The exercise of property law on the urban land. *ITS social sence*

Dra. Iris Cabanes Espino
Profesora Universidad de Camagüey. Cuba
Dra. Marta Fernández Martínez
Profesora de la Universidad de La Habana. Cuba

Resumen

En la actualidad la propiedad desempeña una función social que se ha convertido en fundamento jurídico-doctrinal de todas sus restricciones, es esa una cuestión que sin lugar a dudas encuentra eco en el ordenamiento jurídico cubano, en el que la Constitución proclama el predominio de la propiedad Estatal[1],resulta asimismo el sustento de la aparición de estatutos especiales para la regulación de algunas propiedades como la urbana, en las que se le impone a los titulares la obligación de asumir una actividad determinada.

El Código Civil cubano, también refleja ese carácter limitado del ejercicio del derecho de propiedad, entre otras razones, porque al exponerse de forma muy sintetizada el contenido de este derecho real expresado en un haz de facultades, se deja establecido que éstas se ejercerán conforme al destino socioeconómico de los bienes[2].

Summary

Currently the property has a social function that has become legal and doctrinal basis of all its restrictions, is this an issue that no doubt is echoed in the Cuban legal system, in which the Constitution proclaims the predominance of State property, it is also the livelihood of the emergence of special statutes for the regulation of some properties such as urban, which is imposed to owners as an obligation to assume a particular activity.

The Cuban Civil Code also reflects the limited nature of the exercise of property law, among other reasons, because when exposed in a very

[1] En el artículo 14 de la Constitución de la República de Cuba, se establece: «En la República de Cuba, rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción…»

[2] El Código Civil cubano dispone en su artículo 129.1: «La propiedad confiere a

su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico».

summarized way the contents of the royal law expressed in a bundle of faculties, it is established that they will be exercised under socio-economic destination of goods.

Palabras claves

Propiedad, suelo, urbanización, sentido social.

Key words

Property, land, urbanization, social sense

INTRODUCCIÓN

El suelo, bien inmueble por naturaleza, es un recurso natural que amerita una especial consideración, por el rol insustituible que desempeña, desde el punto de vista económico, social, y en la actual problemática urbana, constituye un elemento esencial, al ser el soporte físico del proceso urbanizador y consecuentemente las disposiciones legales que regulan su uso, clasificación y valoración deben de tener un carácter integrador, conforme a la función social del derecho de propiedad, pero que a su vez faciliten una adecuada ordenación del territorio, con la debida atención a los problemas del medio ambiente.

En Cuba la cuestión se facilita si tenemos en cuenta que la urbanización es una función pública, y el suelo que puede ser utilizado a esos fines y al de la edificación es fundamentalmente propiedad del Estado máximo responsable de este proceso, sin embargo, se precisa, por una parte, de la perfección de los instrumentos legales que lo regulen, y por otra, de la creación de una legislación más uniforme en cuanto al uso y aprovechamiento de este bien como un elemento clave del proceso urbanizador.

Téngase en cuenta que en Cuba, no existe una Ley de Suelo, de Ordenamiento Territorial y Urbanismo, y la necesidad de que el país se dote de esa normativa viene dada en lo fundamental por:

- Las insuficiencias presentes en la normativa jurídica que rige el ordenamiento territorial y el urbanismo, en especial la creciente dispersión legislativa sobre la temática de la regulación y el control del suelo, el limitado alcance del Decreto 21/78 «Reglamento Sobre la Planificación Física» y la necesidad de articular y compatibilizar los contenidos con la legislación promulgada más recientemente o que se encuentre en estudio.
- Las actuales insuficiencias de los instrumentos de planeamiento, los vacíos en la gestión del suelo y la urbanización y los problemas en el control y la disciplina territorial.
- La necesidad de adecuación de los instrumentos normativos a las nuevas realidades emergentes en el país[3].

Incluso ya desde el año 1993, al aprobarse el Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo, en el que se dedica el Capítulo tres a la planificación y ordenación del recurso tierra, dentro de las acciones

[3] Así lo expone García Pleyán en el folleto Fundamentos y Comentarios al Proyecto de Ley del Suelo, el Ordenamiento Territorial y el Urbanismo, La Habana,

1996, pp. 2 y 3.

que se proponen, para lograr los objetivos[4] que se persiguen en tal sentido, se encuentra, la de revisar y perfeccionar el marco legal y reglamentario establecido y en estudio.

Por estas razones, se precisa en el ordenamiento jurídico cubano, de un adecuado régimen jurídico del suelo[5]. que integre y supedite el uso y destino de este bien, a las disposiciones del planeamiento, en relación con las prescripciones urbanísticas, y el sentido social del ejercicio del derecho de propiedad urbana, cuestión que se pretende argumentar con el presente trabajo.

1. Consideraciones generales acerca de la función social del derecho de propiedad.

Desde cualquier perspectiva profundizar en el contenido del derecho de propiedad, obliga a adentrarnos en la función social que en la actualidad este derecho está llamado a desempeñar, téngase en cuenta que la importancia de la propiedad, como institución, trasciende el ámbito jurídico, siendo expresión de las ideas sociales, políticas y económicas de un momento determinado de la historia[6].

Por ello, ha perdido vigencia la definición que de este derecho realizó el Código Civil Francés de 1804, al conceptuarlo como el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de ellos un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos.

No obstante es la propiedad el paradigma de los derechos reales[7] y por tanto en el que con más marcado énfasis se ponen de manifiesto

[4] Estos objetivos son: Estudiar y perfeccionar políticas para lograr el aprovechamiento óptimo y la ordenación sostenida de la tierra y sus recursos, mejorando y reforzando los sistemas de evaluación, planificación y control integral del uso, así como las instituciones y mecanismos de coordinación. Y, propiciar que se compatibilicen los diversos intereses económicos y sociales que concurren en la explotación y ocupación de la tierra, con la adopción de decisiones para su protección.

[5] Se entiende por régimen jurídico del suelo el conjunto de derechos y deberes que configuran los procesos de urbanización y edificación sobre las propiedades inmobiliarias. Así lo define Parada, R, en: Derecho Administrativo III Bienes públicos. Derecho urbanístico Sexta edición, Ed. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S. A, Madrid, 1997, p. 390.

[6] Valórese que la propiedad no es solamente una institución jurídica, sino que es objeto de estudio por diversas ramas: la economía, la sociología, la política, la filosofía jurídica, etc. La propiedad y su regulación jurídica en gran medida no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un período determinado sacuden a las naciones. Así lo exponen Diez-Picazo, L y Gullón, A, en. : Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Ed. Tecnos, S. A; 1990, p. 161.

[7] La propiedad es el derecho real por excelencia, su prototipo. Es el que significa el máximo grado de poder sobre una cosa que se reconoce a su titular, así lo afirman Diez-Picazo, L y Gullón, A, en. : op, cit ,p. 51.

los atributos de exclusividad, oponibilidad *erga omnes*, reipersecutoriedad y carácter fundante (en este caso exclusivo de la propiedad) propio de estos derechos.

Es también la propiedad un derecho subjetivo, al concederle a su titular un ámbito de poder jurídico traducible en un conjunto de facultades legalmente reconocidas para satisfacer sus intereses; facultades que como veremos no son del todo absolutas, ni ilimitadas.

Resulta difícil dar un concepto unitario del derecho de propiedad[8], debido a la multiplicidad y diversidad de situaciones que con relación a esta institución pueden presentarse en la sociedad actual, pero lo cierto es que la mayoría de los Códigos Civiles modernos[9], la definen como un poder que le confiere a su titular facultades de goce y disposición, con las limitaciones que para el caso estén establecidas.

En esa línea el Código Civil cubano en su artículo 129.1, conceptualiza a la propiedad como el derecho que le confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico.

No obstante a que en la definición que del derecho de propiedad establece el Código Civil cubano, se le concibe como un derecho limitado, es de subrayar que las restricciones que recaen sobre la propiedad no están solo determinadas por el destino socioeconómico de los bienes, sino

[8] Para López y López, A. M.; tal dificultad resulta multiplicada por el propio concepto tradicional de la propiedad, que la sitúa en el corazón del derecho subjetivo (el derecho subjetivo por excelencia), como ámbito soberano de las prerrogativas del individuo sobre las cosas, una suerte de agujero negro en la confusa galaxia de las normas, que dotado de una especial intensidad gravitatoria arrastra al vórtice del poder libérrimo del sujeto toda potencial utilidad de las cosas; y como se tendrá ocasión de apreciar desde el punto de vista de la posición sustancial del propietario, y es cosa sabida que tal visión es empíricamente inexacta: el titular del dominio no lo puede todo, porque la realidad del derecho pone de manifiesto que siempre hay normas limitativas, además de que sería un imposible que un poder jurídico no tuviera normas delimitadoras, que lógica e institucionalmente lo diferencien de otros poderes. Así lo expuso el citado autor en: El derecho de propiedad. Una relectio. Estudios Monográficos. 1998, p. 1640.

[9] Por ejemplo el Código Civil de México para el Distrito Federal, nos dice en su artículo 830 que: «El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes»; el Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 545 establece: La propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley «; el Código Civil español en su artículo 348 dispones: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes...», el Código Civil de la República Italiana, la define en su artículo 832 Contenuto del diritto, como: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico; el Código Civil de Puerto Rico, en su artículo 280, preceptua: «La propiedad es el derecho por virtud del cual

una cosa pertenece en particular a una persona con exclusión de cualquiera otra. La propiedad concede el derecho de gozar y disponer de las cosas sin más limitaciones que las establecidas en las leyes...», y por último el Código Civil de Chile, en el artículo 582 define a este derecho como: «El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno...».

también por la Ley[10] y por el sentido social que este derecho está llamado a desempeñar, y si bien el sentido social del derecho de propiedad inspira la regulación que del mismo realiza el ordenamiento jurídico cubano, es ésta, como veremos, una cuestión de mayor profundidad y alcance que utilizar los bienes conforme a su destino socioeconómico, y consecuentemente el precepto que desde nuestro derecho positivo da una definición del más pleno e importante de los derechos reales, así lo debe preceptuar, a fin de estar a tono con una más depurada técnica jurídica y con las propias restricciones que el Derecho cubano le impone a la propiedad sobre todo en las leyes especiales.

De tal modo, se trata de que en la actualidad las facultades de goce y disposición garantizadas como derechos absolutos del propietario, entraron en crisis y es vista la propiedad como un concepto que obliga al cumplimiento de determinados deberes sociales, en otras palabras, la propiedad está llamada a desempeñar una función social, que es delimitadora de su contenido.

Para LÓPEZ y LÓPEZ: «El cambio de rumbo resplandece especialmente en el terreno del derecho de propiedad, cuando en el interior de aquella idealmente omnipotente posición del propietario se inserta la idea de deber (*eigentum verpflichtet*). A partir de este momento, el universo propietario en un tiempo lleno de las certidumbres que indicaba el compacto modelo codificado de sello romanístico (*dominium est plena in re potestas*), se colma de resquebrajaduras»[11].

De ahí que como afirma PUIG PEÑA[12], el momento actual de la propiedad es el de la superación de la concepción individualista y liberal –que partiendo de un plano estrictamente *iusprivativista,* se fija principalmente en la idea de poder- por otra concepción social que contempla la propiedad no solo como institución jurídica, sino también como institución económica, destacando en ella la idea de función.

Desde esa óptica, cuando se hace referencia a la función social del derecho de propiedad, no se alude a simples restricciones externas a un derecho de por sí, absoluto en su contenido, sino como apunta PAREJO ALFONSO: «La clave de la transformación radica en que el nuevo fin (ahora social) legitimador de la propiedad no actúa sobre ésta desde fuera, sino conformando el propio contenido del derecho. No es que éste tenga unos límites derivados de necesidades sociales, sino que éstos le confieren –desde dentro- sus perfiles propios»[13].

[10] No obstante es de tener en cuenta que en el artículo 127 del Código Civil cubano, se establece que todo el que ejerza un derecho sobre bienes, lo hará de

acuerdo con lo establecido en la ley.

[11] López y López, A. M.: op, cit. p. 1642.

[12] Puig Peña, F.: Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II. Ed. Pirámides, Madrid, 1976, p. 59.

[13] Parejo Alfonso, L.: Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas, Ed. Ciudad Argentina, 1986, p. 76.

En ese mismo sentido Doehring[14], acota que la institución de la propiedad solo puede realizarse a través de su función social, que por ello mismo tiene efecto constitutivo, y es ésta el fundamento de la capacidad dispositiva que es elemento integrante de la propiedad privada, al punto de erigirse en «limitación social» que evita la destrucción misma del poder dominical en cuanto éste no reconociera unas barreras, precisamente las que levanta su función social.

Es así, como la función social del derecho de propiedad está incorporada expresamente en los textos constitucionales de varios países[15]. En Europa, el primer país capitalista que la planteó fue Alemania, al expresar la Constitución de Weimar en su artículo 153 que: «La propiedad obliga. El suelo debe estar igualmente en interés general», mientras que en América, la Constitución mexicana de 1917, en precepto que se mantiene dispone: «La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la vida de la población rural y urbana»[16], en Cuba la Constitución de 1940 expresaba en su artículo 87: «El Estado cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la

[14] Doering, J: Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático, en el Estado Social, (AA.UX), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p.145.

[15] Por ejemplo en el artículo 42.de la Constitución de la República Italiana, se establece: «La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares. La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos...»; la Constitución española resulta aun más explicita al exponer en su artículo 33 que: «1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes...»; la actual Ley Fundamental para la República Federal Alemana, de 23 de mayo de 1949, dispone en su artículo 14 que: «1. La propiedad y el derecho de herencia están garantizados. Su naturaleza y sus límites serán determinados por las leyes. 2. La propiedad tiene sus cargas. Su uso debe servir a sí mismo al bienestar

general...» por último en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se dice: «Se garantizará el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general...»

16 Así se establece en el artículo 27 de la Constitución mexicana.

Ley»; y en la actual Constitución cubana aunque de forma expresa no se haga mención a la función social del derecho de propiedad, es ésta una cuestión que está implícita en los Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, recogidos en el Capítulo I, del Texto Constitucional y fundamentalmente de la formulación de los artículos del 14 al 27, dedicados a las relaciones de propiedad.

Para MONTES[17] la función social como delimitadora del contenido del derecho de propiedad, se ha de traducir en uno de estos tres supuestos:

- Falta de atribución de determinadas facultades.
- Complejo de condicionamientos para el ejercicio de las facultades atribuidas.

Obligación -o deber- de ejercicio de determinadas facultades.

Como se deduce de las ideas expuestas, en toda delimitación del contenido del derecho de propiedad, hay que recurrir a sus restricciones[18], teniendo en cuenta la realidad jurídica, económica, política, y social, en que el mismo se desarrolla, y para lo cual el establecimiento de un modelo único aplicable a las diferentes situaciones que puedan presentarse no resulta viable desde el punto de vista práctico.

De lo anterior, se deriva una consecuencia, y es que en los momentos actuales, el estatuto propietario, es regido por las características jurídicas de cada bien o categoría de bienes, formuladas, sobre todo, por su importancia para toda la sociedad, lo que desde el punto de vista técnico significa fragmentación de la regulación, y la obligada remisión al mundo de las leyes especiales[19].

17 MONTES, V. L.: La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo, Ed. Civitas, S. A, 1980, p. 185.

18 A pesar de su importancia en el orden práctico, el tema de la restricciones a la propiedad ha sido poco tratado por la doctrina cubana, pero al respecto pueden consultarse a Rivero Valdés, O.: Temas de Derechos Reales, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 71-90; Ojeda Rodríguez, N.C. : «Los Límites a la Autonomía de la Voluntad en Materia Contractual» en Pérez Gallardo, L. B y otros. : Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos, Ed, Félix Varela, La Habana, 2000; Rodríguez Saif, M. J.: Las relaciones de vecindad en el derecho civil cubano, Tesis doctoral en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas, Santiago de Cuba, 2002.

19 En ese sentido Parejo Alfonso, argumenta: «La especificidad de la transforma-

ción del concepto jurídico de propiedad inmobiliaria, refleja un dato de primer orden, que importa resaltar. La variabilidad y multiplicidad de los usos o utilidades con contenido patrimonial o económico de que son susceptibles las diferentes cosas, cada una según su naturaleza y propiedades, en la compleja y dinámica sociedad industrial y casi posindustrial, acaban concluyendo en una diversificación de su régimen jurídico, es decir, en la ruptura de la institución dominical en diversas propiedades», en op, cit, p. 77.

Cuando nos adentramos en el tema de la función social del derecho de propiedad, y de las restricciones que recaen sobre el mismo, es igualmente insoslayable, lo referente al contenido esencial de este derecho, como límite de la intervención legislativa, lo que de forma expresa no se trata en el ordenamiento jurídico cubano.

Al respecto en el artículo 53.1 de la Constitución española[20] se establece que solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de determinados derechos y libertades reconocidos en esa suprema ley, dentro de los que se encuentra el derecho de propiedad.

La cuestión se centra entonces en determinar cuál es el contenido esencial del derecho de propiedad, tópico no definido por el legislador, y consecuentemente, tarea que le corresponde al intérprete de la ley, y de una importancia que trasciende el ámbito jurídico[21].

En esa línea compartimos el criterio de MONTES[22] cuando argumenta que en la determinación del contenido esencial del derecho de propiedad, habrá que acudir a criterios hermenéuticos y heurísticos basados en la conciencia social y en la realidad del tiempo, ya que este contenido esencial, se ha de poner forzosamente en relación con la idea de finalidad objetiva del derecho, con la idea de causa en el sentido de función económico-social del derecho mismo.

El sentido social que en la actualidad desempeña el derecho de propiedad se hace notar con marcado énfasis en el ejercicio de este derecho en relación con el suelo, al punto que al reflexionar sobre el tema

[20] En este artículo se establece: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se regularán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

[21] La Sentencia del Tribunal Constitucional español número 11 de fecha 8 de abril de 1981, lo define de la siguiente forma: «El contenido esencial del derecho subjetivo, al que se refiere el artículo 53 de la Constitución Española, puede determinarse a partir del tipo abstracto conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces, y en general los especialistas en Derecho, de modo que constituyen el contenido esencial de un derecho subje-

tivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (...). El contenido esencial puede determinarse también complementariamente a partir de lo que se llama los intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

22 MONTES, V. L.: op, cit., p. 226.

DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, en ideas que en gran medida deben ser de aplicación a la realidad cubana, han afirmado: «La propiedad del suelo es en la actualidad objeto de una minuciosa atención del legislador, hasta el punto de que puede afirmarse, sin asomo de duda, que no le es aplicable en grandísima medida la definición que del derecho de propiedad da el artículo 348 del Código civil. Efectivamente, es una propiedad respecto a la que el propietario es sujeto de deberes que no se concretan exclusivamente en un no hacer sino en una actitud positiva (edificar un suelo urbano; mejorar y cultivar un suelo rústico, etc.). No se circunscribe, pues, la actitud del legislador al establecimiento de límites al derecho de gozar y disponer del propietario, sino que marca las líneas a través de las cuales han de ejercitarse o discurrir sus facultades dominicales»[23]. Sin embargo, es esa una cuestión que en toda su magnitud no encuentra eco en el ordenamiento jurídico cubano, ya que la normativa de corte urbanístico ha priorizado las cuestiones relacionadas con el planeamiento, la atribución de competencias, la disciplina urbanística, entre otras, sin detenerse en la regulación del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, el que como se verá, amerita una consideración especial.

2. Régimen Urbanístico de la Propiedad del Suelo.

En el acápite precedente se expuso cómo en la actualidad resulta difícil establecer una unificación conceptual del derecho de propiedad que abarque la diversidad de estatutos y regímenes sobre el que puede recaer este derecho, por lo que se hace necesario regular en específico la propiedad agraria, la propiedad del espacio urbano, o las llamadas propiedades especiales[24] por solo citar algunos ejemplos.

Precisamente, en el centro de los orígenes y desarrollo histórico del Derecho urbanístico siempre ha estado como una cuestión esencial la regulación de los aspectos más sustanciales de la propiedad inmobiliaria, el derecho o no de urbanizar, la potestad de expropiar y las valoraciones de las propiedades para la realización de las obras públicas[25].

De esa forma, las modernas legislaciones reguladoras del uso del suelo desde una perspectiva urbanística, formulan dentro de sus prin-

[23] DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: op, cit., p. 51.

[24] Bajo el nombre de propiedades especiales se denomina el ejercicio de este derecho sobre determinados bienes que ameritan una normativa específica como las aguas o los minerales, el Código Civil cubano no las regula expresamente, sí el Código Civil español que les dedica dentro de su Libro II, el Título IV, artículos del 407 al 429. Al respecto puede consultarse a Díez-Picazo, L y Gullón, A.: op, cit, pp., 226-249.

[25] Así lo afirma Parada, R.: op. cit., p. 357.

cipales objetivos, la definición del contenido básico del derecho de propiedad del suelo acorde con su función social, dedicándoles especial atención a los derechos y deberes de los propietarios.

Se impone recordar que las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana y consecuentemente el hecho de que una determinada propiedad pueda ser afectada por un destino que domina todo su tráfico jurídico posterior, viene determinado no solo por la Ley, sino también por el planeamiento, en esa línea afirman PONS GONZÁLES y DEL ARCO TORRES que: «El núcleo central de la ordenación urbanística (legislación y planeamiento) lo constituye la regulación de los derechos y deberes de los propietarios de suelo afectados por el proceso de urbanización y edificación; es decir, que si bien la ley debe definir el contenido esencial de la propiedad privada, nada impide que la misma Ley se remita a los instrumentos normativos planificadores para establecer el régimen de la utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación[26].

Es así como el uso del suelo requiere instrumentos técnicos y jurídicos precisos, capaces de regular de una forma efectiva el ejercicio del derecho de propiedad sobre este bien, no obstante en Cuba, esta normativa se encuentra muy dispersa, y no cuenta con un enfoque urbanístico; el contenido del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico cubano lo encontramos delimitado fundamentalmente en la Constitución de la República, y el Código Civil, y en un conjunto de cuerpos legales que los complementan dentro de los que amerita destacar la Ley General de la Vivienda, la Ley Hipotecaria, la Ley de la Inversión Extranjera en Cuba, el Código de Vialidad y Tránsito, la Ley del Medio Ambiente, la Ley de Protección al Patrimonio Cultural, la Ley de los Monumentos Nacionales y Locales, el Decreto-Ley 227/02, «Del Patrimonio Estatal», el Decreto-Ley 125/91 «Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios», esos por solo citar algunos de los más significativos, por ello compartimos el criterio de GARCÍA PLEYÁN al afirmar que: «La legislación sobre el Ordenamiento Territorial debe adaptar y completar este derecho especificando cuestiones como la subordinación jurídica del destino del suelo al plan y no al propietario o poseedor, los deberes y derechos de los

promotores inmobiliarios, la recuperación social de los beneficios y plusvalías derivados de la operación sobre el suelo con ánimo de lucro el marco jurídico de la valoración del suelo la legitimación de la expropiación con finalidades urbanísticas, etc»[27].

[26] Pons gonzales, M. y Del Arco Torre, M. A.: Diccionario de Derecho Urbanístico, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 125 y 126.

[27] García Pleyan, C.: op, cit, p. 4.

Se trata de valorar que el proceso urbanizador se va desarrollando a través del cumplimiento de una serie de derechos y deberes urbanísticos íntimamente ligados entre sí, que al decir de Ramos Medrano: «Constituyen las dos caras de la misma moneda, de suerte que el cumplimiento de cada uno de los deberes produce la adquisición de cada uno de los derechos o facultades que constituyen el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria»[28], y el hecho de que en Cuba la mayor parte del suelo sea propiedad del estado, no justifica que no exista una efectiva regulación jurídica al respecto.

2.1. Los derechos o facultades urbanísticas.

Tanto los derechos como las facultades, integran poderes jurídicos que tiene la persona en el marco de una relación jurídica determinada, desde un punto de vista estrictamente técnico, no son conceptos plenamente identificables, al ser las facultades posibilidades de actuación que se atribuyen a una persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio, aunque en el lenguaje jurídico se utilice indistintamente la palabra derecho para referirse a todos ellos, al resultar esta la categoría más general y abarcadora[29], así sucede en el ámbito del Derecho urbanístico.

En ese contexto, los derechos o facultades urbanísticas, forman parte del contenido esencial de la propiedad sobre el suelo, se ejercerán de conformidad con lo establecido en la Ley y en los Planes de Ordenamiento Territorial y Urbanismo, teniendo en cuenta el sentido social del derecho de propiedad.

Los derechos o facultades urbanísticas en los cuales se profundizará desde la realidad cubana son los de urbanizar, de edificar, y a lo edificado.

2.1.1. Derecho a urbanizar.

Desde una perspectiva jurídica urbanizar consiste en la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras necesarios a fin de que esté apto para ser edificado, es el proceso intermedio entre la planificación del territorio y la edificación, por tanto es una facultad que habilita para la implantación del equipamiento urbano o dicho de otra forma, para convertir el suelo de que se trate, en un terreno listo para la edificación.

El Anteproyecto cubano de Ley del Suelo, El Ordenamiento Territorial y el Urbanismo; en su artículo dos, define a la Urbanización como: «1.

[28] RAMOS MEDRANO, J. A.: Los Deberes Urbanísticos de Los Propietarios de Suelo, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, p. 14.

[29] Así lo afirma Valdés Díaz, C. C.: «La relación jurídica civil», en Valdés Díaz, C. del C. (coord.), Derecho Civil. Parte General, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 85 y 97.

Proceso de concentración de la población rural en asentamientos urbanos; 2. Provisión de la organización espacial y la infraestructura técnica (vial, hidráulica, energética, de comunicaciones) adecuada para el desarrollo de las edificaciones. Por su parte el Proyecto de «Reglamento de la Planificación Física», en su versión del año 2002, da una definición muy próxima a la anterior pero que prescinde del enfoque sociológico[30] de esta, al establecer en el artículo dos, inciso p) que urbanización es: «proceso a través del cual se organiza el espacio físico y se crea la infraestructura técnica requerida por el desarrollo de las edificaciones que comprende la red vial, hidráulica, energética, de comunicaciones u otras».

En Cuba las disposiciones legales existentes relacionadas con la actividad urbanística no delimitan el contenido de este derecho, de modo que los instrumentos planificadores, deben de contar con la precisión suficiente a tal fin, ya que en definitiva es un derecho que se adquiere con la aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento a partir de la clasificación del suelo, y los presupuestos de Ley.

Es de señalar que en Cuba, debido al carácter prioritario y preponderante de la propiedad estatal, este derecho, se ejerce de hecho esencialmente por el Estado, tiene un carácter planificado, y se tipifica, en consecuencia como una auténtica función pública, lo que ratifica GARCÍA DE ENTERRÍA al afirmar que: «urbanizar, en primer término, ha dejado de ser un contenido de la propiedad para convertirse en una verdadera función pública»[31].

Lo anterior significa que en este derecho se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado, a través de la cual se organiza el suelo y se crea la infraestructura técnica requerida para el desarrollo de las edificaciones.

Todo lo anterior evidencia que el derecho a urbanizar, constituye un derecho complejo, cuyo ejercicio requiere del cumplimiento de innumerables requisitos de carácter técnicos y jurídicos, dentro de los cuales la autorización para el uso del suelo ocupa un lugar primordial.

2.1.1.2. El derecho a edificar y a lo edificado.

En sentido gramatical edificar significa construir o fabricar algún edificio obra o fábrica, definición que no difiere en esencia de su significa-

[30] Desde una perspectiva sociológica el término urbanización centra su atención en las formas de vida características de la ciudad.

[31] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. : «Actuación Pública y actuación privada en el derecho urbanístico», Revista Española de Derecho Administrativo Nº 1, Madrid, 1974, pp. 79 y ss.

do desde el punto de vista urbanístico, sobre todo, si nos atenemos a lo que en términos generales puede entenderse por edificio[32].

En la actualidad si se tiene en cuenta el sentido social del ejercicio del derecho de propiedad urbana, el derecho a edificar o *ius aedificandi*, no puede ser visto como un derecho absoluto o como una facultad necesariamente implícita en el derecho de propiedad sobre el suelo, sino que se configura como un derecho-deber que se adquiere porque así se ha previsto en la correspondiente ordenación urbanística en correspondencia con la Ley, la Planificación Urbanística y otras normas que la complementan como las Ordenanzas de Construcción, y cuyo ejercicio es posible a través de la correspondiente autorización administrativa, en este caso el otorgamiento de la Licencia de Construcción o de Obra que se convierte en el Derecho cubano en el título que autoriza el ejercicio de esta facultad[33].

Para RAMÓN PARADA[34] el otorgamiento de la licencia es un acto reglado, no discrecional, al que la administración está obligada cuando el proyecto se ajusta al planeamiento aplicable y demás requisitos previstos en la legislación. Por ello la administración deberá responder de los daños y perjuicios ocasionados en los supuestos de anulación de licencia, demora injustificada en su otorgamiento o denegación improcedente, salvo que sea por causas imputables al perjudicado.

Para el otorgamiento de la Licencia de Construcción tanto a las personas naturales como a las jurídicas, se convierte en un requisito imprescindible la justificación del uso del suelo de que se trate a fin de avalar que sobre este, es factible la realización de actividades urbanísticas que no

[32] «Etimológicamente, edificio procede del latín aedificium, palabra derivada del aedificare, edificar, y significa obra o fábrica de casa, palacio, templo, etc., empleándose como nombre genérico de toda obra arquitectónica o de albañilería que sirve para morada del hombre, para reuniones, espectáculos o cualquiera de las necesidades inherentes a la sociedad>>. Así se conceptualiza por Pons González, M. y Del Arco Torres, M. A, : op. cit., p. 145.

[33] Al respecto Parejo Alfonso opina: «La licencia es un acto de intervención de efectos meramente declarativos (de la concordancia o no del acto proyectado con la ordenación urbanística) y en ningún caso constitutivos. Por ello no otorga

la licencia el derecho a realizar el acto cuya legitimidad controla, pues tal derecho ha sido ya atribuido por la ordenación urbanística; antes bien, se circunscribe a verificar que el ejercicio de dicho derecho, tal como se pretende llevar a efecto, está dentro de los límites (integridad del planeamiento requerido, observancia de las determinaciones de éste o, en su caso, de la Ley, en cuanto a parcela mínima, uso permitido, volumen, altura, etc.) y se produce con el cumplimiento de los deberes (previa o simultánea urbanización, cesiones obligatorias, etc.) que conjuntamente definen, según la ordenación urbanística, el contenido del derecho ejercitado». En op, cit, pp. 489 y 490.

[34] PARADA, R.: op. cit., p. 403.

quedan al libre arbitrio de la persona que ostenta alguna titularidad sobre el mismo, sino a lo que esté determinado en las disposiciones legales y en los Planes de Ordenamiento Territorial y Urbanismo[35].

A los fines de un uso racional y adecuado del suelo como soporte del proceso urbanizador y edificatorio, es imprescindible que se realice una adecuada localización de la inversión que se pretende realizar como paso previo a la edificación, precisamente por esa razón como uno de los requisitos para el otorgamiento de la Licencia de Construcción se encuentra el de una adecuada microlocalización de esa inversión, realizada por la Dirección Municipal o Provincial de Planificación Física[36], certificado oficial que acredite la liberación del terreno microlocalizado y su asignación legal a la persona natural o jurídica y en el supuesto de que éste pertenezca al Ministerio de la Agricultura o del Azúcar, los documentos establecidos por esos organismos, como son la desafectación y el pago al Estado cubano de las tierras. De esta forma el derecho a edificar queda condicionado en el ordenamiento jurídico cubano al cumplimiento de una serie de requisitos de carácter *sine qua non*, dispersos en varias disposiciones, en las cuales la autorización para el uso del suelo es un paso no solo necesario, sino imprescindible, cuya omisión puede llevar aparejada la nulidad de lo actuado e incluso, la demolición de lo construido.

El ejercicio del derecho a edificar da nacimiento a un nuevo derecho que es el que se adquiere sobre la edificación, la que de esta forma se incorpora al patrimonio de su titular, ya sea en concepto de propiedad u otro derecho sobre bienes, y para el ejercicio de éste se debe cumplir un requisito imprescindible que es el otorgamiento por la autoridad facultada del Certificado de Habitable[37], el que se convierte en un documento técnico administrativo imprescindibles para el reconocimiento del derecho sobre lo edificado, y de esa forma se emite el correspon-

[35] Así puede observarse en los Apartados Cuarto y Sexto, inciso a) del «Procedimiento para otorgar Licencia de Construcción y Certificado de Habitable», Resolución once del dos mil seis del Instituto Nacional de la Vivienda.

[36] Al respecto es imprescindible tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución Con-

junta N.º 1/2004, del Instituto de Planificación Física y el Instituto Nacional de la Vivienda, en la cual se responsabiliza a las Direcciones Provinciales y Municipales de Planificación Física, con la entrega a las Direcciones Municipales de la Vivienda de las Microlocalizaciones y regulaciones urbanísticas correspondientes.

[37] En el Apartado primero, inciso c) del «Procedimiento para otorgar Licencia de Construcción y Certificado de Habitable», Resolución once del dos mil seis del Instituto Nacional de la Vivienda, se define al Certificado de Habitable como: «Documento técnico administrativo que certifica que la obra amparada por una Licencia de Construcción ha sido terminada y cuenta con los servicios técnicos que garantizan la habitabilidad de las viviendas, tales como electricidad, suministro de agua, alcantarillado o disposición de residuales».

diente título de dominio, previo al cumplimiento de los requisitos de carácter urbanístico y arquitectónicos previstos a los fines de conceder la autorización para construir.

La adquisición del derecho sobre lo edificado una vez materializada la construcción, le concede a su titular el derecho a su formalización mediante el otorgamiento por el funcionario competente del título correspondiente de carácter administrativo o notarial, así la obra incorporada a su patrimonio, puede ser inscripta a su nombre en el Registro de la propiedad con independencia del derecho que se pueda tener sobre el suelo donde ha sido edificada, y se completa de esa forma la última fase de las llamadas facultades urbanísticas.

2.1.2. Los deberes urbanísticos.

Los deberes urbanísticos pueden definirse como obligaciones[38] impuestas a los propietarios de terrenos y por extensión dado el caso a los que ejerzan otros derechos sobre este bien, a tenor de la legislación y el planeamiento urbanístico, y constituyen una demostración evidente del sentido social del derecho de propiedad urbana.

Se configuran en la actualidad como verdaderas obligaciones *propter rem*[39], lo que ha llevado a Pons González y Del Arco Torres a afirmar que: «Según una dominante dirección doctrinal, deben configurarse como supuestos de obligaciones *propter rem;* es decir, de aquellas que se tienen por razón de la cosa, por la relación en que el obligado está con ella. Se trataría, por tanto, de obligaciones reales o bien obligaciones ambulatorias, que tienen por objeto una prestación generalmente de hacer impuesta al propietario como consecuencia de la función social del dominio»[40].

En nuestra opinión, es acertado considerar como *propter rem* a los deberes urbanísticos, porque la obligación que los mismos imponen en

[38] Sobre la obligación y su distinción con los demás deberes jurídicos, puede consultarse a Ojeda Rodríguez, N y Delgado Vergara, T.: Teoría general de las

obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano, 1ª ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 51-53.

[39] En ese sentido es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 11 de julio de 1987, en la que se expone: «los deberes, cargas y limitaciones que establece el ordenamiento urbanístico se definen «propter rem», de suerte que acompañan a la cosa cualquiera que sea su titular...». Para un estudio de las obligaciones propter rem, pueden consultarse a Díez-Picazo. L y Gullón, A.: op, cit., pp. 48 y ss; De Los Mozos, J. L.: Estudio sobre Derecho de los Bienes, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, p. 227 y Ramos Medrano, J. L. : op, cit., pp. 30 y ss; Ojeda Rodríguez, N y Delgado Vergara, T.: op, cit, pp. 67 y 68.

[40] Pons gonzáles, M. y Del Arco Torres, M. A., op. cit., p. 113.

una relación jurídica determinada, se individualiza por la posición del titular con respecto al bien de que se trate (en este caso el suelo), y quien ostente en cada momento esa posición como regla general con carácter de propietario, pero pudiera serlo, de superficiario, de usufructuario, o de arrendatario de viviendas propiedad del Estado, según la relación de que se trate, es el obligado al cumplimiento del deber.

Sin embargo, es esta una cuestión que no aborda el Derecho cubano, y como mismo sucede con los derechos urbanísticos, los deberes, se encuentran dispersos en nuestro ordenamiento jurídico, y es en ocasiones una tarea difícil su concreción, más si tenemos en cuenta que el proceso urbanístico es de una naturaleza compleja, en el mismo suelen participar una pluralidad de sujetos, y el nacimiento de los deberes puede tener no solo un origen legal, sino también contractual; de modo que se hará objeto de este análisis solo a algunos deberes como los de uso, conservación y rehabilitación; y el de cumplir con las regulaciones sobre protección al medio ambiente y a los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos;

2.1.2.1. Deberes de uso, conservación y rehabilitación.

El uso del suelo a los efectos urbanísticos, no tiene idéntica connotación que para el Derecho civil, al apreciarlo este último como una de las facultades esenciales del propietario, con este enfoque, uso es, según Carbonnier citado por Rivero Valdés, «una suerte de goce que consiste en retirar personalmente... la utilidad (o la satisfacción) que puede procurar por sí misma una cosa no productiva o no explotada (habitar una casa, portar joyas, esto es usar)»[41], aunque me inclino por el concepto dado por el último de los autores citados al exponer que usar es darle a los bienes su destino o función de acuerdo con su naturaleza, con la voluntad de su titular, o con las reglas legales y sociales vinculantes[42]. Para el Derecho urbanístico se entiende por uso de suelo la realización de actividades sobre ese suelo o sobre las construcciones (edificaciones, infraestructuras e instalaciones) que estén incorporadas solidariamente al mismo, y están determinadas las mismas por el planeamien-

to, no dependen por tanto de la voluntad del titular del suelo; en ese sentido el Proyecto cubano de «Reglamento de la Planificación Física», versión del 2002, en su artículo dos, inciso n), conceptualiza el uso del suelo como: utilización específica que puede dársele a un territorio determinado en el marco de su destino general (por ejemplo, el agrícola en diferentes cultivos, el urbano en usos residencial, industrial, comercial y otros), y en el inciso d) define por cambio de uso: «modificación

[41] Rivero Valdés, O.: op. cit. p. 30.
[42] Rivero Valdés, O.: op. cit. p. 30.

de la función a que se destina un terreno o una edificación». Si se parte de tales presupuestos los usos del suelo pueden ser variados, pero en todos los casos se impone para su materialización el cumplimiento por parte de los propietarios del suelo de los pertinentes derechos y deberes urbanísticos, y en específico su utilización en correspondencia con su clasificación y calificación, de las formas previstas por el planeamiento para las diferentes zonas; desde una perspectiva urbanística, es un derecho-deber que necesita ser perfilado por el Derecho cubano.

Por su parte el deber de conservación, es otro de los deberes estrictamente urbanístico que evidencia el sentido social del ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria.

En sentido gramatical conservar significa; mantener una cosa o cuidar de su permanencia[43]; lo que equivale a evitar la degradación física de un bien determinado, manteniéndolo en buen estado.

Desde el punto de vista urbanístico el significado del término conservar no difiere en esencia del gramatical, por cuanto implica, mantener los edificios en buenas condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, a costa de los propietarios o de la administración, de esa forma el «Procedimiento para otorgar Licencia de Construcción y Certificado de Habitable», Resolución once del dos mil seis del Instituto Nacional de la Vivienda, en su Apartado primero, inciso g) conceptualiza a la conservación como: «Conjunto de trabajos de mantenimiento o reparación que se realiza a una vivienda o edificio multifamiliar para protegerlo del desgaste y prolongar su vida útil».

En el Derecho español, el deber de conservación de la propiedad que establece la legislación urbanística, tiene su límite en el deber de demolición de la obra ruinosa previsto en el artículo 389 del Código Civil español[44] de forma tal que donde empieza el uno termina el otro[45]; el citado

[43] Diccionario Ilustrado de la Lengua Española Aristos, Ed. Científico-Técnica, Ministerio de Cultura, Cuba, 1980.
[44] El artículo 389 del Código Civil español establece: «Si un edifico pared, columna o cualquier otra construcción amenazare ruina, el propietario estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no

lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo».

45 En ese sentido en la Sentencia de fecha12 de julio de 1996, Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, se expone: «Ha dicho el TS, en múltiples resoluciones, entre otras la de 21 ene. Y 24 jun. 1992, 8 jun. Y 27 jul. 1993 y 18, 19 y 25 abr. 1994, que dentro del contenido normal del derecho de propiedad inmobiliaria se integra un deber legal urbanístico de los propietarios de mantener los edificios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, cuyo deber tiene su límite temporal o cesación cuando resulta procedente la demolición en virtud de la aparición de una situación de ruina. Con arreglo a tal doctrina resulta patente que el bien jurídico tutelado es la necesidad de conservación de los edificios en buen estado».

precepto es el sustento material o sustantivo para el establecimiento del llamado interdicto de obra ruinosa, por medio del cual se faculta a quienes tengan alguna propiedad contigua e inmediata a la obra ruinosa o a quienes tengan necesidad de pasar por las inmediaciones a interesar la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos o bien la demolición parcial o total de la obra ruinosa.

El Código Civil cubano no cuenta con un precepto similar al antes enunciado en su homólogo español, no obstante, consideramos que en ciertas circunstancias, el fundamento jurídico de las limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad previsto en el artículo 170 del mencionado cuerpo legal pudiera utilizarse como fundamento jurídico para el establecimiento de una acción similar al interdicto de obra ruinosa, siempre que no se trate de una vivienda, u otro inmueble similar para lo cual habrá que recurrir a la administración, a fin de que proceda en consecuencia, a los efectos de su reparación o demolición[46], no obstante a mi modo de ver lo expuesto no justifica que nuestro Código Civil, no posea una norma que con carácter general, refrende sustantivamente el derecho de una persona legitimada a pedir la demolición de una obra que amanece derrumbe, y es por tanto, atentatoria a las personas, a los bienes y al medio ambiente.

El ordenamiento jurídico cubano, no tiene delimitado el contenido del deber de conservación desde una perspectiva urbanística, no obstante la obligación de conservar los bienes por parte de sus titulares la podemos encontrar expresamente tipificada en algunos cuerpos jurídicos como la Ley General de la Vivienda[47], la Ley de Monumentos Naciona-

46 Al respecto Artículo siete de la LGV, modificado por el D-L 233 del 2003 dispone : «En los casos en que por el mal estado técnico o por motivo de derrumbe la Unidad Municipal Inversionista de la Vivienda dictamine que existe peligro para la vida de los ocupantes de un inmueble, la Dirección Municipal de la Vivienda comunicará a dichos ocupantes la obligación en que están de abandonarla en el término que se disponga, a los efectos de la reparación o demolición del inmueble, según proceda, y de ser posible, ser reubicados en otra vivienda, si la hubiera, o ubicarlos provisionalmente en albergues habilitados a ese efecto. »

[47] Dentro de los objetivos básicos de la Ley General de la Vivienda dispuestos en su artículo 3, en el inciso b) se establece el de: «propiciar la conservación y recuperación del fondo de viviendas por el Estado, por la acción de la comunidad y de la población, tanto en forma individual como organizada en microbrigadas para la recuperación de viviendas y edificios multifamiliares», a fin de citar un ejemplo de la referida Ley, en su artículo 46, se establece: «A partir de la firma del contrato, el propietario tendrá la obligación de conservar la vivienda a sus expensas, bien se trate de una casa individual o que forme parte de un edificio multifamiliar. Igual obligación tendrá el que se mantenga como arrendatario adquirente, a que se refiere el artículo 44 de esta Ley. En el caso de edificios multifamiliares que exijan reparaciones costosas por su grado de deterioro, el Estado contribuirá alas reparaciones de los elementos comunes según las regulaciones que al respecto dicte el Instituto Nacional de la Vivienda».

les y Locales[48], o el Decreto-Ley 143/93, sobre La Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana[49].

Muy próximo al deber de conservación, se encuentra el de rehabilitación que puede ser considerado como el conjunto de acciones realizadas sobre edificios, monumentos, barrios o ciudades, destinadas a recuperar su inicial estado y uso.

Es un deber que desde una perspectiva urbanística, tampoco aparece delimitado en el ordenamiento jurídico cubano, la Ley General de la Vivienda en su artículo seis, no lo define, pero si lo hace la Resolución 11/2006, del Instituto Nacional de la Vivienda, «Reglamento para Otorgar Licencia de Construcción y Certificado de Habitable», que en su Apartado primero, inciso i) lo conceptualiza como: «Acción constructiva que se ejerce a una vivienda o edificio multifamiliar con alto grado de deterioro o inhabitable para sustituir o construir de nuevo algunos de sus elementos componentes, total o parcialmente, con el fin de recuperar su valor de uso y reincorporarlo al fondo útil de viviendas».

No obstante, comparto el criterio de Porto Rey[50] al afirmar que no debe tomarse la rehabilitación en la acepción vulgar que se da al término, como habilitar de nuevo, restituir una cosa a su antiguo estado lo que induciría a pensar que con la rehabilitación se trata de volver a su primitivo estado el continente y al contenido de la ciudad antigua, cuando de lo que se trata «es de adecuarla a la sociedad de cada época sin perder los caracteres básicos de su generación». Se trata, pues de reequipar y adecuar la ciudad con la finalidad de elevar la calidad de vida de la población residente en la misma mediante medidas para la mejora de las condiciones del soporte físico existente.

2.1.2.2. Cumplir con las regulaciones sobre protección al medio ambiente y a los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos.

Aunque la protección al medio ambiente, no se encuentre expresamente regulado en el ordenamiento jurídico cubano, como un deber

[48] La expresada Ley en su artículo ocho, entre otras cuestiones expone: «Corresponden a las Comisiones Provinciales de Monumentos, las atribuciones y funciones siguientes: 1) adoptar las más estrictas medidas para la conservación de los Monumentos Nacionales y Locales de su territorio...»

[49] El artículo seis del citado cuerpo legal dispone: «La Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana tendrá como funciones principales, las siguientes: «b) formular y ejecutar los planes de restauración de la zona priorizada y velar por la conservación y restauración de los valores históricos en el resto de la Ciudad de La Habana;».

[50] PORTO REY, E. : «De la conservación individualizada del patrimonio inmobiliario a su rehabilitación integrada en el planeamiento urbano», Rev. DU, núm. 109, 1988, p. 13.

urbanístico, resulta indiscutible que este es un tema al que se le ha prestado una especial atención en el Derecho cubano, sobre todo a partir de la década del 80 del siglo XX, y la promulgación de la ya derogada ley 33/81, Ley del Medio Ambiente y Uso Racional de los Recursos Naturales en Cuba.

Desde entonces, el marco jurídico relacionado con la protección del medio ambiente en el país se ha ampliado considerablemente, lo que constituye un imperativo de nuestros días y una condición indispensable para un desarrollo sostenible.

El análisis de la protección al medio ambiente como un deber urbanístico, necesariamente implica considerar que la ordenación del territorio, el urbanismo y la planificación territorial y urbana, engloban a la planificación ambiental, y por lo tanto no son solo instrumentos del Derecho urbanístico, sino también del Derecho ambiental, lo que encuentra eco en el ordenamiento jurídico cubano[51].

Resulta imposible abarcar en pocas líneas todas las disposiciones jurídicas que vinculan al proceso urbanizador con el deber de conservar al medio ambiente, pero a nuestro modo de ver el análisis debe partir de valorar que ésta es una obligación preceptuada en el artículo 27 de la Constitución de la República de Cuba[52], por su parte la Ley 81/97, Ley del Medio Ambiente, dedica el Título Sexto, Capítulo V, a los Ecosistemas Terrestres, y dentro de éste la Sección Primera a los Suelos, que establece en su artículo 106[53], cuáles son las prescripciones a

[51] Es así como en el artículo 22 de la «Ley del Medio Ambiente», se establece que: «A fin de lograr el ordenamiento sostenible del territorio, el ordenamiento ambiental interactúa con el ordenamiento territorial, aportándole lineamientos, regulaciones y normas».

[52] El artículo 27 de la Constitución de la República de Cuba dispone: «El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política. Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la

flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza».

[53] El artículo 106 de la Leydel Medio Ambiente establece: «Las personas naturales o jurídicas que tienen a su cargo el uso o explotación de los suelos se ajustarán a las disposiciones siguientes: a)Hacer su actividad compatible con las condiciones naturales de estos y con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva y no alterar el equilibrio de los ecosistemas; b)Adoptar las medidas que correspondan, tendientes a evitar y corregir las acciones que favorezcan la erosión, salinización y otras formas de degradación o modificación de sus características topográficas y geomorfológicas; c)Colaborar con las autoridades competentes en su conservación y manejo adecuados; d)Realizar las practicas de conservación y rehabilitación que se determinen de acuerdo con las características de los suelos y sus usos actuales y perspectivos; e)Realizar acciones de regeneración de suelos en el desarrollo de las actividades que puedan, directa o indirectamente, provocar daños ambientales; f)Cumplir con las demás disposiciones establecidas en la legislación básica de suelo del país y otras que a su amparo dicten los organismos competentes.

las que deben de ajustarse las personas naturales o jurídicas que tienen a su cargo el uso o explotación de los suelos.

En correspondencia con lo expuesto, la protección del medio ambiente y la obtención de la Licencia Ambiental[54], es un requerimiento indispensable para el inicio de la ejecución de las inversiones[55] en toda actividad susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental vigente[56].

No obstante a lo referido, debe señalarse que desde la perspectiva urbana se carece de un cuerpo jurídico que de una forma integrada trate lo concerniente al uso y conservación de los suelos como lo hace el Decreto 179 del dos de febrero de 1993, sobre «Protección, Uso y Conservación de los Suelos y sus Contravenciones», con respecto a los que tienen un destino agropecuario o forestal, de lo que se precisa en el ordenamiento jurídico.

Al deber de protección al medio ambiente, se une el de protección a los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos, cuya delimitación como deber urbanístico se relaciona indisolublemente con las propias disposiciones que rigen para la protección al medio ambiente, las contenidas en la leyes uno y dos, sobre «Protección al Patrimonio Cultural» y a «Los Monumentos Nacionales y Locales», respectivamente, así como todas las regulaciones en materia de ordenamiento territorial y urbano, y en las zonas priorizadas para la conservación.

Por último, se precisa reiterar, que los derechos y deberes urbanísticos que integran el contenido del derecho de propiedad urbana, deben ejercitarse de acuerdo a lo establecido en la Ley y en los planes de ordenamiento territorial y urbano, en correspondencia con la clasificación y calificación urbanística del suelo.

[54] En el artículo 8 de la Ley 81/97, Ley del Medio Ambiente, se define a Licencia Ambiental como: documento oficial, que sin perjuicio de otras licencias, permi-

sos y autorizaciones que de conformidad con la legislación vigente corresponda conceder a otros órganos y organismos estatales, es otorgado por Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente para ejercer el debido control al efecto del cumplimiento de lo establecido en la legislación ambiental vigente y que contiene la autorización que permite realizar una obra o actividad».

[55] Así se establece en el apartado cuatro de la Resolución 157/98, del Ministerio de Economía y Planificación sobre «Perfeccionamiento del Proceso Inversionista».

[56] En el artículo 24 de la Ley 81/97, se dispone: «Toda actividad susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental vigente, estará sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de conformidad con lo que al respecto estipule ese organismo, quien establecerá asimismo los tipos y modalidades de dicha licencia».

CONCLUSIONES

En la actualidad la propiedad desempeña una función social que se ha convertido en fundamento jurídico-doctrinal de todas sus restricciones, cuestión que adquiere una marcada connotación en el ejercicio de este derecho sobre bienes que, como el suelo, son de gran trascendencia para la vida del hombre, por lo que se impone que la legislación urbanística cubana configure el contenido básico del derecho de propiedad del suelo acorde con su función social, lo que conlleva a la determinación de los derechos y deberes de los propietarios sobre este bien.

Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad que debe regular el ordenamiento jurídico cubano, se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes, y en los planes de ordenamiento territorial y urbanismo con arreglo a la clasificación urbanística del suelo, y deben ser facultades tales como las de urbanizar, edificar, a lo edificado, y al aprovechamiento urbanístico.

Los deberes urbanísticos pueden definirse como obligaciones impuestas a los propietarios de terrenos, y por extensión dado el caso a los que ejerzan otros derechos sobre este bien, a tenor de la legislación, y el planeamiento, configurándose en la actualidad como verdaderas obligaciones *propter rem*, debe regular el ordenamiento jurídico cubano deberes tales como el de uso, conservación y rehabilitación; cumplir con las regulaciones sobre protección al medio ambiente y a los patrimonios arquitectónicos y arqueológicos; ceder de forma obligatoria, con o sin indemnización, el suelo necesario para los viales, espacios libres, zonas verdes, dotaciones públicas, y servicios generales que sean beneficiosos a la colectividad, los que se ejercerán con arreglo a la clasificación urbanística del suelo.

Al tener en cuenta que la legislación urbanística cubana debe regular el deber de conservación, el que se encuentra disperso en el ordenamiento

jurídico cubano, resulta conveniente que el Código Civil cubano, refrende desde el punto de vista sustantivo el derecho de una persona legitimada a pedir la demolición de una obra que amanece derrumbe, y que es por tanto atentatoria a las personas, a los bienes y al medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA DOCTRINA

ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, A. M.: «La expropiación forzosa», en Boletín de ONBC, Nº 10/ septiembre-diciembre 2002, Ed. CIABO, La Habana, 2002.

ANTÓN OLIVA, A.: *Derecho Urbanístico,* Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. : *Estudios Jurídicos Sobre Urbanismo. Una reflexión prospectiva*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

BORGES, MILO. A.: *Compilación Ordenada y Completa de la Legislación Cubana 1899-1950*, V.I, Ed. Lex, La Habana, 1952.

_____ *Compilación Ordenada y Completa de la Legislación Cubana 1889-1950, V.II, 1899-1950*, Ed. Lex, La Habana, 1952.

BREESE , G. : *La Ciudad en los países en vías de desarrollo*, Ed. Tecnos, 1974.

BURGUET RODRÍGUEZ, R.: *Ley de la Inversión Extranjera. Texto de la Ley y Comentarios,* Ed. Sangova, S. A, Madrid, España, 1996.

CABANES ESPINO, I.: «La extensión objetiva del Derecho de Hipoteca», CD ROM Producción Científica II, ISBN: 959-16-0195-6.

_____ «Consideraciones generales acerca de la función social del derecho de propiedad», CD ROM Producción Científica II, ISBN: 959-16-0195-6.

_____ «Los actos jurídicos como modos de adquirir la propiedad en Cuba», Ponencia presentada en el III Encuentro Nacional de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, Ciudad de la Habana, 2001.

_____ «Consideraciones jurídico-doctrinales sobre los bienes inmuebles», CD ROM Producción Científica II, ISBN: 959-16-0195-6.

_____ «La clasificación urbanística del suelo. Una visión desde Cuba», disponible en el Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, www.der.reduc.edu.cu.

CARCELLER FERNÁNDEZ, A. : *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

CARRASCO PERRERA, A y OTROS. : *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Ed. Diles, S. L, Madrid, 1998.

CARRERA, J. A. : *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

CARRERA CUEVAS, D, FERNÁNDEZ BULTÉ, J y YÁNEZ, R. M. : *Manual de Derecho Romano*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1982.

CASTELL, M. : *La cuestión urbana* , Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.

CLEMENTE DÍAZ, T.: *Derecho Civil*. *Parte General,* tomo II, primera parte, ENPES, La Habana, 1984.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, R. : «La Nueva Ley General de la Vivienda», Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1990.

DEL ARCO TORRES, M. y PONS GONZÁLES, M.: *Diccionario de Derecho Urbanístico,* Ed.Comares, Granada, 1998.

DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A. : *Sistema de Derecho Civil,* vol. 1 5ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

_____ *Sistema de Derecho Civil*, vol. 3, .5ª, Ed. Tecnos, S. A; Madrid, 1990.

Diccionario de Derecho Civil, Ed. Comares, Granada, 1999.

Diccionario Ilustrado de la Lengua Española Aristos, Ed. Científico-Técnica, Ministerio de Cultura, Cuba, 1980

DOERING, J: *Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático, en el Estado Social*, (AA.UX), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría del Estado y del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. : *La propiedad horizontal en Cuba. Título constitutivo e inscripción registral*. Tesis defendida en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2003.

_____ «Regímenes Jurídicos del Derecho de Superficie en Cuba» en RIVERO VALDÉS, O y OTROS. : *Temas de Derechos Reales*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

_____ *Regímenes Jurídicos del Derecho de Superficie en Cuba,* Tesina de Investigación Doctoral, defendida ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España, 1999.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M, PÉREZ GALLARDO, L. B, RODRÍGUEZ REINA, Z. : *Ley General de la Vivienda,* Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2004.

FERRATER MORA, J. : *Diccionario de Filosofía*. Tomo II. Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ NÚÑEZ, J. A. : «Derecho urbanístico y ordenamiento urbano en Cuba», Revista Cubana de Derecho, Núm. 12, La Habana, 1997.

GARCÍA ÁLVAREZ, A.: «La ordenación del territorio en el estado de las autonomías». Estudios Territoriales*,* Nº 1, Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, 2ª, ed. Madrid, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Actuación Pública y actuación privada en el Derecho urbanístico», Revista Española de Derecho Administrativo Nº 1, Madrid, 1974.

GARCÍA PLEYÁN, C.: *Fundamentos y Comentarios al Proyecto de Ley del Suelo, el Ordenamiento Territorial y el Urbanismo*, Instituto de Planificación Física, La Habana, 1996.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.J. : «La Jurisprudencia Constitucional en materia de Ordenación del Territorio», Publicación Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, *Nº* 5/2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Los planes urbanísticos,* Ed. Abella, Madrid, 1974.

GUERRA, R.: Manual de Historia de Cuba, Ed. Pueblo y Educación, 1985.

HARVEY, D.: *Urbanismo y desigualdad socia*l, *Siglo XIX,* Madrid, IEAL, 1979.

HISTORIA DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN CUBA, tomado de Internet sitio: http://reliot.ine.gob.mx/cuba/historia.html, mayo del 2005.

INSTITUTO DE PLANIFICACIÓN FÍSICA. : *25 años de Planificación Física*, Ed. Científico-Técnica. La Habana, 1986.

JUNG, J.: *La ordenación del espacio rural,* Madrid, IEAL, 1971.

LACRUZ BERDEJO, J. L. : *Manual de Derecho Civil*. Ed. Bosch, Barcelona, 1984.

_____ *Elementos del Derecho Civil. Parte I,* Ed. Bosch, Barcelona,1974.

LARRODERA LÓPEZ, E.: «Urbanismo y Ordenación Territorial*»,* En *Curso de Ordenación del Territorio,* Madrid, COAM, 1982.

LEZCANO CALCINES, J. R. y OTROS. : *Temas de Derecho Administrativo cubano*, T. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

_____ *Temas de Derecho Administrativo cubano*, T. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

LÓPEZ RAMÓN, F.: «Planificación Territorial», RAP, Nº, 114, Madrid, 1987.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M: El derecho de propiedad*.* Una relectio. Estudios Monográficos, Madrid, 1998.

MAGAZ CÁCERES, N. : *La legislación del ordenamiento territorial en Cuba. Su relación actual con los Órganos Locales del Poder Popular*, Tesis presentada para optar por la especialidad de Asesoría Jurídica, La Habana, 2002.

MONTES, V. L. : *La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo*, Ed. Civitas, S. A, 1980.

MONTORO CHINER, M. J.: «El urbanismo del desarrollo sostenible», Revista de Estudios Jurídicos sobre urbanismo. Ed. Cedecs, 1998.

MUÑOZ ALFONSO, Y. : *La tutela civil frente a las inmisiones al ambiente*. Tesis defendida en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Santa Clara, 2004.

NÚÑEZ RUÍZ, M. A. : Derecho urbanístico Español, Ed. Montecorvo, Madrid, 1997.

OJEDA RODRÍGUEZ, N. y DELGADO VERGARA, T.: *Teoría general de las obligaciones. Comentarios al Código Civil cubano*,1ª ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

OJEDA RODRÍGUEZ, N.C. : «Los Límites a la Autonomía de la Voluntad en Materia Contractual» en PÉREZ GALLARDO, L. B y OTROS. : *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Ed, Félix Varela, La Habana, 2000.

PARADA, R. : *Derecho Administrativo III Bienes públicos. Derecho urbanístico,* 6ª ed. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

PARDO, M. : *La Ordenación territorial y del medio ambiente: Notas sobre la problemática de su formación curricular desde la sociología*, tomado de Internet, sitiohttp://www.ingeba.euskalnet.net/lurralde/lurranet/lur21/21asca/21aska.htm.3 de mayo de 2005.

PAREJO ALFONSO, L. : *Derecho Urbanístico*. *Instituciones Básicas*, Ed. Ciudad Argentina, 1986.

PAREJO, L, JIMÉNEZ-BLANCO, A Y ORTEGA, L. : *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. 2, Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

PERDOMO, A.: *Espacio urbano y vivienda. Perspectiva histórica y análisis comparado.* Ed. Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, Valencia, 2000.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: «De La Codificación Civil», en VALDÉS DÍAZ, C. DEL C. Coord.) *Derecho Civil, Parte General,* Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

PLATAFORMA PROGRAMÁTICA DEL PCC, Ed. Política, La Habana, 1978.

PONCE SOLÉ, J.: *Discrecionalidad Urbanística y Autonomía Municipal*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

PORTO REY, E. : «De la conservación individualizada del patrimonio inmobiliario a su rehabilitación integrada en el planeamiento urbano», Rev. DU, núm. 109, Madrid, 1988.

PUIG FERRIOL, L . : *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona.* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil Español*, Tomo II. Ed. Pirámides, Madrid, 1976.

QUADRI DE LA TORRE, G. : «Políticas ambientales para una ciudad sustentable», Revista de Comercio Exterior, Vol. 51, # 7, México, julio, 2001.

RAMOS MEDRANO, J. A. : *Los Deberes Urbanísticos de Los Propietarios de Suelo*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

RAPA ÁLVAREZ, V. : *Propiedad Y otros derechos sobre bienes*, 1ª ed., La Habana, 1990.

República de Cuba: Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo, tomado de Internet, sitio http://www.medioambiente.cu, en mayo del 2005.

RIVERO VALDÉS, O y OTROS: *Temas de Derechos Reales*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.

ROJAS ÁVALOS, A. V: *Introducción al Urbanismo*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1987.

RODRÍGUEZ , S y MARTÍNEZ, F. *: Guía para la elaboración del Plan General de Ordenamiento Territorial y Urbanismo del Municipio- Instrucción complementaria de Regulaciones del Ordenamiento Territorial y el Urbanismo*, Editado por el Departamento de Planeamiento Municipal del Instituto de Planificación Física, La Habana, 1998.

RODRÍGUEZ SAIF, M. J.: *Las relaciones de vecindad en el derecho civil cubano*, Tesis doctoral en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas, Santiago de Cuba, 2002.

SEGRE, R. : *Arquitectura y Urbanismo de la Revolución Cubana*, Ed. Pueblo y Educación, 1990.

SERRANO MORENO. J. L Y PEÑA FREIRE, A. M. : «Siete claves metodológicas para leer el derecho urbanístico», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Núm. 1, Granada, 1998.

SIGNORELLI, A: *Antropología Urbana*, Ed. Anthropos Rubí, Barcelona, 1999.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. : *El Control del Planeamiento Urbanístico,* Ed. Civitas, S. A, Madrid, 1996.

TUDURÍ LABOA, P.: «La constitucionalización de la ordenación física del territorio», Boletín Aranzadi Administrativo *núm.* 8/1998, Ed. Aranzadi, S.A, Madrid, 1998.

VALDÉS DÍAZ, C DEL C.: *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

VEGA VEGA, J.: *Comentarios a la ley General de la Vivienda,* Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1986.

VIAMONTES GUILBEAUX, E Y OTROS. : *Derecho Ambiental Cubano,* Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.

VILLAR PALASÍ, J. L. : «La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo», Revista de Derecho Urbanístico, No. 7, Madrid, 1968.

FUENTES LEGALES

Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949, en Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, www.der.reduc.edu.cu.

Constitución de la Nación Argentina de 22 de agosto de 1994, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Constitución Política de la República de Chile de 21 de octubre de 1980, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Constitución de la República de Cuba de 1940, en Documentos para el Estudio de la Historia Constitucional Cubana, Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, 1986.

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y en el 2002, Impresa en el Combinado del Periódico Granma, La Habana, 2004.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, en Ed. Tecnos, S. A., 1999.

Constitución Política de la República de Guatemala, de 31 de mayo de 1985, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Constitución de la República Italiana, de 22 de diciembre de 1947, en Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, www.der.reduc.edu.cu.

Constitución Política de la República de México, de 31 de enero de 1917, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Constitución Política de la República del Perú, de 29 de diciembre de 1993. en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de diciembre de 1999, en Selección de Constituciones Iberoamericanas, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, en edición al cuidado del Dr. RICARDO DE ZAVALIA, Buenos Aires, 1996.

Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, en edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto N.º 1937, de 29 de noviembre de 1976 del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile.

Código Civil de la República de Cuba, Ley N. º 59 de 16 de julio de 1987, en Gaceta Oficial Extraordinaria, No 9 de 1987

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, en Ed. Segura. 1996.

Código Civil de la República de Francia de 21 de marzo de 1804, 66.ª edición, Petit Codes, Dalloz 1976-1977.

Código Civil de la República de Italia de 16 de marzo de 1942, en Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 1993.

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal, de 30 de agosto de 1928, en Leyes y Códigos de México, Ed. Porrúa, México, 2001.

Código Civil de Puerto Rico de 1930, edición a cargo de RAMÓN ANTONIO GUZMÁN, Santafé de Bogotá, Septiembre, 1993.

Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, en Editorial, Panapo, 1986.

Ley de Protección al Patrimonio Cultural. Ley N.º 1 de 6 de agosto de 1977, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm.

Ley de los Monumentos Nacionales y Locales. Ley N.º 2 de 6 de agosto de 1977, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm.

Ley de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales. Ley 33 del 10 de enero de 1981, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm.

Ley Orgánica de Ordenación de Territorio de la República de Venezuela de 1983. Tomada de Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona. issn: 1138-9788. Depósito legal: b. 21.741-98,vol. vi, núm. 125, 1 de octubre de 2002.

Primera Ley General de la Vivienda. Ley 48 de 1984, Ediciones Jurídicas. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1986.

Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de la República de Venezuela de 16 de diciembre de 1987, en Gaceta Oficial Nº 33.868 de fecha 16 de diciembre de 1987.

Ley General de la Vivienda. Ley N.º 65 de 23 de diciembre de 1988, Ed. Ministerio de Justicia, La Habana, 2000.

Ley de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ley 1, de 11 de enero, de 1994,en **http://www.mviv.es/vivienda/urbanismo/indice2.html**

Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen Jurídico del Suelo y Ordenación Urbana de España, aprobado por real Decreto Legislativo 1, de 26 de junio de 1992, en Legislación Estatal de Suelo, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Ley de la Inversión Extranjera. Ley N.º 77 de 5 de septiembre de 1995, en Ed. Sangova, S. A, Madrid, España, 1996.

Ley del Medio Ambiente. Ley N.º 81 de 7 de julio de l997, en Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 8 de 11-7-97.

Ley de Desarrollo Territorial de Colombia de 1997, Tomada de Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona. issn: 1138-9788. Depósito legal: b. 21.741-98, vol. vi, núm. 125, 1 de octubre de 2002.

Ley Sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones de España, Ley 6 de 13 de abril de 1998, en Legislación Estatal de Suelo, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid, Ley 9 de 17 de julio del 2001, en http://www.mviv.es/vivienda/urbanismo/indice2.html**.**

***Ley de Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, España*.** Ley 15 de **14 de diciembre del 2001, en** http://www.mviv.es/vivienda/urbanismo/indice2.html.

Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. Ley 7 de 17 de diciembre del 2002,en **http://www.mviv.es/vivienda/urbanismo/indice2.html**

Decreto-Ley 125, Régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios, de 30 de enero de 1991, en Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 1 de 30 de enero de 1991.

Decreto-Ley 143 , Sobre la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana, de 30 de octubre de 1993, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm.

Decreto-Ley 211, Modificativo de la Ley Nº 65/88, Ley General de la Vivienda, del 19 de julio del 2000, en GO extraordinaria N.º 5 del 24 de julio del 2000.

Decreto-Ley 227, Del Patrimonio Estatal, de 8 de enero del 2002, en Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, www.der.reduc.edu.cu.

Decreto-Ley 272, De las Contravenciones en materia de Ordenamiento Territorial y de Urbanismo, de 20 de febrero del 2001, en Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, www.der.reduc.edu.cu.

Decreto-Ley 233, Que Modifica Artículos de la Ley Nº 65, Ley General de la Vivienda, del 2 de julio del 2003, en GO extraordinaria Nº 12 de 15 de julio de 2003.

Decreto 179, Protección, Uso y Conservación de los Suelos y sus Contravenciones», de 2 de febrero de 1993, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm.

Decreto 213. Sobre la Oficina del Historiador de la Ciudad de Camagüey, de 24 de enero de 1997, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm.

Resolución 1, del Instituto Nacional de la Vivienda, sobre el Derecho Perpetuo de Superficie, del 1987.

Resolución 2, del Instituto Nacional de la Vivienda, sobre La Concesión del Derecho Perpetuo de Superficie, del 1991, en Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, www.der.reduc.edu.cu.

Resolución 77, del CITMA, Reglamento del proceso de evaluación de impacto ambiental, de 28 de julio de 1999, en http://www.medioambiente.cu/legislacion/leyes/L-2.htm

Resolución 11 del 2005, del Instituto Nacional de la Vivienda. «Procedimiento para otorgar Licencia de Construcción y Certificado de Habitable»

Resolución Conjunta 1, Instituto de Planificación Física-Instituto Nacional de la Vivienda, de 27 de mayo del 2004, en GO extraordinaria N.º 7 de 20 de junio del 2004.

Instrucción 2, del Instituto de Planificación Física, del 2002, en Departamento Jurídico del Instituto de Planificación Física.

Instrucción 8, del Instituto de Planificación Física, del 2000, en Departamento Jurídico del Instituto de Planificación Física.

Anteproyecto Cubano de Ley del Suelo, el Ordenamiento Territorial y el Urbanismo de 1996, Instituto de Planificación Física, La Habana, 1996.

Proyecto de Decreto de La Planificación Física del año 2002, en Departamento Jurídico del Instituto de Planificación Física.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Constitucional español número 11 de fecha 8 de abril de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 4ª de fecha 11 de diciembre de 1984,

Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 11 de julio de 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, de fecha 29 de septiembre de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Canarias, Sala de las Palmas de Gran Canarias, de 2 de julio de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, de fecha12 de julio de 1996.

Las Sentencias fueron consultadas en: *Diccionario de Derecho Urbanístico*, Ed. Comares, 1998.