Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas

Director: Claudio Ramos Borrego

Consejo Editorial
Editor científico: Gerardo Machado Alfonso
Secretaria: Yaritza López Zulueta
Tradución: Seida Barrera Rodríguez
Corrección: Rafael Hernández de la Torre
Edición, diseño y composición digital: Rafael Aquino Guerra

Comité Editorial
Lidia Ercilia Audivert Coello, Jorge Luis Bodes Torres, Fernando Cañizares Abeledo, Silvia Esther García Méndez, Mercedes de Armas Alonso, María Soledad Sóñora Cabaleiro, Diana Hernández de la Guardia, Caridad Navarrete Calderón.

Consejo Asesor
Tania de Armas Fonticoba (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Jesús García Brigos (Instituto de Filosofia), Marta Fernández Martínez (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Emilio Duharte Díaz (Facultad de Filosofia de la Universidad de La Habana), Teresa Díaz Canals (Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana, Fernando Alpízar Caballero (Consultoria Juridica Internacional), Eulalia Viamontes Gilbeaux (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Leonel Caraballo Maqueira (CITMA), Martha Prieto Valdés (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana), Pedro Luis Sotolongo (Instituto de Filosofia), Elena Rojas Estevez (CIJ), José Candia Ferreira (MINJUS), Yuri San Rodriguez Aroche (MINJUS), Daimig Sánchez de la Torre (CIJ), Francisco Alea Fernández (MINJUS), Iracema Gálvez Puebla (Facultad de Derecho, Universidad de La Habana).

©Todos los derechos reservados
©Sobre la presente edición
Centro de Investigaciones Jurídicas, 2010.

ISSN 1810 4924
RNPS 0515

Centro de Investigaciones Jurídicas
Calle O no. 216 entre 23 y 25,
Plaza de la Revolución,
La Habana, Cuba.
Teléfono: (53-7) 835 44 08
E-mail: ruben@minjus.cu, cij@minjus.cu

Cada artículo expresa la opinión de su autor

Índice

Editorial/ 7

Derecho Internacional y Derechos Humanos

Acerca de la interesante historia
de los llamados Derechos Humanos/ 11
Diego Fernando Cañizares Abeledo

EI Sistema Juridico Penal en Cuba
y los Derechos Humanos/ 37
Claudio Borrego Ramos

Derecho Penal, Criminología y Prevención social

Actos discrecionales
y justicia administrativa/ 63
Benjamín Marcheco Acuña

El bien jurídico tutelado por el delito
de negociaciones ilícitas en el Código Penal cubano/ 83
Claudia Rodríguez Linares

El principio acusatorio y el perfeccionamiento
de la legislación procesal penal/ 105
José Candia Ferrera

Valoración histórica sobre
La Historia me Absolverá y el procedimiento penal/ 133
Jorge Luis Bodes Torres

El procedimiento con el error
en la identidad de la persona/ 162
Jorge Luis Bodes Torres

El presente y futuro de la victimología:
ciencia, filosofía y prevención/ 167
Wael Hikal

La prevención social y trabajo social comunitario

Una experiencia formativa para
la prevención comunitaria de las drogodependencias/ 181
María Soledad Sóñora Cabaleiro
Yenisei Bombino Companioni
Daile Simón Romero

Control social informal,
un camino a recorrer en el trabajo comunitario/ 195
Celia Marta Riera Vázquez

Derecho Económico, Administrativo y Registral

La frontera entre marcas tridimensionales
y diseños industriales/ 227
Milkos Lázaro Gual Díaz
Yeney Acea Valdés

El rol del Registro de la Propiedad cubano,
en la garantíade la seguridad jurídica
de los actos de transmisión del dominio/ 249
Elena Rojas Estévez
Liliam Fiallo Monedero

Contexto y texto para un proyecto/ 268
Seida Barrera Rodríguez Ernesto Domínguez López

Metodología de la Investigación

**La Metodología de la Investigación Social:
una necesidad de las ciencias jurldicas/ 287**
Mercedes de Armas Alonso
Silvia Esther García Méndez
Diana Hernández de la Guardia

Sociología Jurídica

**Miradas cruzadas:
comunicación y cultura juridica/ 299**
Silvia Esther García Méndez
Mercedes de Armas Alonso
Karima Sánchez Rey

El lenguaje de lo ilícito como discurso cludadano emergente en el contexto cubano actual/ 311
Karima Esther Sánchez Rey

De los autores/ 331

Editorial

El Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas continúa con la publicación de lo mejor de su quehacer científico.

La revista, además de variedad en la presentación de sus temas, divulga resultados investigativos concretos. Nos referimos a Una experiencia formativa para la prevención comunitaria de las drogodependencias y La Metodologia de la Investigación Social: una necesidad de las ciencias juridicas, así comno El rol del Registro de la Propiedad cubano, en la garantia juridica de los actos de transmisión del dominio, pues responden a líneas de estudio importantes del Centro y que en el caso de los dos primeros pondrán a su consideración alcances y aportes, con la publicación de sendos libros.

Se incluyen también, dos conferencias, que abordan dos propuestas controvertidas, sobre el devenir histórico de los derechos humanos y propuestas al perfeccionamiento de nuestra legislación procesal penal.

Destaca la inclusión en este número de la histórica entrevista a Baudilio Castellanos, quien fuera abogado defensor en el proceso devenido a causa de los sucesos de los asaltos a los cuarteles Moncada y Carlos Manuel de Céspedes, a propósito de insistir en lo amañado de los procesos penales de los entonces llamados Tribunales de Urgencia. Toda una Valoracion histórica del La Historia me Absolverá y el procedimiento penal.

Forman parte de esta edición un conjunto de ensayos y articulos de revisión científica, de nuestros investigadores, especialistas y colaboradores, que abordan desde la perspectiva social y del derecho la realidad nacional de hoy. Se puede apreciar en ellos el debate actual por la defensa del socialismo en nuestro pais, desde las posiciones de la legalidad y la inclusión, sin dejar de ver la necesidad de la crítica en aras del perfeccionamiento como parte de las posibilidades.

Persistimos en el interés de elevar la calidad de nuestra publicación y le instamosa enviar sus trabajos a criminólogos, juristas y otros especialistas dedicados a la investigación en Cuba y otros paises con el fin de lograr una entrega más amplia en temáticas a los lectores.

El Director

Derecho Internacional y Derechos Humanos

ACIJ
2009-2010
No. 1

Acerca de la interesante historia de los llamados Derechos Humanos

Bringing over of the interesting history of the so called Human Rights

Diego Fernando Cañizares Abeledo

Resumen

En esta conferencia el autor esclarece el origen histórico del concepto de derechos humanos y la interpretación burguesa en función de sus intereses de clase. Explica también, la manipulación actual del concepto y el verdadero significado de su universalización. Incluye un examen de la forma en que se plasman los derechos y libertades de los ciudadanos cubanos en nuestra Constitución.

Palabras claves

Constitución, derechos del hombre, derechos humanos, derechos naturales, universalización de derechos humanos.

Abstract

In this conference the author clarifies the historical origin of the concept of human rights and the interpretation made by the bourgeoisie depending on its class interests. The current manipulation that is carried out about the human rights concept it's also explained and the real meaning of its universalization. The author makes an examination of the form in which the rights and freedoms of the Cuban citizens are captured in our Constitution.

Keywords

Constitution, human rights, natural rights, universal human rights.

La concepción de los llamados "derechos humanos" viene atada históricamente a la idea de los "derechos del hombre" ya de luengos antecedentes teóricos.

El reconocimiento y garantías formales de los referidos derechos a la protección del hombre, jurídicamente considerado, tiene sus raíces en el orden de las condiciones sociales y filosóficas de ellas derivadas que marca

el tránsito social del Estado absolutista al llamado por la burguesía Estado moderno, o mejor, Estado de Derecho, la base del constitucionalismo burgués.

La limitación del poder, ante la supuesta relación contradictoria entre el individuo y el Estado resultaba la mejor y mayor garantía para el disfrute por el individuo de los llamados «derechos naturales» primero, «individuales» después y, desde las décadas iniciales del pasado siglo, «humanos». De ahí, el principio burgués de que la garantía de esos derechos a toda la sociedad esté asegurada en la Constitución». Es el elemento característico del famoso Estado de Derecho.

Tales derechos constituirían el componente esencial del orden constitucional para la burguesía; de los valores supremos de dicha clase sobre los cuales debía fundarse un país democrático y sobre esas ideas tomaría base toda la retórica acerca de los llamados derechos humanos, que proclama hoy farisaicamente su doctrina política y jurídica.

Así, la noción del Estado de Derecho, aparece en sentido material como aquel orden político en que existe una regulación positiva (escrita) de los derechos humanos y de su garantía. Pero, el tema nació ligado históricamente, a la concepción de la dignidad humana entendida desde la filosofía de los valores, desarrollada dentro del pensamiento burgués en el pasado siglo.

Ello conllevaba no solo comprender al hombre filosófica y políticamente como libre y razonable, dueño y constructor de su vida, sino también de reconocer la necesidad de que se regularan normativamente, es decir, jurídicamente. Sus derechos básicos, garantizados estatalmente en el ejercicio de los mismos, para que así, aquellos, se erigieran de modo inalienable e imprescriptible en sostén de su dignidad y de la de todas las comunidades humanas. Todo muy bello, de haber sido cierto ¿verdad? Solo le falta la música celestial.

Todo ello, constituía el fundamento espiritual, en el orden filosófico, de esos derechos que correspondían al hombre por su naturaleza, por su dignidad permanente y por su personalidad autónoma.

Desde entonces, la concepción de la personalidad psicológica, comenzaría a tomarse como base de determinados derechos humanos, idea exacerbada a partir del surgimiento del neoliberalismo que generó un nuevo y más agresivo individualismo burgués.

Tal concepción de la dignidad humana atada al «derecho del hombre» había aparecido en los albores del Renacimiento, en boca del humanista italiano GIOVANNI PICO DE LA MIRÁNDOLA, expresa en su conocida y retadora exclamación «¡Seamos lo que queramos ser!». Así, abogaba por la quiebra de las ataduras teológicas que consideraban desde hacia siglos, a los hombres como integrantes del gran rebaño del poder divino y Dios, en calidad de pastor.

Todavía, en pleno siglo XX la canción religiosa reflejaría en forma metafórica la vieja concepción:

Ama al pastor sus ovejas,
Que descarriadas están;
Ama la que en el desierto
Abandonada quedó

Precisamente, en su obra *De Dignitate homini,* publicada con posterioridad a su muerte, expuso PICO por primera vez y de manera enérgica su idea del hombre como ser autónomo. Lo coloca así, en el centro de una nueva concepción del mundo y de la vida (el autropocentrismo), protegido jurídicamente como tal.

En otro contexto histórico, esas ideas llevarían a las constituciones burguesas a situar, como elemento central y medio limitante de este en una comunidad humana, los "derechos del individuo" frente al poder del Estado, y concebir también a tales derechos como valores culturales básicos, cuya expresión de mayor importancia era "la libertad" en sus manifestaciones concretas.

Había surgido así, el individualismo como filosofía político-jurídica liberal que descubrió al "ciudadano individual", al "asesino del Estado", como lo llamaría el sociólogo alemán WEBER, y en la cual el individuo encontraría apoyo en la teoría del derecho natural, que haría posible que la idea de la soberanía del rey se transformara en la tesis de la "soberanía popular".

La propiedad privada, forma de propiedad base de la estructura económica de la sociedad burguesa, aportaría en el orden ideológico individualista los conceptos de "lo mío" y de "lo tuyo", y desterraba la idea de "lo nuestro". Por tal razón, el Estado burgués surgió con carácter autoritario, como rasgo esencial al servicio de intereses explotadores.

En el mundo "ideal" de la naturaleza humana, se encontró el individualismo, totalmente ajeno a las formas de vida colectiva y solidaria de los hombres, consideradas tan irracionales como las de la vida animal en manadas, bandadas, enjambres, rebaños, mantas, etc.

Se exaltó, por ello, la razón individual como rasgo esencial del hombre, se cimentó la idea de la "felicidad social" como la suma de la felicidad de cada uno de sus integrantes, lograda por su exclusivo esfuerzo. La cual, encontró sus raíces en la conciencia europea de entonces, y culmina en dos fórmulas contradictorias: la del "estado soy yo" (malentendida) del absolutismo monárquico y la de la "Declaración de losderechos del hombre" de la burguesía revolucionaria.

Es de significar, que fue la burguesía la primera clase con condiciones históricas para utilizar la idea de la "universalización" de los derechos, y engañar así a las grandes masas explotadas, con el objetivo inicial de lograr su apoyo social en la toma del poder y, después tener su consenso con el nuevo sistema de explotación que estableció. Universalizar es abarcar mucho y apretar poco.

Proclamó así, «derechos para todos», garantizar materialmente el ejercicio y disfrute de los mismos solo para los miembros de su clase, utilizar el carácter formal del Derecho que posibilita la separación del elemento racional de la regulación normativa, de la realidad social que permite soslayar lo justo o injusto de la regulación, excluyéndola así de valores al respecto. Podía así, tratarse de manera igual, ante las normas jurídicas a los desiguales socialmente, en el orden material.

Una concepción material de la universalización de los derechos solo puede partir de que se reconozca que, en cada sociedad concreta, conforme a las condiciones materiales existentes de vida social, entre los hombres, le sean garantizados a los mismos el real ejercicio y disfrute de aquellos posibles de tener, ejercitar y disfrutar, y se sienten las bases progresivas que permitan ir reconociendo y garantizando aquellos otros derechos, que no haya sido posible aún reconocer y garantizar materialmente. Cualquier otra concepción de universalización de derechos sería abstracta, formal y, por ello, falsa, además de tendenciosa en lo político y jurídico.

La idea de la dignidad humana sigue inseparable al reconocimiento, ejercicio y disfrute material de esos derechos. Es la estima que, en cuanto ser humano, merece todo hombre en sociedad. Solo el Derecho es capaz de protegerla. El ultraje a la dignidad humana llevaría a la humillación.

No en balde el deseo de nuestro Apóstol, de que la primera ley de la República para los cubanos, fuera el culto de estos a la dignidad plena del hombre. Su frase: «Dígase hombre y se dirán todos los derechos», constituye la más elevada concepción del humanismo universal que, en el orden filosófico, político y jurídico, se conozca hasta el presente.

La retórica sobre los derechos humanos

La retórica acerca de los llamados derechos humanos aparece dentro de un contexto histórico complejo en el orden ideológico, en los umbrales del siglo XX, como forma de reelaboración, adaptación de la secular teoría sobre los derechos del hombre, a nuevas condiciones del desarrollo del capitalismo como sistema económico político y social que iniciaba su fase imperialista.

Así, los derechos del hombre se presentan como no reconocidos ni dados por alguien, ni establecidos por ningún orden jurídico estatal. En realidad, el planteamiento no constituía nada nuevo, aunque se mostrarán como tal en el orden teórico constitucional, por conllevar una exposición y fundamentación aparentemente diferente de la teoría de los derechos del hombre, ya expuesta y conocida desde finales del siglo XVIII.

La aparición en el campo de la ideología jurídico-constitucional burguesa de tal concepción fue el producto de la lucha de las clases sometidas a la explotación capitalista carentes de los derechos del hombre, que se había proclamado con carácter universal por la propia burguesía revolucionaria en 1789. Cualquier otra posición teórica sobre el origen del tales derechos

llevaría a tener que plantearnos esquemas formales, arbitrarios e irreales, campo propicio para la metafísica y la escolástica.

Todo ello explica como, desde los comienzos del pasado siglo, la ideología jurídica burguesa, ante el desarrollo imperialista del capitalismo, en los Estados Unidos de América y en Japón, Asia, alertada por la aparición histórica del primer Estado obrero-campesino en 1917 en la Rusia de los zares, puso sobre el tapete del Derecho Constitucional el tema de los llamados derechos humanos.

La crisis de la concepción clásica de los célebres "derechos naturales", en la cual nadie creía ya, convertidos en "individuales" durante el siglo XIX y consagrados, como tales, por el constitucionalismo burgués, determinó el cambio de enfoque teórico y la aparición de una nueva retórica.

Esos "derechos individuales" proclamados universalmente por la burguesía revolucionaria y que resultaron solo garantizados para ella, fueron en realidad "derechos límites" para el poder político como clase y "derechos mínimos" para el proletariado (nueva clase a explotar), como bien expresara GRAMSCI.

La autolimitación del poder político de la burguesía obedeció a dos razones: la primera, la necesidad de la burguesía de hacer aparentar su dominio como una "dominación media". La segunda, a la posibilidad siempre presente de poder violar desde el poder, los derechos reconocidos por la misma, a las clases explotadas. El llamado control jurídico de la constitucionalidad, en manos también de la burguesía hace, en el orden práctico, inútil tal «defensa de la Constitución», tanto por acción privada como pública, o todo por la imposibilidad de adoptar un control político de tales violaciones que los llevaría a reconocer el carácter clasista de su Estado.

En efecto, los derechos individuales del liberalismo burgués inicial, como los derechos humanos actuales acogidos por el neo-liberalismo de la burguesía imperialista o pro-imperialista fueron y son "concesiones piadosas" que alguien ha dicho, tiene como supuesto la pregunta de Caín: "¿Soy acaso el guardián de mi hermano?".

En el sistema económico social que se autoproclama defensor principal de los derechos humanos, puede morirse un hombre de hambre a las puertas de un restaurante, al cual no puede tener acceso por posibilidades económicas o de un infarto a la puerta de una clínica privada, donde se le niega atención por la mismas razón.

En ambos casos, ni el dueño del restaurante ni el director del centro asistencial tendrían responsabilidad alguna por la muerte del necesitado, conforme a las legislaciones penales vigentes en dichos Estados.

El portero de la clínica privada frente al delito de denegación de auxilio alegaría la eximente penal de la obediencia debida a la dirección del establecimiento de salud. "Tenía la orden de dicha dirección de no dejar entrar al centro al que no fuera socio", diría el portero ante el tribunal. ¿Quién respondería entonces, decimos nosotros, con nombres y apellidos

por esa muerte de un ser humano? Este caso lo vivió directamente el que esto escribe en Bolivia en 1999 y lo critiqué allí, públicamente de la misma manera.

Pero, lo más trágico en dichas situaciones reales descritas y comentadas de manera muy general, es que, tanto el hambriento como el enfermo, el dueño del restaurante, el director del hospital y el portero, tienen todo el derecho de votar en las elecciones y de ser elegidos en ellas, y a no ser condenados por un hecho que no esté descrito en la ley penal vigente, como delitos. Son, también protegidos de los derechos "humanos".

El homicidio por omisión y el abandono de desvalidos y enfermos, solo se castiga en la sociedad burguesa, cuando el autor del delito, es decir, el Caín, es el guardador de la víctima.

Resultaría insólito pensar, además, que seguramente esos agentes de la muerte a los que hicimos referencia, sean enemigos de la pena de muerte como sanción en esa sociedad. El tipo delictivo del hurto famélico que exime de responsabilidad al hambriento, que come sin pagar en un restaurante, es la expresión más miserable y avergonzante del Derecho penal burgués.

Cabe recordar, a propósito, una frase de MARX expresada en sus escritos juveniles, la cual significaba que: "El castrado es una persona imperfecta, aunque tenga bonita voz".

Fue precisamente el proletariado, en su lucha contra la explotación social capitalista, a través de todo el siglo XIX, el que sometiera a prueba histórica constante los principios, presupuestos y derechos reconocidos por el Estado burgués. Generó, socialmente la necesidad del reconocimiento primero y garantía después, de derechos colectivos, es decir, de esos que denomina la teoría burguesa actual de los derechos humanos, derechos de la "segunda generación" y no por el orden de su aparición histórica sino, según dicen, por la posibilidad de ser abarcados en la protección como derechos humanos también, a los cuales la burguesía considera "sociales", como si los de la "primera generación", los llamados "individuales", no fueran también tan sociales como los de la "segunda". En todo este enredo de mentiras, cualquier tonto puede caer.

Tal parece, que para la burguesía esos derechos, por ellos denominados sociales, no son en puridad derechos humanos, sino que adquieren tal calificación para poder ser comprendidos en la protección que gozan los "individuales". Vaya qué bondad! ¡Qué concesión!

Realmente para la burguesía los llamados derechos humanos, propiamente dichos, resultan ser los del hombre, de sus declaraciones universales iniciales que, para ella, constituyen la base de su filosofía de la libertad individual y de la igualdad de los individuos en el orden puramente abstracto y formal, es decir, desvinculado de las condiciones materiales de vida desigual y de la explotación social, en que la inmensa mayoría de los hombres viven en la sociedad capitalista.

La expresión "derechos del hombre", ya en los inicios del siglo XX, correspondía a ciertas ideas individualistas anticuadas. La de derechos humanos ajustaría más el sentido de los derechos del hombre a nuevos valores, acordes con la situación histórica del mundo en las primeras décadas del citado siglo, como los de solidaridad, responsabilidad colectiva, igualdad de derechos de hombres, mujeres, niños, ancianos, etc., que aparecerán en la Declaración Universal de 1948.

Así, la concepción de los derechos humanos y su teoría elaborada inicialmente por la burguesía, en los albores del pasado siglo en su afán de presentar con nueva etiqueta su gastada concepción de los derechos individuales, generó la formación de una retórica expresiva de tan "novísima" concepción de los derechos naturales, teorizados en su tiempo y medio social por JUAN JACOBO ROUSSEAU, extraída de aquel supuesto contrato ahistórico concreto y proyectada casi dos siglos después, en calidad de dogma filosófico, político y jurídico.

La llamada teoría de los derechos naturales del siglo XVIII, mantenida con dificultad por la burguesía en los inicios del siglo XX, había sido gracias al carácter anti-axiológico del positivismo del siglo XIX, transformada en teoría de los derechos individuales, manteniéndose así hasta bien entrado el siglo XX, en el cual se transformaría en "humanos", por las causas ya referidas, para representar la defensa de un modelo formal de organización política y social: el Estado de Derecho, considerado en sus funciones como la garantía fundamental de aquellos. Tal modelo de Estado, por ello, se trataría de imponer como condición presuntiva única del democratismo político y social y único garante de los "nuevos" derechos.

En el orden de la propaganda política intencional del capitalísimo, el Estado de Derecho, símbolo de lo democrático y humano, se presentaba por la burguesía como lo opuesto a lo totalitarioy dictatorial, consideradas características propias del entonces Estado soviético, ya existente y, por lo tanto, expresión de un sistema social y "anti-humano", para la burguesía.

Con el tiempo la concepción de los derechos humanos, la universalización en 1948, se convertiría en instrumento de ataque masivo y sistemático al socialismo en manos de la propaganda política burguesa, manipulado, a través de organismo internacionales, controlados en composición y votación por el imperialismo, dedicados casi exclusivamente a Cuba, después de la caída del campo socialista y desaparición de la Unión Soviética.

Es de señalar que, en la actualidad, el propio neoliberalismo se ha encargado de poner en crisis las bases teóricas del Estado de Derecho al atacar al Estado nacional, soporte esencial de dicha concepción burguesa, cuya misión básica era defender, garantizar el ejercicio y disfrute de los referidos derechos.

Así, la teoría burguesa sobre los llamados derechos humanos, se constituyó en toda una retórica falsa, con todas las características de la ideología que MARX criticara duramente en la década de los cuarentas del siglo XIX en

Alemania, cuando se produjo su despegue de la filosofía hegeliana y del limitado materialismo antropológico de Feuerbach, retórica mistificadora de lo real, reflejo invertido de la realidad en la esfera filosófico-jurídica.

Toda la retórica, creada alrededor del tema de los llamados derechos humanos por los ideólogos jurídicos más connotados de la burguesía, deriva su falsedad de una concepción general errónea de la sociedad y del individuo, es decir, de una comprensión puramente abstracta de los mismos, que arranca de elementos teóricos básicos, generados de la obras de los autores burgueses del siglo XVIII, cosa explicable en aquellos, dada la historicidad de las ideas, pero inaceptable en los del siglo XX, cuando el marxismo, con un siglo de anterioridad había ofrecido, con valor irrefutable, los principios fundamentales para una concepción científica de la sociedad, de cuyos principios sería tributaria a su manera, pero tributaria al fin, la sociología burguesa europea, fundamentalmente la alemana de los primeras décadas del dicho siglo.

No obstante, el pensamiento sociológico burgués referido, por sus propias limitaciones ideológicas, no podía comprender que no hay concepto general de sociedad, ni de individuo pues la primera es siempre concreta y el segundo siempre lo es de una sociedad concreta, por lo cual, la aparente contradicción individuo-sociedad, que alimentó inicialmente a la filosofía política y jurídica de la burguesía revolucionaria del siglo XVIII, encubría una real contradicción que entonces no era posible descubrir científicamente y de la cual, precisamente, parte toda la fundamentación falsa de la retórica actual sobre los llamados derechos humanos.

En la sociedad de explotación capitalista, la contradicción real es entre explotadores y explotados. Ello se encubrió en lo filosófico en la contradicción "ideal" del individuo, como unidad antropológica de carácter "natural" con la sociedad, como agregado cuantitativo de individuos organizados políticamente y, en lo político, como contradicción entre el individuo y el Estado.

A la burguesía no le quedó otro remedio que aceptar la idea aristotélica de que el hombre era un animal político (*un zoon Pólitikon*), defendiendo, por ello, el carácter político de su existencia "natural" y no el carácter social de su existencia política.

No culpamos, por supuesto a ARISTÓTELES, al que admiramos históricamente, de la falta de rigor científico de sus concepciones sociales, lo entendemos y hasta lo justificamos por razones obvias; era lógico que así pasara.

Pero lo que si no es posible justificar, ni por supuesto aceptar, son las ideas de los que, dos milenios después, mantienen como dogmas las concepciones del gran filósofo, para tratar de ocultar o de justificar con ellas, siglos de humillación humana y menos en nombre de unos derechos llamados "humanos", fundamentados teóricamente en aquellas concepciones, hoy inaceptables.

La burguesía, como clase ascendente en el orden de las ciencias naturales y exactas, supo desembarazarse desde el siglo XVI, en adelante, de las

ideas de Aristóteles y hasta de su Lógica Formal, de tan inapreciable valor metodológico en el conocer.

Sin embargo, en política, en Filosofía, en Derecho, en moral, lo han utilizado para justificar la explotación capitalista. La idea totalmente anti-científica de que unos hombres han nacido para mandar y otros para ser mandados, expuesta por el eminente pensador griego, para justificar la dominación política y la desigualdad social de su época, desde su posición de asesor de Filipo de Macedonia y preceptor de su hijo Alejandro, aparece aún en los trabajos de política, de Derecho y de moral de los escritores burgueses y son utilizados, increíblemente con la misma finalidad.

Estamos seguros de que si Aristóteles volviera a vivir, y perteneciera a la clase burguesa, rápidamente modificaría su teoría por una más racional y consecuente con los tiempos y con los intereses de su clase. No hubiera virado la espalda a todo lo que las ciencias sociales han logrado en el conocimiento científico de la sociedad, con posterioridad a él.

En el siglo xviii, la concepción del individuo como átomo social, y del individualismo, como filosófía propia de esa concepción para explicar la vida social, como superación del "Estado de naturaleza", por su paso mediante "pacto" entre todos al "estado de sociedad", significó la presencia del planteo filosófico de la relación entre las dimensiones natural y social, a la vez, del ser humano, es decir, el problema de su dualidad existencial que dio base al estudio de la relación entre el hombre y la naturaleza, previa al estudio de la relación hombre y sociedad y por último de la existente entre el individuo y el Estado.

La relación entre el individuo y el Estado parecía contradictoria, precisamente por el sistema de explotación social imperante que era, en realidad, la contradicción, no con el individuo aislado, sino como integrante de una clase social determinada. Así, la explotada socialmente era la clase, que era la única que, en lucha contra los explotadores, sería la que podría lograr la liberación del individuo integrante de la misma, y de toda la sociedad.

La propia burguesía en su tiempo no logró sus derechos luchando cada uno de sus miembros como tal, es decir, individualmente sino como clase, como fuerza social. Desde luego, tal fenómeno no podía ser comprensible entonces por alguien. A veces, se pierden de vista estas realidades al exponerse estos temas.

Con el ascenso de la burguesía al poder político, tal contradicción fue presentada como contradicción individuo-Estado. Fue la base de la concepción de "unos derechos", de los individuos frente a aquel, como institución mediadora entre individuo y sociedad.

Así llegó a concebir al Estado como algo independiente y por encima de la sociedad, y por supuesto, ajeno a la existencia de las clases sociales y al margen de ellas y de sus contradicciones.

La sociedad fue considerada como una suma cuantitativa de individuos y estos como unidades naturales, titulares por obra de la ley de derechos y

libertades que tenían, por el solo hecho natural de haber nacido "iguales". Derechos y libertades, por ello, anteriores y superiores al Estado, el cual venía obligado a reconocerlos y garantizarlos en su ejercicio, uso y disfrute, y que fueron denominados por tal razón "derechos y libertades individuales", es decir, que pertenecen al individuo en su calidad de hombre y de ciudadano y podían esgrimirse por este, frente al Estado. El hombre era el ciudadano y el ciudadano el hombre frente al Estado.

El constitucionalismo burgués se encargó de plasmar todo este bello y sugestivo cuento de hadas en los textos constitucionales, en los cuales pasarán a ser verdades incuestionables, algo así como un generoso dogma. Los derechos individuales se presentaban de ese modo, como medios de defensa del hombre frente al Estado y, por ello, se consideraban como límites al poder político, como si a este último se le pudiera fijar límites estatales, que no sean los que su propia naturaleza le imponga, como lo es únicamente el de la imposibilidad de la "real gana" como genialmente hiciera notar CARLOS MARX, que sería actuar en contra de aquella.

En efecto, la inventada oposición individuo-Estado, en el orden teórico, venía a expresarse en la oposición entre el poder del Estado y la libertad natural del hombre, convertido ciudadano y primero en individuo.

Tal aparente contradicción representaba la base, en dicha sociedad de explotación, de la problemática de la legalidad, o sea, del sometimiento del poder a la ley (como si esta fuera algo ajena a aquel) y de la necesidad, por ello, de que el primero no violase la segunda. De esta forma el problema del límite del poder se relacionaba con los derechos del individuo.

Toda esa bella historia, con música celestial, que se elaboró ajena a las reales contradicciones de clases se defiende hoy, en su versión original, por la ideología burguesa actual y por algunos juristas no burgueses, pero trasnochados en un mundo, donde las ya evidentes diferencias de clase explican la desigualdad social existente, que genera una atmósfera ideológica enrarecida, donde cualquiera puede perder la noción de lo real, que lo lleva a creer en lo que desea.

En el contexto de esta falsa teoría y, como extensión de ella, se generó la retórica burguesa sobre los llamados derechos humanos. Por todo lo explicado, resulta preciso, hacer referencia a los elementos esenciales de la retórica burguesa sobre los derechos humanos, tal como la presentan en la actualidad sus ideólogos más connotados, que la conciben en su significado peyorativo, es decir, como sofistería, engaño o forma de confundir y no de arte de convencer como fue concebida por los filósofos griegos antiguos.

La retórica burguesa actual sobre los derechos humanos plantea que, históricamente, la noción de los mimos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona diferente al Estado, por lo cual el poder político debe ejercerse al servicio del ser humano. Así, el Estado es el malo y el individuo el bueno, como en los filmes del oeste norteamericano.

La sociedad contemporánea y particularmente la comunidad internacional organizada, consideran que todo ser humano, por el solo hecho de serlo, tienen derechos frente al Estado, derechos que este tiene el deber de reconocer, respetar y garantizar en su ejercicio para la plena satisfacción de aquel. Afirman, son atributos de toda persona humana e inherente a su dignidad y se afirman ante el poder público al Estado pues, se le exigen deberes en relación con los llamados derechos humanos.

Pero, cabría preguntar ¿Hay derechos sin deberes, y deberes sin derechos que le correspondan? ¿Qué derechos le corresponderían al Estado sobre el individuo en relación con los deberes que se le imponen, respecto a los derechos de aquel? ¿Es que los derechos humanos son absolutos, es decir, sin deberes correlativos para su titular con aquel al cual le exige garantice esos derechos?

La teoría de los derechos absolutos, ya no se lo creen, ni los concebidos no nacidos. Entonces, ¿Qué deberes corresponden a la persona humana titular de esos derechos ante el Estado al cual se le exige que los garanticen en su ejercicio para poder llamarse Estado de Derecho?

Para esta retórica, todo ser humano pues, por el hecho de serlo, resulta titular de derechos fundamentales que el Estado no puede violar impunemente. El constitucionalismo burgués formalmente reconoce y otorga al hombre, derechos cuyo uso, disfrute, ejercicio material les hace imposible en el sistema económico, político y social en que sustenta su poder político. Constituyen pues, los derechos humanos para tales ideólogos, atributos innatos de la persona humana y constituyen consecuencia normal de que todo orden jurídico tenga su arraigo esencial en la naturaleza humana, es decir, en el hombre como "ser natural". Así, dicen, las bases de la "justicia natural", deben ser expresadas en el derecho positivo o legislado al cual le está vedado contradecir los imperativos del "Derecho Natural".

Hablar de derechos innatos y de justicia natural en el siglo en que vivimos, en el orden filosófico-jurídico, resultaría tan insólito como hablar de "ideas innatas" en el orden gnoseológico. LOCKE y CONDILLAC ya se escandalizaron de ello hace tres siglos y nuestro padre VARELA también, hace más de dos.

Plantea la retórica que analizamos, que el desarrollo de la concepción y del contenido de los derechos humanos generó la noción de los derechos sociales y culturales, referido a las condiciones de vida y acceso a los bienes materiales y a los productos de la creación humana, adecuados a la dignidad inherente a la persona humana, derechos que denominan de la "tercera generación". Culturales o colectivos, como son los derechos al desarrollo, al medio ambiente, a la información, etc. Quizá la "cuarta generación" la ofrezcan a los extraterrestres.

Un capitulo singular en la retórica burguesa sobre los derechos humanos es la protección de estos mediante su internacionalización, ya que según dicha clase, tales derechos, como atributos inherentes al ser humano, no pueden ser

concesión de la sociedad, ni dependen del reconocimiento de gobierno alguno. El mismo argumento que fundamentó a los viejos derechos naturales del siglo XVIII.

La comunidad de los Estados, casi bajo el control económico, y ya casi político del imperialismo, hace que este, a través de los organismos internacionales que también controlan pretenda erigirse rector, fiscalizador y garante de los derechos humanos en un mundo ingobernable, y también, desde luego, en violador principal de los mismos, como bien ha señalado Fidel.

Por último, la retórica burguesa afirma que la progresividad de estos derechos y su carácter expansivo justifica sus generaciones, concebidas como el efecto de la extensión del ámbito protector a derechos que antes no gozaban de ello.

Ante los postulados de tal retórica, nos encontramos en plena metafísica jurídica, se destaca significativamente lo siguiente:

a) La concepción de los derechos individuales, como los derechos humanos propiamente dichos (los de los burgueses)
b) Los llamados derechos sociales como un producto del desarrollo de la concepción y el contenido de los derechos humanos, y no como consecuencia de las luchas del proletariado contra el capital durante los siglos XIX y XX.
c) El carácter ahistórico de las generaciones de los derechos humanos, determinados por el efecto de la extensión del ámbito protector a derechos que antes no gozaban de ello y no por las etapas históricas en que se proclamaron.

De toda esta retórica, se destaca un elemento curioso, y es que lo único que la burguesía ha proclamado "para todos" son los derechos humanos, aunque en realidad, solo los garantice a una pequeña parte de la sociedad, a los miembros de su clase.

En cuanto a la explotación social de las clases dominadas, por ella políticamente, la burguesía resulta sumamente "democrática", pues el hambre, miseria, analfabetismo, desprotección social, incultura y demás consecuencias de la explotación social, las proporcionan a las mayorías pero no para todos, pues ella se excluye de tales penurias humanas.

En fin, la clase burguesa se muestra universal, en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos y democrática en cuanto a ofrecer a las mayorías las miserias de la explotación que ejerce sobre las mismas. No puede haber mayor compenetración entre un sistema social y los derechos humanos, expresión de su mayor generosidad clasista, ¿Verdad?

Resulta increíble que se exija responsabilidad a los gobiernos y poderes públicos de los Estados por el no reconocimiento, respeto y satisfacción de estos derechos a los individuos cuando se plantea que los mismos no pueden ser objeto de concesión alguna de la sociedad, ni depender del reconocimiento de gobierno alguno. No es posible exigir responsabilidad

alguna sin incumplimiento de un deber, ni es posible la asignación de deberes a los Estados respecto a dichos derechos, sin corresponderle a aquellos derechos correlativos a tales deberes, sobre los individuos.

Solo una concepción mística de los derechos humanos, es decir, considerados como deidades, puede exigir de los Estados solo deberes en relación con los derechos humanos y no derechos a crear las condiciones sociales para poder reconocerlos y garantizarlos materialmente, así como derechos también sobre la titularidad de los mismos, en lo que a su ejercicio contra los intereses sociales se refiere. La concepción absoluta de un derecho, sea cual fuere, constituye un absurdo jurídico, por razones obvias. No puede ser absoluto lo que necesariamente debe nacer de una relación social que, por serlo, es siempre relativa.

Tal concepción ilógica de los derechos humanos impide que la lucha por ellos pueda convertirse en una finalidad que exija la transformación revolucionaria del sistema económico, político y social existente, a los efectos de poder reconocerlos y garantizarlos en su ejercicio, de poder satisfacerlos. La acción violatoria de los llamados derechos humanos por la sociedad capitalista, exige un replanteo teórico de la problemática que conlleva, si se quiere lograr una adecuada concepción histórica de los mismos, que permita, en el necesario enfrentamiento ideológico, perfeccionar los fundamentos de aquellos derechos básicos que deban, las sociedades y los Estados en que estas se organizan políticamente, reconocer y garantizar a todos los hombres, sobre la base de crear condiciones materiales de vida social para el ejercicio de los mismos.

Cabe recordar la irrebatible conclusión de Fidel al respecto de que «si los capitalistas desean hablar de derechos humanos, lo primero que tienen que hacer es dejar de ser capitalistas».

La universalización de los derechos humanos

Universalizar es generalizar, es hacer algo que a todo se extiende y aplica. Tal calidad entraña, pues, totalidad (omnes) y en tales conceptos deberá expresarse también su validez.

El argumento central que justificó la universalización de los llamados derechos humanos fue el de su protección general total y válida en el orden internacional. Sin dudas en apariencias fue un notable propósito, para los que lo acogieron de buena fe.

El propósito de la universalización de dichos derechos era consecuente con el criterio de la no dependencia de ellos de concesión o reconocimiento alguno por los Estados, ni de condicionamiento en número, posibilidades de ejercicio o garantía de disfrute por la sociedad. Era un buen argumento para los que no los reconocían alegado, lamentablemente, por los que los ultrajaban.

En vista de ello, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948, poco después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, instrumento internacional al servicio imperial, emitió la Declaración Universal de los Derechos humanos, suscrita por todos los Estados miembros y a la misma siguieron dos declaraciones complementarias sobre derechos económicos, todas actualmente vigentes. El promotor fundamental de la universalización fue el gobierno de los Estado Unidos de América, entonces abanderado de los ideales democráticos.

La universalidad de los referidos derechos humanos, como idea no estaría mal, pero lo ha estado. Cuando PERICLES en la Antigüedad griega; los hermanos Gracos en la antigua Roma y ROUSSEAU en el siglo XVIII, opusieron a poderes autoritarios la idea democrática; o cuando el estoicismo y el cristianismo reconocieron la misma dignidad a un esclavo que a un amo, la noción de la igualdad entre los hombres en lo formal tuvo, sin embargo, en esas épocas un carácter de idea social, sin dudas avanzada, pero solo en la medida que implicara más allá de su reconocimiento, la conquista de una igualdad concreta.

Por ello, afirmar la universalidad del hombre y sus derechos, por encima de las diferencias de condiciones materiales de vida social entre los mismos, es decir, de diferencias entre castas y clases, razas o intereses sociales, es dar un paso hacia su liberación, pero con la condición de que se marche de manera inmediata a exigir y lograr la abolición de esas diferencias.

Así, nada se logra con que la universalización de los llamados derechos humanos esté realizada como idea, si no se quiere y se logra que la universalidad se plasme en realidad concreta. Si no es así, nada se ha hecho ni se ha logrado lamentablemente. Defender así la retórica es hacer el juego a un *status quo*, que se mantiene hace ya cincuenta y ocho años de la Declaración Universal citada.

Tal período transcurrido, no solo ha registrado las más burdas violaciones de tales derechos, sino la hostilidad sistemática a los Estados que de una forma u otra han tratado de defenderlos y garantizarlos, como es primero que cualquiera, el nuestro.

La ONU, nada ha podido hacer para evitar o por lo menos paliar esa situación, y estimamos que menos podrá hacerlo en el futuro. Resulta lamentable que los trabajos sobre los llamados derechos humanos que, frecuentemente se presentan a concursos o tesis doctorales, no incidan fundamentalmente sobre este fenómeno de tanta gravedad política, jurídica y social, y se concentren solo en observaciones críticas de carácter teórico formal a nuestra legislación constitucional de esos derechos en nuestro texto fundamental, que dan la impresión de críticas veladas o abiertas a nuestro orden constitucional, con la exaltación de modelos constitucionales de sociedades que nada tienen que ver, y sí mucho que desear, con la naturaleza económica política y social de nuestro Estado, ni con el humanismo que preside el ejercicio de nuestro poder político.

Filosóficamente no es «lo ideal» lo que determina lo material, sino al revés.

La desuniversalización de los llamados derechos humanos tampoco ya resolvería los problemas sociales de los hombres y de los pueblos en los momentos que vivimos. Sería, tan formal como la universalización realizada. Es que era algo que «antes de hacerla, había que pensarlo muy bien».

Las condiciones internacionales de peligro, para la relativa paz mundial que es real, hacen necesario, en la lucha de ideas en que nuestro pueblo se enfrasca, convertir en trizas la retórica que venimos combatiendo y lograr dar fundamentos históricos y, por ello, científicos a los «derechos» fundamentales de los hombres, básicos o «humanos» como lo quieran llamar, en definitiva, no es el nombre lo que importa, y los cuales deben respetarse, reconocerse y garantizarse materialmente en su ejercicio y satisfacerse por el Estado a todos los seres humanos, sin distingos ni discriminación alguna, y no por el solo hecho de haber nacido, que en sí, como hecho, no representa mérito alguno y tampoco por el hecho de existir y coexistir, sino por el de relacionarse socialmente, que es convivir en el más amplio y elevado sentido del vocablo.

De esas relaciones sociales que cada sistema de poder político convierte en jurídicas al regularlas mediante disposiciones normativas, se derivan los derechos y obligaciones que constituyen, quiérase o no, el fundamento y motivación, a la vez, de la conducta individual y colectiva de los hombres en sociedad.

De las relaciones públicas (políticas y administrativas) entre el individuo y el Estado como representante de una sociedad concreta que le corresponde surgirán los derechos básicos o fundamentales que el propio desarrollo social permita reconocer y garantizar y las condiciones en que ello se haga, conforme a los intereses sociales económicamente dominantes. Toda otra fundamentación es sofistería, engaño, retórica falsa.

Solo en la medida que el poder político exprese materialmente la voluntad de los pueblos, que le sirva de legitimación histórica; en la medida en que aquellos participen organizadamente en las toma de decisiones del poder y en el control de sus representantes ante los órganos de aquel, y asuman colectivamente la realización de las tareas esenciales de carácter social, así como la defensa y consolidación del sistema económico político y social que represente los intereses de las grandes mayorías, es decir, en la medida que el poder sea realmente popular y democrático, la humanización de los derechos del hombre será, recordando a Martí, una sociedad donde estos no tengan causa que defender, ni derechos que reclamar.

Lo individual ha de depender necesariamente de lo social y no al revés, como pretende la burguesía al derivar los llamados derechos sociales de los individuales. La sociedad es lo total y los hombres, su componente individual y, por ello, el capital más preciado, pues sin ellos, la sociedad no existiría.

No resulta posible, hablando en serio, concebir la sociedad como un conjunto de nacidos vivos como pretenden en realidad hacer ver los partidarios de los derechos naturales.

Tan disparatada ha sido esa anticientífica doctrina que ha impuesto, en el orden teórico jurídico, el concepto de persona natural frente a la persona jurídica o patrimonial, y ello se hizo con el específico fin de tratar de extraer al hombre de la causalidad jurídica o necesidad social, de evitar que su personalidad jurídica pudiera derivar de una concesión o reconocimiento del Estado y no del hecho natural de haber nacido, erigido en soporte fundamental de esos derechos que el Estado, dicen, no puede otorgar, sino respetar y garantizar, que son los llamados derechos naturales. ¡Vaya sarta de tonterías, ya casi cierta, por repetidas secularmente!

El hombre, como sujeto de derecho, o sea, parte en las relaciones jurídicas es tan jurídico como una entidad patrimonial. Sin embargo, a estos los denominan "jurídicas" y a aquel "natural", en expresiones a todas luces incorrectas.

Este fenómeno ideológico-jurídico ha pasado inadvertido durante siglos, ante los ojos de los juristas, y tal diferencia dicotómica equivocada de las personas en Derecho se ha mantenido hasta en los códigos socialistas, incluídos los nuestros, a pesar de las advertencias al respecto. Contrariamente ya nadie habla de persona natural o física en la literatura jurídica mundial de seriedad científica, sino de personas jurídicas, individual o patrimonial. No es posible pues, aceptar que el hombre pueda derivar sus derechos fundamentales del nacimiento como hecho concreto de carácter natural. El nacimiento puede determinar el origen de su personalidad para ser titular de derechos y obligaciones y siempre que la ley así lo establezca, como hace nuestro Código Civil, pero eso es otra cosa muy diferente.

El nacimiento, nadie puede negar que en el orden natural, tenga una gran trascendencia en la vida de los hombres, sobre todo para celebrarlo, pero en el orden social no puede ir más allá de las consecuencias políticas y jurídicas que le otorguen esos órdenes de la sociedad en que le tocó nacer.

En el orden histórico, puede resultar objetivamente más trascendente para una sociedad concreta que un determinado hombre nazca en ella, que para un determinado hombre haber nacido en dicha sociedad. Pero el nacimiento, fuera de esos casos siempre a valorar *a posteriori*, no representa en el orden político y jurídico más trascendencia que la anteriormente señalada.

El creer que el hombre tenga derechos por el solo hecho de haber nacido y que esos derechos, sin deberes correspondientes, de alguien, es decir, absolutos, sean anteriores y superiores al Estado, porque el hombre nació antes que aquel, sería tan absurdo como creer hoy, que el hombre fue creado de barro por una deidad que le infundió la vida mediante un soplo divino, o construido de madera como el famoso muñeco convertido en Pinocho por obra y gracia de un hada madrina encantada

Ni siquiera hoy es posible concebir la sociedad como un conjunto de nacidos vivos que existen y coexisten desvinculados los unos de los otros.

La sociedad humana constituye un conjunto de relaciones entre los nacidos vivos que, por ello, no solo existen y coexisten, sino que conviven.

El hecho de la convivencia es el signo que distingue la sociedad humana de las sociedades animales, en las cuales las relaciones entre sus miembros se producen de manera automática e inconsciente a impulso de factores genéticos, ecológicos o por instintos propios de la especie.

Por ello, la esencia de la sociedad humana no es cuantitativa, como lo son las relaciones gregarias entre los integrantes de las sociedades animales, sino cualitativas, por expresarse en relaciones conscientes: las relaciones sociales.

La convivencia social entraña vida con otros y entre otros constituyendo el resultado de una influencia de voluntades condicionadas materialmente, que fuera el sistema de organización política y jurídica de la sociedad a partir de un momento de su desarrollo en que sobre la forma de propiedad privada se formaron las clases sociales.

El solo hecho de nacer, solo puede otorgar al hombre los derechos que le reconozca el orden jurídico estatal concreto, correspondiente a la sociedad en que le tocó nacer vivo. En una en una sociedad esclavista, el hijo de esclava nació esclavo porque así el poder político lo disponía en sus normas jurídicas al respecto, aunque hubiera nacido de mujer en la misma forma que el hijo de un dueño de esclavos.

No es posible inventar derechos y libertades, que no emanen orgánicamente del carácter de las relaciones sociales a que esté incorporado el individuo en un sistema económico, político y social dado.

La universalidad pues, en los llamados derechos humanos solo puede ser la idea de que los mismos, en su concreción material para su reconocimiento, es garantía propias de cada sociedad concreta. No cabe otra alternativa. Lo demás es mentira, sofisma, engaño.

Es la sociedad, y más precisamente, cada sociedad la que otorga esos derechos en la medida de las posibilidades históricas de su desarrollo económico, político y social, o los niega como en el caso de la sociedad esclavista citada. Es al poder político a quien corresponde reconocerlos, otorgarlos y posibilitar su ejercicio y disfrute.

Desde luego, el número de derechos reconocidos no depende solo del régimen económico social existente, sino que pueden influir en ello el régimen político, el nivel de democracia imperante, las tradiciones, la moral, el desarrollo científico y cultural en general y hasta la influencia cultural externa. Si en lo individual nadie puede dar lo que no tiene, en lo social ninguna sociedad puede dar lo que no puede. Universalizar pues, lo que se quiere que toda sociedad dé sin poder, es un absurdo.

Otro problema que plantea la universalización de los llamados derechos humanos es la también necesaria universalización del destinatario de los mismos: el hombre.

Cabía preguntar al respecto: ¿De qué hombre? ¿Del hombre abstracto o del hombre concreto, de carne y hueso? ¿Del hombre rico o del pobre explotado? ¿Con vista a qué debe precisarse su carácter de destinatario? ¿Del hecho de haber nacido o de vivir muriendo?

Todos los hombres que viven en una sociedad cualquiera han nacido y, por cierto, en diferentes condiciones sociales de vida que determinan sus *status* político y jurídico en sociedad y que permite con vista a ello poder calificarlos, por ejemplo en ricos y pobres, en nobles y plebeyos, en explotados y explotadores, en amos y esclavos, en señores o siervos, etc. Unos han nacido con todos los llamados derechos humanos y otros no. ¿Por qué ha sido así?

La única igualdad que los hombres han tenido al nacer, además de hacerlo desnudos, hasta ahora, ha sido la forma fisiológica en que han nacido. Cortado el cordón umbilical, la desigualdad social comenzó desde hace milenios a estar presente en la vida del hombre.

La muerte también tiene su rasero igualitario entre los seres humanos. El verso lo expresa:

¡Muerte! Tu igualdad alabo,
Que en tu regazo profundo
Valen por igual, al cabo,
Las cenizas de un esclavo,
Que la del dueño del mundo.

¡Ah! Pero unos muertos generan beneficios económicos para descendientes y otros no; hasta ahí llega la desigualdad.

El nacer, ni siquiera ha garantizado siempre el hacerlo libre. Los hijos de esclavos nacen esclavos como sus padres, según señalamos. La igualdad al nacer, referida anteriormente, nada tiene que ver con la igualdad social.

¿Qué sucede entonces con los destinatarios de los llamados derechos humanos, que deben tener por el solo hecho de hacer nacido o de ser humanos?

Por ser universal la idea de tales derechos, por obra y gracia de una Declaración, todos los que nacen en el mundo deben ser titulares de los mismos pero, por no ser también universales las condiciones materiales de vida de todos los que nacen. Millones y millones de nacidos carecen de esos derechos, aunque la Declaración famosa los diga y lo rediga en letras de todos los colores.

¿Por qué no se universalizan las condiciones de vida social de todos los hombres y lograr que todos sean ricos o que todos sean pobres? Así los derechos de los mismos serían verdaderamente universales, en la riqueza o en la pobreza.

¿Quiénes son pues los destinatarios verdaderos de los llamados derechos humanos?

Nuestro Héroe Nacional expresó: "Dígase hombre y se dirán todos los derechos". Pero ¿A qué hombre pudo referirse Martí? ¿Al hombre abstracto de la Declaración de Derechos Humanos, al hombre de la Teoría del Derecho

Natural o al hombre social que carecía de todos los derechos y que eran objeto de su preocupación humana, y de su reivindicadora lucha revolucionaria, transformadora de la vida social en que había oprimidos y opresores?

El hombre de Martí era el pobre de la Tierra, el de carne y hueso de que habló MARX; el obrero, el indio, el negro, el campesino, la mujer, el niño, oprimidos con los cuales había que hacer causa común, contra los opresores, los destinatarios legítimos de la justicia social que constituyó la esencia de su prédica y que levantó primero como bandera en América en expresión verdaderamente humana de una nueva concepción del Derecho, suerte de pan por la que dijo luchan también los hombres y con lo cual se debía lograr la plena dignidad del hombre.

¡Qué bella hubiera sido una Declaración Universal de los Derechos de los pobres de la Tierra y no del "hombre" en abstracto!

Esas ideas están presentes en el preámbulo de nuestro texto constitucional por haber sido realizadas socialmente antes de su aprobación por el pueblo cubano, cuyos miembros son los destinatarios reales de los derechos fundamentales que en él se inscribieron.

"Todo hombre al nacer tiene el derecho a que se le eduque" expresó nuestro Apóstol. No dijo "por haber nacido", sino "al nacer", al recibirlo la sociedad que debe, si puede, otorgarle ese derecho.

Los derechos fundamentales del hombre en sociedad, para nuestro Héroe Nacional, derivan su esencia de la propia esencia social del hombre mismo, destinatario y agente activo a la vez, del ejercicio y disfrute de los mismos, cuyo titular debe ser la sociedad que, les posibilita en su existencia, garantía y ejercicio por los hombres.

La universalización de los derechos humanos solo ha tenido por finalidad el propósito ya señalado varias veces en el epígrafe.

Las "generaciones" de los derechos humanos

La burguesía revolucionaria del siglo XVIII en Francia, heredera del individualismo renacentista y creadora de toda una filosofía humanista de tipo elitista e hija del Enciclopedismo y la Ilustración, no podía aceptar que, después de derrocado el poder feudal, los miembros de su clase fueran a quedar también en calidad de súbditos, y con el mismo delito de obediencia pasiva de estos, ante el nuevo Estado republicano, que debía sustituir al monarca absoluto.

Así, la contradicción súbdito-monarca la transformaron en contradicción individuo-Estado, convertido el individuo, como es lógico, en ciudadano. No dijeron ciudadano-Estado, porque el concepto de individuo conllevaba la idea de igualdad en derechos anteriores y superiores al Estado, propia del "estado de naturaleza".

La idea de los derechos naturales fue el fundamento de la mantención de la relación contradictoria entre el individuo, desde entonces ciudadano y el Estado explicada en la introducción del presente trabajo.

De ahí, el ahistoricismo del concepto de "generaciones" que caracteriza también la retórica burguesa sobre los llamados derechos humanos, y que representa, más bien, una concepción de la protección de los mismo al conllevar la extensión del ámbito protector a derechos que antes no gozaban de ella.

Por la propia concepción de natural de estos derechos los hombres los habían tenido y deberían tenerlos todos y "por siempre".

Solo la oportunidad de su concepción resultó histórica y ello lo logró la burguesía revolucionaria en el siglo XVIII, proclamándolos como individuales en sus textos constitucionales del siglo XIX, conforme a su concepción atomística y cuantitativa de la sociedad en "estado natural" vista, como un mero agregado de hombres e iguales en derechos.

A tales derechos, por ser los primeramente protegidos (primero en tiempo, mejores en derechos) se les considera como los de primera generación que son realmente para la burguesía, los verdaderamente humanos o los humanos propiamente dichos y de cuyo desarrollo en concepción y contendido surgieron los que ellos denominan sociales que consideran los de segunda generación. La diferencia es pues cualitativa.

El gran error de que parte la invención de las llamadas generaciones de derechos humanos es el considerar unos derechos individuales y otros como sociales, obrando el hecho de que todos los derechos son sociales, y que solo podría distinguirse entre personales y colectivos.

Desde luego, la invención de las generaciones comporta otro problema aún mayor para la teoría burguesa de los llamados derechos humanos. Entre ellos no hay sucesión histórica según plantean para evitar la ubicación temporal o espacial de los mismos.

Si los derechos humanos derivan de la propia naturaleza de los hombres, es decir, de su existencia natural, resulta que desde la aparición sobre la Tierra de aquellos, siempre debieron haber tenido los derechos señalados. Pero la retórica burguesa los concibe ahistóricos para que no puedan ser objeto ni de concesión, ni de reconocimiento por sociedad o Estado alguno, por lo cual por ser naturales resultan "justos" y son "justos" por ser naturales. Además, al ser universales corresponde a todos y, por ser atemporales, no están sometidos en su existencia reconocimiento, ejercicio y uso y disfrute a condiciones sociales determinadas. El Estado solo podrá garantizarlos, protegerlos en su ejercicio o violarlos.

Tal concepción, parece que muchos se la creyeron de verdad, y permitió universalizarlos como "idea", al margen de la existencia material de los hombres, lo que permitiría hacerlos realidad, para unos pocos y solo aspiración irrealizable para otros. Después, aparecieron los de la tercera generación.

Algunos estudiosos del tema dentro del pensamiento político y jurídico burgués actual se han preguntado, con razón, qué trascendencia jurídica pueden tener las llamadas generaciones de derechos humanos, a los efectos de la regulaciones jurídicas nacionales y para la institucionalización constitucional.

Así, consideran, no presentan carácter lo suficientemente precisos para utilizarse como noción jurídica, ni en el plano legislativo, ni en el de la interpretación sistémica.

Los llamados derechos humanos en nuestra constitución vigente

Nuestro texto constitucional vigente, con gran acierto, no adoptó el término derechos humanos al regular aquellos fundamentales que la generalidad de las constituciones reconocen a los ciudadanos, los cuales comenzaron a disfrutar desde el mismo triunfo revolucionario del primero de enero de 1959 y que, a partir de 1976, por ser ya inherentes a nuestro modo de ser económico, político y social, fueron registrados y aprobados por el pueblo mediante referendo.

Nuestra revolución, como Estado, desde 1959 por su genuino carácter popular y democrático, constituyó la garantía material del disfrute por nuestro pueblo y por cada uno de sus integrantes, de los derechos personales y colectivos respectivos, los cuales jamás habían sido garantizados en nuestra isla en ninguno de los períodos históricos pre-revolucionarios.

En efecto, colonia de España por casi cuatrocientos años y de república dependiente durante cincuenta y seis, solo habían representado para nuestro pueblo y sus integrantes explotación social, hambre, desamparo social, miserias, analfabetismo, insalubridad, humillación, injusticias sociales, negación del decoro y la dignidad humana. El actual «protector universal y campeón de los derechos humanos del mundo» gobernó, indirectamente, medio siglo a nuestra sociedad.

El Estado, en manos de las clases explotadoras, solo había sido utilizado de instrumento adecuado al poder de las mismas, para encubrir su responsabilidad ante las consecuencias señaladas de la explotación social.

La Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, si bien mantuvo en su texto la parte dogmática de la Constitución de 1940, vigente al producirse el golpe militar de 1952, resultaría en fin, históricamente limitada en fases posteriores del proceso revolucionario. Recogía, sin embargo, la nueva organización personal del poder revolucionario, que posibilitara, por el carácter de fuente material del hecho revolucionario mismo, la adopción de medidas económicas, políticas y sociales de beneficio popular, dirigidos al reconocimiento y garantía de derechos esenciales personales y colectivos de los miembros de la sociedad, mediante la creación de condiciones económicas políticas y sociales por el ejercicio y disfrute de los mismos.

Desde entonces, los derechos al trabajo, a la tierra, a la atención de la salud, la educación, seguridad social, asistencia social, vivienda, recreación y el deporte, igualdad social, seguridad personal, al disfrute de las libertades y derechos políticos de pensamiento, palabra, culto, reunión, asociación y desfile, etc., comenzaron a disfrutarse por nuestro pueblo en un clima de ejercicio directo de la democracia, en apoyo de las medidas del gobierno revolucionario que inició el proceso de transformaciones sociales hacia una sociedad concebida bajo el principio de justicia social.

Una nueva tabla de valores filosóficos, políticos, morales, sociales y jurídicos, emergía de las transformaciones económicas y sociales y de la lucha por defender las conquistas logradas. Girón y la Declaración Socialista de la Revolución ante la agresión, aceleró la transformación de la conciencia social de nuestro pueblo y de la de cada uno de sus integrantes.

La legislación del sistema social anterior de explotación, la sensible afectación de los derechos adquiridos en el pasado por los miembros de las clases derrocadas del poder por la Revolución, fue considerada por la contrarrevolución y sus aliados internacionales como una peligrosa violación de los derechos humanos, extendida tal calificación a la aplicación de la justicia revolucionaria a esbirros, criminales, torturadores y asesinos al servicio de la tiranía derrocada.

Desde entonces la Revolución cubana hostigada de manera constante y sistemática por el gobierno de los Estados Unidos de América, protector también desde entonces, de los contrarrevolucionarios, refugiados en su propio territorio estatal, fue presentada ante los organismos internacionales relacionados con la atención de los llamados derechos humanos como violadora de tales y en ese sentido ha sido objeto de ridículas acusaciones y sanciones obtenidas en dichos organismos sobre la base de presiones y amenazas a los Estados integrantes del sistema capitalista que los componen. Ello ha sido una de las justificaciones del bloqueo económico, según dicen los imperialistas.

Toda la acción imperial en ese sentido se ha concentrado ostensiblemente en nuestro país, paradójicamente el que más ha hecho interna y externamente por el cumplimiento y defensa de esos derechos que, el constitucionalismo burgués actual, proclama sin poder garantizarlos y las clases dominantes en dichos Estados violan impunemente.

Fue precisamente el Estado revolucionario cubano, que es la Revolución organizada en Estado, para el cumplimiento de sus programas económicos, políticos y sociales, el que pudo garantizar el reconocimiento de los derechos y libertades esenciales a la viuda del ser humano, como formas de llevar a vías de hecho el culto a la dignidad plena del hombre como quería nuestro Martí. Humanícese pues, la sociedad y se podrá hablar en ella de derechos humanos. Los derechos derivan de la vida social y los protagonistas del desarrollo de esta son los pueblos. Que se dé al pueblo ese protagonismo y habrá derechos humanos plenos en disfrute.

En nuestro país, tales derechos no lo tiene cada ciudadano por el hecho de haber nacido, sino como integrante de un pueblo quien históricamente, en lucha heroica y secular, de varias generaciones anteriores y presentes ha conquistado, frente al coloniaje español primero, a la dominación imperialista después, la libertad y la soberanía que lo hace dueño absoluto de sus destinos históricos en su vida y decisiones en su autodeterminación soberana.

No se obtuvieron esos derechos por derecho natural, sino por el derecho histórico que al hacer la Revolución, tienen los pueblos derecho superior del cual deben derivar los derechos que los deben tener para vivir con decoro y dignidad, y que nuestro texto constitucional denomina, con total acierto: fundamentales, correlatos, a la vez, de deberes que el Estado debe cumplir para garantizarlos en su disfrute y ejercicio.

Nuestra *Constitución de la República* vigente regula bajo el título *Derechos, deberes y garantías fundamentales,* en su capítulo V, los derechos, libertades políticas y deberes ciudadanos de que gozan o están obligados los destinatarios de sus preceptos (los ciudadanos) cuando corresponde a la condición específica de estos o a "todos" cuando atañe a cualquiera que resida en el territorio de nuestro Estado, ciudadano o no.

La no adopción de tal calificación de "humanos" a dichos derechos, por nuestro texto constitucional, nos preserva de confusiones terminológicas que pudieran implicarlos en los fundamentos ideológicos que a los mismos, dan los autores burgueses en sus obras y ante los organismos internacionales.

En el referido capítulo dichos derechos no se hallan contenidos exactamente como quisieran algunos admiradores de constituciones burguesas al respecto, y los cuales hacen señalamientos críticos frecuentes sobre imperfecciones técnicas, según dicen, de nuestro texto constitucional.

Olvidan estos críticos "entretenidos en sí mismos" que el fundamento ideológico burgués de la constitución escrita, que el de ser un producto de un "contrato social". Pues bien, obsérvese que en los contratos "libres" que la burguesía proclamó para canalizar el principio de "libertad de empresa" en lo económico, después de la cláusula de las "obligaciones entre las partes" suelen señalarse "todas las demás que se derivan del presente contrato".

Así, pueden pasar con las constituciones escritas. En ellas, son derechos fundamentales lo que se establezcan como tales en el título o capítulo que a ello se dedique y también, todos los demás de esa naturaleza que se deriven de ella.

Además, nada prohíbe técnicamente que en el orden constitucional puedan señalarse derechos fundamentales en otros capítulos del texto constitucional, como sucede entre nosotros con el derecho al sufragio que, precisamente por su importancia, se le dedica un capítulo propio o el ejemplar precepto (artículo 27) en el que se reconoce el derecho a al vida, de rigor técnico impecable, que merece ocupar un lugar como lo ocupa dentro de la regulación constitucional de los fundamentos políticos, sociales

y económicos del Estado. Dicho artículo pasa delante de los ojos de tales críticos, como «delante de un ciego, pasan volando las hojas», y no por lo mismo, que nuestro apóstol lo dijo.

Las críticas a la falta de referencia estricta a derechos reconocidos en constituciones de otros países, de sistemas económicos, políticos y social opuesto al nuestro y derivados de la naturaleza de sus sistema como los referidos a la imagen, a la intimidad, a la información, los dos primeros derivados de la personalidad psicológica, y cuyo desarrollo en nuestra constitución en su artículo 9 y el tercero implícito en los derechos políticos de palabra y prensa que recoge el capítulo V señalado, no puede justificarse en su específico destaque» por su perfeccionamiento técnico del texto.

El hecho de que nuestro texto constitucional revista esas características regulativas calificadas por los críticos como deficiencias técnicas, no representa un alejamiento de un modelo técnico de regulación constitucional, universalmente aceptado.

Hemos conocido críticas amigas o tácitas a nuestro sistema de control de la constitucionalidad, utilizándose insólitamente como patrones comparativos, modelos de constituciones como las de España y Colombia, en lugar de hacerse la crítica de estas en su forma y contenido, como bien merecen y resultaría muy fácil hacer.

Lo único que pudiera justificar que un texto constitucional se propusiera en su forma, para adoptarlo como patrón técnico de regulación constitucional de los llamados derechos humanos, sería el que, en contenido se cumpliera realmente por el Estado al cual corresponda.

Si eso fuera así, el patrón técnico de regulación constitucional de los llamados derechos humanos sería el nuestro, cosa que por supuesto, no pretenderíamos en modo alguno recomendar, por razones obvias.

Habría que estar muy loco, para erigir en modelos patrones o paradigmas constitucionales, situaciones tan complejas como las económicas, las políticas, las sociales y las jurídicas.

Los patrones o modelos de regulación técnica de los llamados derechos humanos no puede corresponder a Estado alguno, independientemente de que dentro del Derecho Constitucional comparado puede haber textos que registren aquellos de manera que puedan ser de apreciación personal preferente. Pero de ahí, a reconocerlos como modelos, va un trecho. Solo los acostumbrados a adorar catálogos de modas, autos, de ropas de vestir o religiosos, son capaces de hacer tales críticas en el orden constitucional.

Por ejemplo el modelo patrón o sistema económico, político y social nuestro, no resulta del agrado de multitud de países en el mundo capitalista, desde luego, y nadie aquí se pone bravo por ello, ni se ofende. Es más, la mayoría abrumadora de esos países vota en la Asamblea General de las Naciones Unidas, a favor de que cese el bloqueo de los Estados Unidos a

nuestra isla, lo que agradecemos profunda y sinceramente. Hacen con ello, algo justo.

Ahora bien, ninguna de las constituciones de esos países se parece a la nuestra y por ello la nuestra tampoco tiene que parecerse a la de ellos en nada. Entonces ¿Por qué precisamente debemos parecernos en la forma «técnica» de exponer los llamados derechos humanos? ¡Vaya qué curiosidad de deseo!

Por ejemplo, en las constituciones de los países capitalistas, en el artículo primero se expresa, generalmente, que esos países constituyen «un Estado de Derecho» o un «Estado Social de Derecho», como dice la española de 1973, y nuestra constitución vigente expresa, por el contrario, que «es un Estado de trabajadores». ¿Cuál dice la verdad?

Ante dos proposiciones opuestas, según el principio de no contradicción de la Lógica formal, una de ella tiene que ser falsa y la otra verdadera. ¿Cuál será la falsa entre estos dos enunciados afirmativos y opuestos? ¿Es que debemos parecernos necesariamente a quienes no debemos parecernos porque alguien lo quiera o le guste o le moleste que no sea así?

Quien conozca un poquito sobre el origen y desarrollo de la técnica jurídica constitucional, no puede negar el carácter atípico de la redacción de los textos constitucionales desde los inicios del constitucionalismo, que nació burgués.

En ello se destacan constituciones que fueron meras declaraciones de derechos, unas con preámbulos, otras sin ellos; otras con cláusula de reforma; y otras no; unas con partes dogmáticas, otras sin parte dogmática, como la norteamericana en su inicial promulgación; unas con la parte dogmática antes de la parte orgánica y otras con la parte dogmática después de la parte orgánica, unas sin regulación del proceso electoral y otras con la regulación correspondiente de este; unas sin hacer referencia a los partidos políticos y otras incluyéndolos, es decir, constitucionalizándolos; unas regulando el proceso legislativo y otras no; unas incluyendo instituciones procesales y hasta familiares como la constitución nuestra de 1940, que contó con una cantidad significativa de artículos, 286 y otras de exiguo articulado. Unas rígidas, otras semirígidas o flexibles y otras hasta elásticas y pétreas; unas con reserva legal y otras sin ella; unas con el *habeas corpus* dentro y otras remitiendo su regulación a la Ley penal; unas que reconocen leyes constitucionales y extraordinarias y otras que no establecen dicha distinción; unas que permiten delegación de competencias entre los órganos de poder y otras no, y a pesar de todo ese desorden técnico del constitucionalismo burgués, jamás he leído una tesis actual en nuestro país criticando ese desorden y por el contrario las he leído alabando la basura normativa que el mismo representa.

Pudiéramos indicar más anomalías o atipicidades técnicas en la regulación constitucional burguesa, pero nos parece que son suficientes.

Quizás por ser tantas, alguien precise que no vale la pena criticarlas. ¿Por qué criticar entonces las supuestas imperfecciones de nuestro texto constitucional en la regulación normativa de los derechos humanos? No es noble tratar de lograr así, inútilmente protagonismo intelectual.

Pero ahora, para finalizar este trabajo, debemos preguntarnos ¿Cuál es el sistema técnico regulativo perfecto de los llamados derechos humanos en los textos constitucionales? ¿Quién lo puede proponer: SOLÓN, LICURGO; SIEYÉS, un disidente de nuestro proceso o un guanajo que nada tenga que hacer?

Sería bueno acudir a alguien más sabio y más cercano a nosotros como por ejemplo a LUZ Y CABALLERO. El nos diría: "Un sistema, ningún sistema, he ahí el sistema". Ni SOLÓN, ni LICURGO, ni SIEYÉS, conocieron a LUZ. Mucho menos un disidente o un guanajo lo conoce. Estos últimos, en todo caso conocerían solo a "Luz-bel".

Hay que tener cuidado con los "perfeccionismos" técnicos de constituciones pertenecientes a Estados que, por su naturaleza, están en las antípodas del nuestro y que constituyen, a la vez, documentos ideológicos también opuestos a nuestras concepciones científicas sobre la sociedad y sus fenómenos.

Hay que cuidar la transparencia de nuestra regulación constitucional. Ello es muy importante en los tiempos que vivimos de lucha ideológica activa, de batalla de ideas.

La técnica puede estar desvinculada de la ideología, como práctica científica, pero no "los técnicos" que sirven a una clase que tiene una ideología en función de finalidades políticas.

Cuidado con "las técnicas" y sobre todo, con los "técnicos". Amén.

ACIJ
2009-2010
No. 2

El Sistema Juridico Penal en Cuba y los Derechos Humanos

The criminal justice system in Cuba and the Human Rights

Claudio Ramos Borrego

Resumen

El término Derechos Humanos ha sido definido en función de los intereses políticos de los Estados y muy especialmente de las potencias hegemónicas Esto se ha facilitado debido en parte, a la propia subjetividad del concepto y sus diferentes clasificaciones según la generación a la que pertenecen.

El Sistema Jurídico Penal Cubano, es el resultado de la aplicación de los principios y valores humanistas de la revolución del primero de enero de 1959. La política criminal adoptada por el gobierno revolucionario procura coordinar las diversas instituciones y factores que intervienen en el enfrentamiento al delito, tratamiento del delincuente y prevención de las conductas delictivas. Las complejas y disímiles tareas involucran no sólo a varios órganos del Estado, de manera directa, sino que en ellas participa de una u otra manera, toda la sociedad. Esta política es trazada al más alto nivel desde la dirección del Partido Comunista de Cuba, su objetivo preservar los valores y principios de la sociedad socialista, enfrentar, reducir y prevenir el delito.

La actual Ley de Procedimiento Penal, sin ser perfecta ha reducido la posibilidad de que se cometan errores durante el proceso de la instrucción y el propio juicio oral, al establecer un marco de aceptable autonomía e independencia organizativa a las tres funciones procesales: acusación, defensa y solución del caso. No obstante a más de treinta años de la promulgación de la LPP, muchos expertos en la materia recomiendan otorgar mayores facultades a las víctimas en los procesos penales, ofrecer una participación más temprana a los abogados de la defensa en la fase preparatoria a partir de la detención de la persona y estudiar la posible unificación de las actuales leyes de procedimiento penal y procesal penal militar en una sola norma.

Pese a la permanente campaña de calumnias y desinformación que a lo largo de medio siglo se ha organizada contra la Revolución Cubana, no ha sido posible probar hechos violatorios de los derechos de los ciudadanos, tan frecuente en América Latina como la ejecución extrajudicial, las desapariciones y la tortura.

Palabras claves

Derechos Humanos, Revolución Cubana, Sistema Penal Cubano.

Abstract

In its conceptual aspect, the phrase Human Rights has been defined in terms of the political interests of States and especially of the hegemonic powers. This has been facilitated in part due to the subjectivity of the concept and its different classifications according to the generation they belong.

The Cuban Criminal Justice System is the result of the application of the principles and humanitarian values of the revolution of January 1959. Criminal policy adopted by the revolutionary government seeks to coordinate the various institutions and factors involved in the struggle against crime, offender treatment and prevention of criminal behavior. The complex and different tasks involve not only various organs of the State, directly, but all of society participates in them, one way or another. This policy is mapped by the highest level from the leadership of the Communist Party of Cuba, its aim is to preserve the values and principles of socialist society, pitting, reducing and preventing crime.

The current Criminal Procedure Act, while not perfect has reduced the possibility of mistakes during the investigation and the trial itself, to establish a framework of acceptable organizational autonomy and independence to the three procedural functions: prosecution, defense and solving the case. However, more than 30 years after the promulgation of the Penal Procedure Act, many experts recommend giving greater powers to the victims in criminal proceedings, provide earlier participation to defense lawyers in the preparatory phase from the detention of the person and study the possible unification of existing laws on criminal procedure for civilians and soldiers in one standard law.

Despite the ongoing campaign of lies and disinformation that over half a century has been organized against the Cuban Revolution, it has not been possible to prove violations of citizens rights, so prevalent in Latin America such as the extrajudicial killing, disappearances and torture.

Keywords

Human Rights, Cuban Revolution, Cuban Penal System.

El tema de los derechos humanos se ha plasmado a lo largo de los años en una multitud de instrumentos multilaterales adoptados por la comunidad internacional con el propósito de emplear la Ley como vía fundamental del cambio social basado en el compromiso con valores humanitarios. Sus orígenes se remontan al surgimiento de las corrientes filosóficas del Renacimiento, que proclamaban la dignidad humana como ejercicio de los llamados "derechos naturales", luego del "individuo" y finalmente "humanos" ya en el siglo pasado.

La vinculación del concepto de dignidad humana y derechos del hombre, surge entre los pensadores renacentistas que defendían al ser humano como "ser autónomo" y lo situaban en el centro de una nueva concepción del mundo. Un representante de este pensamiento lo fue el humanista italiano Giovanni Pico de la Mirandula (1463 – 1494) autor de la conocida obra *De Dignitate homini*, en un comentario al libro primero de Moisés, ponía en boca de Dios:

> Yo te he puesto en el centro del mundo para que puedas ver mejor lo que en el mismo ocurre. Tú no eres ni divino ni terrestre, mortal o inmortal, hasta el punto que como tu propio Creador, puedes formarte como desees. Tienes el poder de caer al nivel de los brutos y de renacer en un orden más elevado o divino, según tu propio juicio.[1]

Tres siglos después en pleno ascenso de la burguesía europea, el ginebrino Jean-Jaques Rousseau, con sus *importantes* contribuciones al desarrollo del pensamiento en conocidas obras como *Discurso sobre la inigualdad (1755)* y *El Contrato Social* (1762), contribuyó de manera significativa al movimiento por la libertad individual, contra poder absolutista y el credo retrógrado de la Iglesia.

El desarrollo de este concepto coincide con el tránsito del Estado absolutista de la Edad Media al Estado Moderno así llamado por la burguesía triunfante en Europa. En el plano jurídico, este pensamiento no se limitó a reconocer al hombre libre desde el punto de vista filosófico y político, sino que proclamó la necesidad de darle un marco jurídico a sus derechos básicos, surge así el constitucionalismo burgués. Ilustres personalidades como Montesquieu (Charles de Secondat, Barón de Brede 1689 – 1755) en obras como su *El espíritu de las leyes, y el Proyecto de constitución de Condorcet* (Jean Marie, Márquez de 1743 – 1794), se inspiraron los redactores de la Constitución de 1791 en Francia e influyeron en los patriotas norteamericanos que redactaron la constitución de 1789.

Estas ideas están indisolublemente ligadas a la ascensión de la burguesía como clase dominante y con el tiempo darían lugar en otras condiciones históricas más favorables a las primeras constituciones burguesas en cuyo centro estaban los derechos del individuo frente al poder el Estado. Tales derechos constituirían el componente esencial del régimen de la democracia burguesa y del Estado de Derecho.

Al proclamar por primera vez en la historia el reconocimiento de derechos universales, atrajo a las amplias masas populares en su lucha por el poder, pero basada en propiedad privada como base de la estructura económica la sociedad burguesa estableció un Estado autoritario defensor de sus intereses explotadores y los derechos proclamados para todos los ciudadanos por igual, quedaron reducidos a los derechos de los burgueses.

[1] Giovanni Pico de la Mirándola: *Discurso de la dignidad del hombre*.

Cuando la burguesía, que ha proclamado los derechos universales siente que sus intereses explotadores están amenazados, utiliza despiadadamente la fuerza para reprimir a sus adversarios. Carlos Marx en *La Guerra Civil en Francia* describe así los últimos días de la Comuna de París:

> Hasta después de 8 días de lucha no cayeron las alturas de Belleville y Ménilmontant los últimos defensores de la Comuna; y entonces llegó a su apogeo aquella matanza de hombres desarmados, mujeres y niños, que habían hecho estragos durante toda una semana con furia creciente. Ya los fusiles de retrocarga no mataban bastante de prisa, y entraron en acción las ametralladoras para abatir por centenares a los vencidos. El Muro de Los Federados del cementerio de Pére Lachaise, donde se consumó el último asesinato en masa, queda todavía en pie, testimonio mudo pro elocuente del frenesí a que es capaz de llegar la clase dominante cuando el proletariado se atreve a reclamar sus derechos.[2]

Al referirse a la derrota de la Comuna, Carlos Rafael Rodríguez escribió:

> Por una coincidencia histórica, la derrota de la Comuna convergía con los comienzos de la fase imperialista del capitalismo, período en que la libre competencia fue sustituida por el monopolio. A partir de entonces el carácter dictatorial del Estado burgués no pudo se ocultado. La culminación de ese proceso la hemos tenido al manifestarse las formas fascistas de dominación burguesa. Creer que el nazismo fue una excrescencia de la Alemania de la posguerra y el fascismo una creación delirante de Musolini, es no penetrar en el fenómeno político más importante de nuestros días: la descomposición y agonía del mundo capitalista. [3]

Hoy, a comienzos del siglo xxi, podemos repetir estos conceptos marxistas, en nuestra América Latina, la burguesía hondureña con la colaboración del Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica, acaba de ejecutar un golpe de estado militar para cerrar el paso a las reformas progresistas del presidente Manuel Zelaya. La Constitución, los derechos civiles y los más elementales derechos humanos han sido pisoteados. Los militares hondureños entrenados y armados por los yanquis han utilizado sus armas para reprimir al pueblo. Así, se repite la historia del derrocamiento en Guatemala del presidente Jacobo Arbenz y del sangriento golpe de estado militar al gobierno de la Unidad Popular en Chile, que costó la vida del presidente Salvador Allende, ambos electos democráticamente según las reglas de la sacrosanta democracia burguesa. Por tanto, para la burguesía que proclamó el respeto universal a los derechos humanos, dicho respeto depende en última instancia de sus intereses de clase.

El Estado que mata, tortura y agrede a otros pueblos, en defensa de su seguridad nacional, no solo viola los derechos humanos, sino se deslegitima, al mismo nivel de los delincuentes que pretende perseguir.

[2] Carlos Marx: *La Guerra Civil en Francia.*

[3] Carlos Rafael Rodríguez: *Letra con Filo*, t. 1.

Es a partir de esa consideración previa, que debemos examinar el desarrollo histórico del establecimiento y codificación de los derechos humanos en el Derecho Internacional, que se produce a partir de la II Guerra Mundial.

En primer lugar, es necesario citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que distingue entre derechos relativos a la existencia misma de la persona y los relativos a su protección y seguridad, a la vida política, social y jurídica de la misma, y los derechos de contenido económico y social. Son, asimismo, relevantes: *la Declaración de Derechos del Niño*, firmada el 20 de noviembre de 1959; *la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, suscrita el 20 de diciembre de 1959; *el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos*. Estos dos últimos adoptados por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

Es evidente que en su aspecto conceptual, el término Derechos Humanos ha sido definido en función de los intereses políticos de los Estados y muy especialmente de las potencias hegemónicas. Esto facilitado, en parte, a la propia subjetividad del concepto y sus diferentes clasificaciones según la generación a la que pertenecen.

Las potencias coloniales pretendieron legitimar su dominio sobre otros pueblos, bajo el pretexto de una cruzada civilizadora basado en el modelo de la sociedad burguesa y en los valores humanistas de la cultura occidental. Más recientemente, en nuestros días, el imperialismo norteamericano ha convertido la salvaguardia de los derechos humanos, en una justificación para su intervención militar en otros territorios. Para ello sus ideólogos han elaborado una interpretación manipulada de las normas del Derecho Internacional que regulan esta materia, y les ha permitido con la colaboración de sus aliados, la aplicación de una estrategia intervencionista, dictada por sus intereses hegemónicos a escala mundial.

Nuestro objeto es demostrar que el apego del Sistema Penal Cubano, respecto a las normas internacionales de Derechos Humanos, tiene su origen en los valores éticos de justicia social, igualdad y solidaridad, consustanciales del pensamiento martiano y marxista. Y que, por tanto no viene impuesto desde el exterior, sino por la propia naturaleza de su régimen político, económico y social.

Principios del Sistema Jurídico Penal

El Sistema Jurídico Penal Cubano, es el resultado de la aplicación de los principios y valores humanistas de la Revolución del primero de enero de 1959. En su alegato ante el tribunal que lo juzgaba, por el alzamiento del 26 de julio de 1956, el Dr. Fidel Castro Ruz, al denunciar la degradación de las condiciones políticas, sociales y económicas en que vivía el pueblo cubano dijo: "Si en el régimen anterior había politiquería, robo, pillaje y falta de respecto a la vida humana, el régimen actual ha multiplicado por cinco la politiquería, ha multiplicado por diez el pillaje y ha multiplicado

por cien la falta de respeto a la vida humana». Este documento conocido como *La Historia me absolverá* contenía el programa para la liberación nacional.

El triunfo de la Revolución Cubana desalojó del poder a la dictadura militar del General Fulgencio Batista, que había instaurado un régimen de terror caracterizado por el absoluto desprecio hacia los derechos humanos incluidos los que se encontraban reconocidos en la Constitución de la República de 1940, cuya vigencia fue suspendida y sustituida por estatutos constitucionales dictados al margen de cualquier consulta popular. Desde su llegada al poder el Gobierno Revolucionario llevó a la práctica en cumplimiento de su programa numerosas medidas de beneficio para las amplias masas populares. La Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, conservó la parte dogmática de la Constitución de 1940 y pese a sus limitaciones para cubrir el proceso revolucionario, ya recogía la nueva organización del poder popular, ofrecía el marco para la adopción de las medidas de transformación revolucionaria en la esfera política, económica y social y garantizaba los derechos esenciales personales y colectivos de los miembros de la sociedad.

Estos objetivos quedaron resumidos en la Constitución de la República aprobada por referendo en febrero de 1976, que plantea:

> (...)Artículo 9: El Estado.
>
> a) realiza la voluntad del pueblo trabajador y
> - encauza los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo;
> - mantiene y defiende la integridad y la soberanía de la patria;
> - garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad;[4]

Y para ello proclama en ese mismo artículo:

> (...)b) como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo garantiza:
> - que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades;
> - que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia;
> - que no haya enfermo que no tenga atención médica;
> - que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido;
> - que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar;
> - que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte.[5]

Así quedo plasmado, lo que entendemos los cubanos por derechos humanos inalienables de la población y que en primer lugar se expresan

[4] Editorial My Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz: *Constitución de la República de Cuba*, p. 6.

[5] Ibídem, p. 5.

en el supremo derecho a una vida digna, inspirados en el pensamiento de JOSÉ MARTÍ, quién dijo: "Yo quiero que la Ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre".[6]

Los logros obtenidos por Cuba en las esfera de la educación y la salud, testimonian el cumplimiento de esos objetivos por su Gobierno, otros muchos podrían citarse que en su conjunto han creado las premisas para la formación de nuevos valores y constituyen la base de una comunidad de intereses de los miembros de la sociedad con el Estado que los representa y del cual forman parte activa. No obstante, el delito aún subsiste y en consecuencia resulta necesario el establecimiento de mecanismos e instituciones, que por una parte garanticen la protección social, repriman los actos punibles, reeduquen a los infractores y en la medida de lo posible les reinserte en la vida social.

La política criminal adoptada por el gobierno revolucionario procura coordinar las diversas instituciones y factores que intervienen en el enfrentamiento al delito, tratamiento del delincuente y prevención de las conductas delictivas. Las complejas y disímiles tareas involucran no solo a varios órganos del Estado, de manera directa, sino que, en ellas participan de una u otra manera toda la sociedad.

Esta política se traza desde el más alto nivel de la dirección del Partido Comunista de Cuba. Su objetivo es preservar los valores y principios de la sociedad socialista, enfrentar, reducir y prevenir el delito.

El ejercicio del *ius puniendi*, por el Estado socialista surgido como resultado de la Revolución, se ha guiado por el irrestricto respeto a la dignidad humana y a la legalidad, por lo cual establece una proporcionalidad de las penas en busca de una verdadera garantía de la seguridad ciudadana.

La legislación Penal en Cuba

En los artículos 57, 58, 59 y 60 de la Constitución, se relacionan las garantías fundamentales en materia de justicia penal, principios y garantías de los derechos humanos y las libertades fundamentales que están en correspondencia con los enunciados en la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre ellos:

- Nadie puede ser detenido sino en los casos, con las garantías y en la forma que establecen las leyes.
- El detenido o preso es inviolable en su integridad personal.
- Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito, con las formalidades y garantías que dichas leyes establecen.

[6] Ibídem, p. 15.

-Todo acusado tiene derecho a la defensa.

-No se ejercerá violencia ni coacción alguna sobre las personas para forzarlas a declarar.

-La confiscación de bienes solo se puede aplicar por las autoridades como sanción, según los procedimientos prescritos por las leyes. La expropiación es autorizada por la Constitución, exclusivamente por razón de utilidad pública o interés social.

-Las leyes penales tienen efecto retroactivo solo cuando sean favorables al acusado o sancionado.[6]

A estas garantías proclamadas por la Ley Fundamental se agregan otras recogidas en los procedimientos reglamentarios de la Ley de Procedimiento Penal Ley 5 de 26/08/1977. Al examinarlas detenidamente, puede comprobarse que se observan los diez principios del llamado derecho penal mínimo, recogidos por LUIGI FERRAJOLI, en su obra *Derecho y Razón.*

- Ningún acusado está obligado a declarar en su contra.
- El acusado tiene el derecho de manifestar cuanto considere conveniente en su defensa.
- Todo acusado puede recusar a algunos de los jueces que lo juzgan.
- Se presume inocente a todo acusado mientras no se dicte sentencia contra él.
- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado en ausencia.[7]
- El acusado puede proponer todas las pruebas que crea convenientes a su defensa.
- A los acusados se les concede el derecho de última palabra en el juicio oral.
- El juicio oral es público, a menos que razones de seguridad estatal, moralidad, orden público o el respeto debido a la víctima y sus familiares aconsejen celebrar a puertas cerradas.
- Todas las sentencias en juicios y procedimientos pueden ser recurridas, con excepción de las dictadas en primera instancia por el Tribunal Supremo Popular.
- La justicia se imparte gratuitamente y sobre la base de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y el tribunal.

El Estado cubano garantiza el acceso a la justicia con carácter gratuito y con cobertura nacional, en el país funcionan 176 tribunales municipales y 18 tribunales provinciales con cuatro salas: de lo Penal, Civil, Familia, Económico, Laboral, Administrativo y de los Delitos contra la Seguridad del Estado.

[7] En Cuba salvo en lo dispuesto en el artículo 454 de la LPP, que autoriza el enjuiciamiento en ausencia cuando se trate de delitos contra intereses fundamentales, políticos o económicos nacionales o hechos punibles asociados al crimen internacional organizado.

En la capital de la República tiene su sede el Tribunal Supremo Popular integrado por la Sala de Gobierno y las salas de lo Penal, de lo Civil y de lo Administrativo, de los delitos contra la Seguridad del Estado y de lo Militar.

La preocupación del poder revolucionario por actuar en el marco de la Ley fue evidente al decidir restablecer la vigencia de la Ley Procesal de la República en Armas, con algunas modificaciones, para los procesos sumarios que conocieron los Tribunales Revolucionarios creados por la Ley 634 de 20 de noviembre de 1959.

Como parte del proceso de institucionalización se promulgó la Ley 1250 de 23 de junio de 1973 de Organización del Sistema Judicial y el Reglamento General de los Tribunales Populares aprobado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo en septiembre del propio año, *el Reglamento de la Fiscalía General de la República*, dictado por el Fiscal General y *el Reglamento de los Bufetes Colectivos* adoptado como resolución del Congreso Nacional Constitutivo de la Organización de Bufetes Colectivos celebrado entre el 12 y el 13 de enero de 1974. En el año 1977 se promulgó la Ley 4 de Organización del Sistema Judicial, modificada posteriormente por la Ley 82 de 1997.

En marzo de 1979 se adoptó la Ley 21 del nuevo Código Penal, se sustituyó el Código de Defensa Social, que con sucesivas modificaciones, había estado vigente en Cuba desde 1936.

El 30 de abril de 1988 la Asamblea Nacional del Poder Popular adoptó un nuevo Código Penal. Ley 62, al cual se han hecho las siguientes reformulaciones:

- Decreto Ley 87 de 22/07/1988
- Decreto Ley 18/07/1991
- Decreto Ley 87/99
- Decretos Ley 150 y 151 de 10/06/1994
- Decreto Ley 1999, 2001

Con la promulgación del Código Penal Ley 21 de 15/02/1979, 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 ellas tuvieran. Sin embargo, otras conductas que se encontraban en los capítulos dedicados a las contravenciones en el Código de Defensa Social, fueron recogidas como delitos en la Ley 21. Posteriormente, se comprobó que lo más apropiado hubiera sido despenalizar también dichas conductas. No obstante, la Ley 62 de 1988 conservó el mismo tratamiento para los delitos menores o faltas.

Al salir de la esfera penal, la mayoría de las antiguas contravenciones del Código de Defensa Social, quedaron desprovistas de un procedimiento, razón por la cual fue necesario de inmediato dictar normas que regularan el procedimiento para imponer las sanciones administrativas y su pago, la primera fue el Decreto-Ley 25 de 30/05/1979, las infracciones de la seguridad del tránsito y el Decreto-Ley 27 de 27/10/1979 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, por infringir disposiciones administrativas nacionales o locales, lesionaran levemente el orden público, la seguridad general, el ornato de las poblaciones, la salubridad y la propiedad, y agrega, que era también necesario establecer el correspondiente procedimiento para la imposición y ejecución de las sanciones administrativas.

Hasta el año 2003 el sistema contravencional cubano estaba formado por cinco Decretos Leyes. Treinta y siete decretos, en los que se regulaban materias de Orden Interior, Salud Pública, Urbanismo, Arquitectura, Viales, Transporte, Comercio, Laboral, Actividad por Cuenta Propia, Sistema Impositivo, Prevención de Incendios, Agricultura, Medio Ambiente y otras. Esta proliferación de contravenciones aconseja su ordenamiento en un Código que aparejadamente establezca un procedimiento único.

En cuanto al procedimiento penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal LECrim, promulgada en España, el 14 de septiembre de 1882 entró en vigor en Cuba en 1888 y mantuvo su vigencia hasta el 26 de junio de 1973, fecha en que fue derogada y sustituida por la Ley 1251 de Procedimiento Penal, la que fue clara expresión de los principios y valores humanistas del socialismo. Desde el punto de vista de su inclinación por los sistemas de enjuiciar en ella prevalece el sistema *mixto.* La ley 1251, tuvo una efímera vigencia, siendo derogada por la Ley 5 LPP de 13 de agosto 1977, que con sucesivas reformas se mantiene vigente hasta la fecha. El profesor DANILO RIVERO GARCÍA en su estudio sobre la Ley trámites cubana dice: "El Gobierno Revolucionario, no enfrentó de manera precipitada la reforma de la legislación burguesa imperante, en sentido general, y la procesa en particular; modificó la indispensable con el propósito de continuar su obra".[8]

La actual Ley de Procedimiento Penal siguió la sistemática heredada de la LECrim, y en cuanto a estructura y contenido de sus normas, se diferencia muy poco de la Ley 5 de 1973, que ya había suprimido la figura del Juez de Instrucción y reparte las funciones de la fase preparatoria entre el Fiscal y la Policía, tal como queda claramente expresado en el artículo 105 de la Ley 13 de 1977: "El Fiscal ejerce el control de la fase preparatoria que se realiza por el Instructor".

[8] Ley de Procedimiento Penal, ONBC, La Habana 2008.

Esta función de instrucción y todas las diligencias las realiza, en Cuba, el Instructor. Pero, la Fiscalía tiene la responsabilidad del la asistencia y control de la fase preparatoria. Pese a todas las adecuaciones a las realidades imperantes, puede afirmarse que el esquema del procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española LECrim de 1882, se conservó en el periodo revolucionario.

En resumen, la ley procesal penal cubana ha tratado de remediar las insuficiencias de leyes precedentes conservando muchos de sus principios:

- Iniciativa estatal y privada en caso los casos excepcionales cuando el Tribunal considere injustificado el sobreseimiento presentado por el Fiscal.
- Escritura y oralidad. La primera prevalece en la fase preparatoria y la segunda en la etapa culminante del juicio.
- Publicidad y secreto. En la fase preparatoria prevalece el secreto del sumario al cual sólo tienen acceso el acusado y su defensor una vez que el acusado es asegurado.
- Libre apreciación de las pruebas por el tribunal.
- Todos los juicios son públicos, a excepción de aquellos en que el tribunal decida lo contrario para proteger a las personas ofendidas o sus familiares y por otras circunstancias que establece la ley.
- Los jueces son electos y todos los tribunales compuestos por jueces profesionales y no profesionales.

Las garantías legales que el sistema penal cubano establece para el cumplimiento, tanto por los ciudadanos y de las instituciones del Estado, están plasmadas en el artículo 59 de la Constitución de la República antes citado, y demás leyes que podríamos resumir como sigue:

- La obligación de los organismos estatales y entidades públicas, entidades privadas y de todos los ciudadanos de cumplir y hacer cumplir los fallos judiciales.
- Obligación de los tribunales de interpretar y aplicar las leyes vigentes en correspondencia con los principios de nuestra Revolución Socialista.
- La posibilidad de recurrir las sentencias y resoluciones en todos los juicios y procedimientos.
- La prohibición que establece la ley a los tribunales de negarse a fallar o aplicar las leyes vigentes bajo cualquier pretexto.
- La obligación de los tribunales de ejecutar efectivamente las sentencias dictadas y de vigilar su cumplimiento por los organismos encargados.
- La información que los tribunales deben dar a organismos y empresas respecto a las infracciones de la ley que detecten durante la tramitación de un proceso judicial.

- La rendición de cuenta que los tribunales deben ofrecer al órgano elector de sus jueces.

La actual Ley de Procedimiento Penal, sin ser perfecta, ha reducido la posibilidad de que se cometan errores durante el proceso de la instrucción y el propio juicio oral, al establecer un marco de aceptable autonomía e independencia organizativa a las tres funciones procesales: acusación, defensa y solución del caso. No obstante, a más de treinta años de la promulgación de la LPP, muchos expertos en la materia recomiendan otorgar mayores facultades a las víctimas en los procesos penales, ofrecer una participación más temprana a los abogados de la defensa en la fase preparatoria a partir de la detención de la persona y estudiar la posible unificación de las actuales leyes de procedimiento penal y procesal penal militar, Ley 1201 de 1966, en una sola norma, entre otras sugerencias.

El sistema judicial cubano

Los tribunales populares de lo penal son competentes para conocer los procesos que se originen por la comisión de actos punibles o índices de peligrosidad predelictiva. Estos son:

- Los tribunales municipales populares: de competencia, en sus respectivos territorios, de índices de peligrosidad predelictiva, y delitos, sancionables con privación de libertad que no exceda de tres meses o de multa, ni de mil cuotas o ambas. En Cuba existen 169 municipios.
- Las salas de lo penal de los tribunales provinciales populares: de competencia en sus respectivos territorios para conocer los hechos punibles, sancionables con más de tres años de privación de libertad y hasta la pena de muerte o de multas superiores a las mil cuotas, así como de cualquier delito que atente contra la seguridad del Estado. En Cuba hay catorce provincias.
- El Tribunal Supremo Popular, dispone de cinco salas: Sala de lo Penal, Civil y Administrativo, Laboral, Económico, de los Delitos contra la Seguridad del Estado y Sala de lo Militar. La Sala de lo Penal se integra por jueces profesionales y legos. Conoce de los recursos que se interpongan a los fallos dictados por las salas de lo penal de los tribunales provinciales populares. Estos recursos pueden ser casación y apelación. Este último, establecido cuando el tribunal provincial haya impuesto la pena de muerte y se tramita de oficio, ante la Sala de lo Penal o la Delitos contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular. Para conocer de los recursos sobre las sentencias dictadas por las propias salas, existe una especial en el máximo órgano de justicia, integrada por nueve magistrados.

Según el Código Penal, las sanciones aplicables a las personas naturales se dividen en:

Sanciones principales: muerte; privación de libertad, que puede ser subsidiadas por trabajo correccional con internamiento o trabajo correccional sin internamiento; limitación de libertad; multa; amonestación.

Sanciones accesorias: privación de derechos; privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela, prohibición del ejercicio de una profesión, cargo u oficio; suspensión de la licencia de conducción; prohibición de frecuentar medios o lugares determinados; destierro; comiso; confiscación de bienes; sujeción a la vigilancia de los órganos y organismos que integran las Comisiones de Prevención, expulsión de extranjeros del territorio nacional.

El Código Penal establece la sanción de limitación de libertad, de trabajo correccional con internamiento o sin internamiento, como subsidiaria de la de privación de libertad siempre que la sanción impuesta no exceda de cinco años. El tribunal debe decidir si por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que su reeducación es susceptible de obtenerse por medio del trabajo. En estos casos existen los jueces de ejecución encargados del cumplimiento.

La política criminal de la Revolución Cubana

Entendido el concepto de de política criminal, como la estrategia que adopta el Estado para enfrentar la criminalidad, sobre la base a los estudios de criminología que permiten diseñar un sistema coherente, integrado por la legislación penal, el sistema penal y los programas de prevención social.

La política criminal, reflejo del proyecto político, económico y social de cualquier país, es organizada y aplicada por los máximos órganos estatales. Su objetivo principal es la prevención y represión de aquellas conductas consideradas como delitos en la legislación penal. Debe ajustarse a un procedimiento ante tribunales previamente establecidos según la Ley y en observancia de las garantías ciudadanas establecidas por la Constitución, y de los principios de la legalidad y el respeto de la dignidad humana.

El derecho penal socialista cubano se ha desarrollado para servir de forma eficaz a la defensa de los intereses del pueblo trabajador y de conformidad con este principio, la política penal, ha adoptado formas de lucha contra la delincuencia acordes con las condiciones sociales, políticas y económicas. Por tanto las normas penales, deben ser cumplidas estricta e inexorablemente por todos los ciudadanos y organismos estatales, instituciones sociales y económicas.

Según nuestra política criminal, las sanciones previstas en la Ley, deben ajustarse a los principios de coherencia, flexibilidad y equilibrio, de manera que respondan a la gravedad de las conductas delictivas y se garantice una justa adecuación individual a los infractores. El desarrollo alcanzado en la formación de la conciencia social y el grado de cultura de nuestra

población han posibilitado que determinados comportamientos hayan sido extraídos del Código Penal, al considerar su escasa gravedad.

Precisamente, la prevención de las conductas delictivas y antisociales constituye el fundamento de la política criminal de la Revolución Cubana, basado en su paradigma de justicia social, igualdad y solidaridad y el cual conforma el más amplio programa de presencia primaria.

En consecuencia, una de las prioridades de Cuba ha sido la creación de condiciones idóneas para la formación multifacética de los niños y jóvenes, lo que ha permitido alcanzar niveles muy altos de escolaridad, atención médica, formación artística y profesional, todo ello en forma gratuita y para toda la población. No obstante, persisten fenómenos y manifestaciones negativas que es necesario enfrentar por la sociedad.

También, existe un procedimiento especial para el tratamiento de los niños y adolescentes según lo dispuesto en el Decreto Ley 64 de 1985 mediante los Consejos de Atención a menores de 16 años que presenten problemas de conducta, lleguen o no a constituirse en desviación, índices de peligrosidad social o que participen en hechos que la ley tipifica como delitos.

Mediante el Decreto Ley 95 de 29 de agosto de 1986, fueron creadas la Comisión Nacional de Prevención y Atención Social adscrita al Consejo de Ministros, y las Comisiones Provinciales, órganos con funciones reguladoras dirigidas a perfeccionar las normativas relativas a conductas contrarias al interés social, la protección de los valores e interés de la Sociedad y el Estado. La educación para evitar las conductas antisociales y delictivas y la recolección de información para el análisis y pronóstico.

Otra norma de protección de los niños es el Decreto Ley 76 de 1984 que regula la adopción. Crea la red nacional de hogares para menores huérfanos o abandonados y se regula el procedimiento para entregar a los niños a familias sustitutas.

Cuba firmó y ratificó en 1990 y 1991, respectivamente la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 29 de noviembre de 1989, pero ya mucho antes de esa fecha, la Revolución Cubana trabajaba en ello mediante la implementación de un conjunto de leyes en el plano jurídico nacional, normativas que anteceden a la propia Convención y que en ocasiones, sobrepasan en su aplicación el límite de sus disposiciones, entre ellas cabe mencionar: la Constitución de la República (1976), el Código de familia (1975) y el Código de la Niñez y la Juventud (1978) . El Código Penal cubano ofrece la máxima tutela a los derechos de la infancia y la juventud contenida en su capítulo III.

El Código Penal Ley 62 de 1987 y las modificaciones y reformulaciones introducidas posteriormente constituyen el marco jurídico para servir con eficacia a los fines de la sociedad socialista y expresan la política penal acordada por el Estado que contiene las formas de lucha contra el delito y la delincuencia, atendiendo a las condiciones sociales, políticas y económicas de nuestro país. Estas normas penales deben ser respetadas

estricta e inexorablemente por todos los ciudadanos, organismos del Estado y entidades económicas y sociales, por su propia imperatividad, y también por su elevado nivel de comprensión y acatamiento social. Al mismo tiempo se han establecido vías distintas para prevenir y enfrentar las violaciones de la Ley, lo que ha permitido la estructuración de un eficaz, armónico y educativo sistema de lucha contra las infracciones de la legalidad y de la formación de una cultura de respeto a la ley, todo lo cual permite extraer actualmente de la esfera penal las conductas que por su naturaleza no deben considerarse propiamente delitos, y que por su carácter, a los efectos de su tratamiento, deben pasar a otras ramas jurídicas.

En el proceso penal cubano, los tribunales resuelven el debate planteado por el representante del Ministerio Público, titular de la acusación, y el acusado representado por el abogado defensor. Según el ordenamiento jurídico penal en Cuba, los sujetos procesales son el *fiscal*, representante del Ministerio Público; y *el acusado* asistido de su defensor, ellos constituyen las partes necesarias en el proceso.

En el caso del *fiscal*, es parte desde el inicio de las actuaciones, en las que asesora al instructor como titular de la acción penal, pero el *acusado* adquiere la condición de parte en el proceso a partir del momento en que se le aplique una medida cautelar.[9]

También, pueden participar en el proceso sujetos contingentes como la persona *perjudicada* o el *acusador particular* asistido de su representante en ocasión del sobreseimiento libre interesado por el Fiscal y declarado injustificado por el Tribunal, que le ofrece el ejercicio de la acción a la víctima o perjudicado. Además, el *querellante* y el *querellado* en los delitos perseguibles a instancia de parte. Por último podría aparecer en el proceso penal la persona citada como *tercero civil responsable.*

Los servicios legales están disponibles a todos los ciudadanos a precios accesibles mediante la Organización Nacional de Bufetes Colectivos que agrupa a los juristas que ejercen en 180 bufetes en todo el país.

En nuestro país, el ejercicio de la abogacía, consiste en evacuar consultas, dirigir, representar y defender los derechos de una persona natural o jurídica ante los tribunales de justicia, los órganos de arbitraje o los organismos administrativos en el territorio nacional, así como ante los órganos, organismos y organizaciones extranjeras o internacionales. Estos servicios están al alcance de todos los ciudadanos que los necesiten, pues el Estado se preocupa porque la asistencia legal sea accesible a los ciudadanos.

[9] Ley de Procedimiento Penal: Artículo 249.- (Modificado) Desde el momento en que se dicte la resolución decreta cualquiera de las medidas cautelares que autoriza esta Ley, el acusado será parte en el proceso y podrá proponer pruebas a su favor.

En el ejercicio de esta profesión es libre, los abogados están obligados a observar la mayor consideración y respeto en su trato con el cliente y se esfuerzan dentro de los límites de la Ley por defender, representar, dirigir o asesorar al interesado con la suficiente sensibilidad, sin supeditar su libertad y conciencia a caprichos y pasiones.

La ley obliga al abogado defensor a ser crítico, al reconocer su responsabilidad por la negligencia en que incurra o por el daño que produzca al cliente. El Código de Ética de la profesión establece el deber de guardar secreto de las cuestiones que conozca y puedan ser perjudiciales a su defendido.

Las fases del proceso penal en Cuba

De acuerdo con la ley procesal penal vigente, en las diligencias de la fase preparatoria -la práctica del instructor, asistido por el fiscal, al que informará tan pronto se inicie un expediente - se hace una calificación provisional de los hechos que puedan constituir un acto punible.

Las actuaciones de la policía o de los órganos de la seguridad del Estado, se inician a partir de una denuncia, de la confesión de alguno de los participantes, por alguna información obtenida de diversas fuentes o cuando la conducta presumiblemente delictiva ha sido detectada por el fiscal, los tribunales o la policía.

La Ley de procedimiento Penal establece claramente que es el Fiscal la máxima autoridad del proceso de instrucción penal, y no sólo por ser titular de la acción acusatoria pública, sino además, como guardián de la legalidad, que es otra de sus funciones constitucionales. A él corresponde velar por el estricto respeto a la dignidad del ciudadano sometido al proceso de investigación y evitar se comentan ilegales.

Una vez recibido el expediente del instructor, el fiscal, si considera que el mismo ha cumplido con todos los requisitos, puede dirigirse al tribunal y solicitar el inicio del juicio oral, o el sobreseimiento definitivo y cualquier otro artículo de previo y especial pronunciamiento que la ley establece. Si el fiscal considera, que no existen pruebas suficientes para procesar a determinada persona, o que los hechos imputados no se encuentran suficientemente tipificados como delito, puede disponer sobreseimiento provisional de las actuaciones.

Después que el tribunal decide abrir la causa a juicio oral, el o los acusados, son considerados como partes y notificados para que designen sus abogados, si durante el proceso el Fiscal no dispuso el aseguramiento del o de los acusados.

Según la Ley de Procedimiento Penal, la policía dispone de veinticuatro horas para mantener detenida a una persona. En ese término debe informar al instructor policial, poner a su disposición las actuaciones y el detenido.

El instructor tiene setenta y dos horas para mantener la detención al sospechoso, ponerlo en libertad o imponerle una medida cautelar no detentiva, en caso de estimar conveniente la prisión provisional lo propondrá a decisión del fiscal.

Si una persona fuera detenida sin observar lo que dispone la ley, puede presentar ante los tribunales competentes un recurso de *habeas corpus*, que se resuelve por un procedimiento sumarísimo. En cualquier momento puede solicitarse al fiscal la modificación de una medida cautelar impuesta, y si este deniega esa petición, el acusado puede recurrir al superior jerárquico.

El juicio oral es el escenario del debate penal, donde en igualdad de condiciones concurren las partes. Esa igualdad comienza cuando el acusado es asegurado y se le otorga el derecho a personarse en la causa y por tanto tener acceso a las actuaciones del instructor, que hasta entonces han sido para él secretas y puede proponer pruebas a la autoridad competente. En la relación jurídico-procesal que se establece corresponde al Tribunal la facultad de dirigir la contienda de manera se desarrolle dentro de las reglas, protegiendo el orden jurídico, el interés público o estatal, y todo ello con el propósito de llevar adelante el proceso conforme a lo establecido, esclarecer los hechos y averiguar la verdad material, para aplicar la Ley.

Como se ha afirmado por muchos tratadistas, la autonomía de la relación jurídico-procesal no está en contradicción con la relación jurídico-material de donde surge el proceso penal. El fiscal ejerce la acción penal como titular de las obligaciones que emanan de su función y que están fijadas por la ley, para promover la actividad jurisdiccional preservando así el orden jurídico establecido.

En resumen, es una acción obligatoria, correspondiente exclusivamente a la Fiscalía en los delitos públicos o perseguibles de oficio. Esta es la regla en el ordenamiento jurídico penal, aunque excepcionalmente, como antes he dicho, la acción penal pueden ejercerla personas particulares, en los casos de sobreseimiento injustificado y en los delitos perseguibles a instancia de parte.

Las resoluciones judiciales se dividen en providencias que resuelven asuntos de mero trámite, autos para decidir puntos clave que afecten el proceso, como la recusación, la competencia del tribunal, admisión o denegación de pruebas y otras que establecen las leyes y las sentencias que deciden la cuestión criminal.

La sentencia que dicte el tribunal deberá corresponderse con la acusación del fiscal, puede hacerlo de forma positiva o negativa, de forma general o parcial en congruencia con la pretensión punitiva expuesta en las conclusiones provisionales de la acusación y el alegato de la defensa. Así mismo, resolverá todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenar o absolver a los acusados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por todas las contravenciones incidentales conocidas en la causa, aunque no hayan sido objeto de calificación, así como las cuestiones referentes a la responsabilidad civil.

Las sentencias deben acordarse por mayoría de votos del tribunal, esta regla rigen para todas las instancias incluido el Tribunal Supremo Popular.

Cuando no se logra la mayoría, se repite la votación y en caso de no obtenerse, se convocará nuevamente, pero sólo considerando las opciones más favorables al acusado. Recuérdese, que el número de jueces en todos los tribunales cubanos es impar y por tanto, en última instancia han de prevalecer algunos de los criterios entre los dos más favorables al acusado. El juez que no esté de acuerdo con el veredicto acordado por la mayoría tiene el derecho de emitir su voto particular. La sentencia será firme cuando no quepa contra ella recurso alguno, salvo la revisión.

Todas las sentencias pueden ser impugnadas, los recursos que establece la Ley de Procedimiento Penal son: apelación y casación.

El recurso de apelación se presenta contra las sentencias de los tribunales municipales o provinciales populares, los autos dictados por los tribunales provinciales populares, y contra la sentencia de muerte dictada por los tribunales provinciales populares.

Pese a la permanente campaña de calumnias y desinformación que a lo largo de medio siglo se ha organizado contra la Revolución Cubana, no ha sido posible probar hechos violatorios de los derechos de los ciudadanos, tan frecuentes en América Latina como la ejecución extrajudicial, desapariciones y tortura. Cuba ratificó en el año 1995 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. ONU, de 1984.

El sistema penitenciario cubano

Los fundamentos del sistema penitenciario se encuentran consagrados en la Constitución, el Código Penal, la Ley de Procedimiento Penal y los reglamentos penitenciarios.

Las principales características son las siguientes:

- La legislación penitenciaria se actualiza constantemente y se tienen en cuenta las directrices de las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento a los Reclusos y demás instrumentos internacionales.
- Las normas penitenciarias cubanas en su aplicación no hacen distinción de raza, color, sexo, origen nacional, creencias religiosas y cualquier otra diferenciación lesiva a la dignidad humana.
- El régimen progresivo para el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad, estimula la conducta positiva de los reclusos que voluntariamente se someten al mismo, el resultado es la disminución gradual del rigor penitenciario y la posterior concesión de la libertad anticipada y asegurar su adecuado proceso de reinserción social. El 82 % de los reclusos que egresan, lo hacen sin cumplir totalmente su sanción.
- El régimen progresivo y la libertad condicional entre otras medidas, han evitado el hacinamiento en las prisiones cubanas. Del total de la población penal sólo el 8 % son detenidos pendientes de juicio o de sentencia de los tribunales

- La clasificación de la población penal asegura un mejor tratamiento colectivo e individualizado, toma en cuenta su juventud y otros aspectos.
- Las reclusas son ubicadas en centros penitenciarios exclusivos para mujeres, administrado por personal femenino altamente calificado.
- Los reclusos extranjeros se ubican en centros y áreas de reclusión independientes y se les garantiza la asistencia consular, el respeto a sus tradiciones culturales y facilidades para la adquisición de productos alimenticios, de aseo y uso personal.
- La atención médica y estomatológica, primaria y especializada está garantizada para todos los reclusos. Se dispone de un médico por cada 300 reclusos, un estomatólogo por cada 1000 y una enfermera por cada 120, que trabajan en una red que incluye hospitales, postas médicas y áreas reservadas en hospitales.
- Se garantiza la asistencia religiosa individual y colectiva a aquellos reclusos que la soliciten y puede ser impartida por representantes de las organizaciones religiosas registradas oficialmente en el país.
- En las prisiones están prohibidos castigos corporales, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni la reducción de la alimentación de los reclusos.
- Los reclusos tienen derecho a dirigir quejas y peticiones de forma verbal o escrita a las autoridades y a recibir la atención o respuesta pertinentes, y en un plazo adecuado conforme a la Ley.

El trabajo forzoso está prohibido y el Decreto Ley no. 43, establece que los sancionados a privación de libertad o sanciones subsidiarias, que trabajan fuera o dentro de los establecimientos penitenciarios perciben igual remuneración económica y tienen derecho a recibir las prestaciones monetarias del Régimen de Seguridad Social por enfermedad y accidente de origen común o de trabajo, maternidad, invalidez y vejez. En caso de muerte la recibirá su familia.

Existen doce programas entre los que se encuentran:

1. Programa Audiovisual. Se dotó a cada centro penitenciario de televisores y equipos de vídeos con fines educativos.
2. Proyecto de reincorporación San Francisco de Paula. Se creó un centro experimental para jóvenes de 16 a 21 años de edad sancionados por primera vez. En la instalación no hay rejas, cordón de seguridad o funcionarios armados.
3. Programa *Educa a tu Hijo*, generalizado en los centros de reclusión de mujeres. No sólo están incorporadas las madres y sus hijos, sino que se le han sumado los padres.
4. Tarea *Confianza:* Con la creación de campamentos de nuevo tipo para vincular laboral y voluntariamente a los reclusos en obras

constructivas priorizadas y a la producción de alimentos, con adecuada remuneración económica. Se han concluido trece, donde los internos permanecen en condiciones abiertas.

5. Existen treinta y una sedes universitarias en las prisiones, donde se imparten las carreras de licenciatura en cultura física y en estudios socioculturales.

Es destacable el esfuerzo que el Estado ha realizado con la inversión de importantes recursos materiales y humanos en el perfeccionamiento del sistema penal cubano pese a limitaciones económicas, resultado de un largo bloqueo impuesto por el gobierno de Estados Unidos.

Conclusiones

- El respeto a las normas internacionales por el Sistema Penal Cubano, tiene su origen en los valores éticos de justicia social, igualdad y solidaridad, consustanciales con el pensamiento martiano y marxista. Muchas de las normas vigentes hoy en Cuba, en materia penal, fueron adoptadas mucho antes de que entraran en vigencia instrumentos internacionales relativos a dicha materia.
- Los grandes medios de difusión del imperialismo y sus aliados no han podido en todos estos años de furiosas campañas de calumnias contra Cuba, presentar un solo caso de ejecución extrajudicial, desaparición forzosa de persona o de tortura.
- Los fundamentos del sistema penitenciario se encuentran consagrados en la Constitución, el Código Penal, la Ley de Procedimiento Penal y los reglamentos se corresponden con las directrices de las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento a los Reclusos y demás instrumentos internacionales.
- La actual Ley de Procedimiento Penal, sin ser perfecta ha reducido la posibilidad de que se cometan errores durante el proceso de la instrucción y el propio juicio oral, al establecer un marco de aceptable autonomía e independencia organizativa a las tres funciones procesales: acusación, defensa y solución del caso.
- Los objetivos de la política criminal adoptada por el gobierno revolucionario está dirigida a preservar los valores y principios de la sociedad socialista, enfrentar el delito, dar un tratamiento humano y digno a los delincuentes, y prevenir las conductas delictivas.

Bibliografía

ALBA PELLEGRIN, J.: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en Cuba*, Ed. Política, La Habana, 1990.

CASTRO RUZ, FIDEL: *La Historia me Absolverá*, Ed. Política, La Habana, 1964.

DE LA CRUZ OCHOA, RAMÓN: "Política Criminal", *Revista Cubana de Derecho,* La Habana, 1986.

Editorial My Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz: *Constitución de la República de Cuba*, La Habana, 2010.
Fernández Cañizares, Diego: *Teoría del Estado y el Derecho*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1979.
Ferrajoli Luigi: *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2006.
Longoría Grillo, A. José: *Los delitos en especie*, 2t., Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1982.
Martínez, J. Agustín: *El Código de Defensa Social*, Ed. Jesús Montero, La Habana, 1939.
Marx, Carlos: *La Guerra Civil en Francia*, Obras Escogidas 2t, t I, Moscú 1955.
Merino Brito, Eloy: "El proyecto de Ley de Procedimiento Penal", *Revista Cubana de Derecho*, año 2, no.4, La Habana, 1973.
Prieto-Castro, Leonardo: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
Prieto Morales, Aldo: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Orbe, La Habana, 1977.
Quiros Pires, R.: *Derecho Penal General*, Ed. Universitaria, La Habana, 1985.
Rodríguez Gavira, Antonio: "Los Principios del Derecho Procesal Penal", *Revista Jurídica*, no.12, La Habana, 1986.
Rodríguez, Carlos Rafael: *Letra con Filo*, t. I, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1983.
Viada López-P., Carlos: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, t. 2., Ed. MINJUS, La Habana, 1989.

Anexo

Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por la República de Cuba, hasta abril del 2010

15/02/72 - Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. ONU, 1965.

01/02/77 - Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid. ONU, 1973.

13/01/54 - Convenio de la OIT (no. 100) sobre la igualdad de remuneración para hombres y mujeres. OIT, 1951.

02/11/62 - Convención de la UNESCO contra la discriminación en la educación. 14/12/60.

26/08/65 - Convenio de la OIT (no. 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. OIT, 1958.

11/12/90 - Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes. ONU, 1985.

04/03/53 - Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. ONU, 1948.

13/09/72 - Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. ONU, 1968.

17/05/95 - Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. ONU, 1984.

21/08/63 - Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas. ONU, 1956.

21/08/63 - Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la prostitución ajena. ONU, 1949.

20/07/53 - Convenio de la OIT (no. 29) relativo al trabajo forzoso. OIT, 1930.

02/06/58 - Convenio de la OIT (no. 105) relativo a la abolición del trabajo forzoso. OIT, 1957.

17-11-54 - Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación. ONU, 1952.

22-8-35 - Convenio de la OIT (no. 11) sobre el derecho de asociación y de coalición de los trabajadores agrícolas.

25-6-52 - Convenio de la OIT (no. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.09/07/1948.

29/04/52 - Convenio de la OIT (no. 98) relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva.

05/02/71 - Convenio de la OIT (no. 122) relativo a la política de empleo. OIT, 1964.

17/11/72 - Convenio de la OIT (no. 135) relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores. OIT, 1971.

14/04/77 - Convenio de la OIT (no. 141) sobre las organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social. OIT, 1975.

29/12/80 - Convenio de la OIT (no. 151) relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en el Servicio Público. OIT, 1978.

08/04/54 - Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer. ONU, 1952.

05/12/57 - Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada. ONU, 1957.

20/8/65 - Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios. ONU, 1962.

17/7/80 - Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. ONU, 1979.

21/8/91 - Convención sobre los Derechos del Niño. ONU, 1989.

25/9/01 - Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la pornografía y la prostitución infantiles.

9/2/07 - Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados.

07/03/75 - Convenio de la OIT (No. 138) relativo a la edad mínima de admisión al empleo.

15/4/54 - Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. ONU 1949

5/4/54 - Convenio de Ginebra relativo a la protección debida de las personas civiles en tiempo de guerra. ONU, 12/08/1949.

25/11/82 - Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados internacionales. ONU, 1977.

02/02/09 - Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

3/5/08 - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

23/6/99 - Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados sin carácter internacional.

23/6/99 - Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas en conflictos armados sin carácter internacional.

13/9/07 - Protocolo de la UNESCO institución de una Comisión de buenos oficios y conciliación que será responsable de buscar el arreglo de cualquier disputa que puede aflorar entre los Estados Partes de la Convención contra la Discriminación en la Educación.

15/11/01 - Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

15/11/01 - Convención Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

28/6/54 - Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud. 07/12/1953.

59/5/07 - Convención para la protección de las expresiones de diversidad cultural

Nota: En todos los casos relacionados anteriormente Cuba es Estado parte.

Tratados internacionales ratificados por Cuba, que no aparecen en la relación del MINREX

Fecha de ratificación

04/05/1931 Convención de los Estados Americanos sobre asilo de 20/02/1928.

04/05/1931 Convención de los Estados Americanos sobre asilo político de 26/12/1933.

06/07/1931 Convención sobre esclavitud, de 25/09/1926.

29/04/1952 Convenio OIT No. 97 relativo a los trabajadores migrantes de 01/07/1949

06/02/1949 Convención Interamericana sobre el otorgamiento de los derechos políticos de la mujer de 02/05/1948.

04/03/1951 Convención Interamericana sobre el otorgamiento de los derechos civiles a las mujeres de 02/05/1948.

15/12/1943 Convención sobre la nacionalidad de la mujer de 26/12/1933.

23/06/1999 Protocolo Adicional sobre la protección de las victimas de conflictos armados no internacionales. (Protocolo II) de 08/06/1977.

Fuente: Elaborado por el autor

Derecho Penal, Criminología y Prevención social

ACIJ
2009-2010
No. 3

Actos discrecionales y justicia administrativa

Discretionary acts and administrative justice

Benjamín Marcheco Acuña

Resumen

La potestad discrecional de la Administración Pública y el control de su ejercicio por los órganos judiciales es uno de los temas clásicos del Derecho Administrativo. En el presente trabajo se analizan brevemente los aspectos teóricos relacionados con el uso por la Administración de sus potestades discrecionales y el control que de las mismas pueden hacer los tribunales, las técnicas puestas a su disposición y su manifestación en el ordenamiento jurídico cubano. Se busca, con este artículo, propiciar un replanteamiento en nuestra realidad jurídica de los criterios que todavía hoy conciben a la discrecionalidad como un poder absoluto, libre de cualquier posible fiscalización o corrección externa y exenta de justificación, los cuales contradicen la verdadera esencia de ese poder discrecional.

Palabras clave

Derecho administrativo, principios del derecho, la potestad discrecional, actos discrecionales, administración pública, potestad reglada.

Abstract

The discretionary legal authority of the Public Administration and control of its use by the courts is one of the classic issues of Administrative Law. This paper briefly discusses the theoretical aspects of the Administration's use of its discretionary authority and its control by the courts, the techniques available to them and their manifestation in the Cuban legal system. The aim, with this article, it is to encourage a rethink in our legal reality of the criteria that still conceive discretion as an absolute power, free from any possible control or external correction and justification free, which contradict the very essence of that discretionary power.

Keywords

Administrative law, principles of law, discretionary power, discretionary acts, public administration, mandatory duty.

A partir del surgimiento del Estado burgués, hacia finales del siglo XVIII, se introducen en el pensamiento político occidental dos principios fundamentales: el de sometimiento a la ley en la actuación de los poderes públicos y el de libertad individual.

La aplicación estricta del esquema de separación de poderes de Monetesquieu, sobre los que se erigieran las organizaciones estatales nacientes obligaba a sustraer del conocimiento de los jueces los asuntos administrativos. Pero, a medida que aumentaba la actividad del poder ejecutivo se sintió la necesidad de fiscalizarla y «exigirle cumplidamente justificaciones de su compromiso ante el Derecho»,[1] para así mantener y fortalecer la supremacía de la ley.

Con la Revolución francesa de 1789 se produjo una circunstancia histórica que se convirtió en el fundamento del surgimiento de lo contencioso-administrativo como mecanismo de control de la actividad de la Administración y fue la desconfianza de los hombres de la Revolución hacia los Parlamentos Judiciales, órganos encargados de la impartición de justicia, por cuanto en la etapa previa estos se habían convertido en un obstáculo en la aplicación de la política del Rey, pues idearon mecanismos para no aplicar sus decisiones cuando las consideraban improcedentes; por lo cual temían que los jueces de la época posrevolucionaria aplicaran la misma estrategia cuando estuvieran en desacuerdo con las decisiones de los gobernantes.

Para evitarlo, adoptaron, prohibir a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la Administración, (principio que fue llevado a la Constitución en 1791. título III. cap. V. artículo3). En la práctica, esta última quedaba sin control, situación que afectaba gravemente la concepción del Estado de Derecho en la medida de que el principio de sometimiento a la ley quedaba en realidad como un simple postulado teórico, sin significado práctico.

Para resolver esta contradicción y sin desligarse del rígido esquema de la separación de los poderes, idearon el mecanismo de *administración-juez,* que atribuía al poder administrador la función de decidir sobre la legalidad de sus propias decisiones y para ello utilizaron la tesis de que la Administración no era sólo activa, en cuanto realiza los servicios públicos, sino que también es pasiva o jurisdiccional.

Así, la justicia administrativa fue encomendada al ejecutivo, quien se valía para llevarla a cabo del Consejo de Estado, creado como órgano asesor en asuntos administrativos, que entre sus funciones tenía la de estudiar las reclamaciones presentadas por los ciudadanos y proponer su solución. Este órgano consolidó un prestigio en su labor de administrar justicia en materia administrativa, al punto de llegar a ser depositario de la confianza para decidir los asuntos puestos a su consideración. Luego, ley de 24 de mayo de 1872 le reconoció carácter jurisdiccional.

[1] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades del poder», *Revista de Administración Pública*, no. 38, 1962, p. 161.

Surgía así la jurisdicción contencioso-administrativa, concebida y creada por el derecho francés como mecanismo para hacer efectivo el principio de legalidad y, por ende, como instrumento eficaz para la protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados frente a la Administración Pública.

Esa misma época quedó marcada por uno de los hitos en la formación del Derecho Administrativo, con el famoso *fallo blanco* emitido por el Tribunal de Conflictos en 1873, en el que se consagró, si bien no por primera vez ni como principio general, pero sí de manera más clara y expresa, el fundamento por el cual la actividad de la Administración debe regirse por normas y principios especiales a los aplicables a las relaciones entre particulares, es decir, asentó el principio de la autonomía de esta rama e igualmente afirmó la autonomía del Consejo de Estado de Francia para administrar justicia en forma independiente, así como la autonomía de la jurisdicción contencioso-administrativa. Con esa misma filosofía se reconoce esa independencia en otros países del continente europeo, transmitido luego a sus colonias americanas, aunque es obvio con las particularidades propias impusieron las necesidades y conveniencias de cada uno.

El control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública ha experimentado un proceso evolutivo en todos estos años, se ha impuesto hoy como una exigencia esencial del Estado de Derecho y convertido en uno de los principios fundamentales en que se sustenta.

El esquema montesquiano sobre el que se erigen los estados democráticos modernos, reconoce una preeminencia del legislativo por encima del resto de los poderes del Estado, ya que es él quien crea el Derecho en su expresión superior después de la Constitución: la Ley, a la que se han de subordinar sus demás funciones.

Sin embargo, esta prerrogativa es más formal que práctica, pues resulta indiscutible al enorme poder de que goza la Administración Publica. Ella monopoliza el privilegio de hacer ejecutorias las decisiones de todos los órganos del Estado e interviene en el cumplimiento de todas las funciones públicas. Primeramente, en la propia ocupación administrativa que constituye el ámbito principal de su dominio. En este sentido y gracias a la llamada autotutela, tiene el privilegio de la acción y la ejecutividad inmediata de sus decisiones, al propio tiempo que impone a los particulares el deber de acudir ante sus propios órganos para hacer valer sus derechos.

Interviene también, en las funciones legislativa y judicial. En la primera, a través de la facultad que le otorgan algunos ordenamientos constitucionales al Gobierno de sancionar las leyes, pero sobre todo en la ejecución de éstas mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria. En la segunda, el momento quizás más importante de la misma, o sea, la ejecución de la sentencia, ya que tiene a su cargo los medios necesarios para la actuación material de la decisión judicial.

En suma- como dice HAURIOU- el poder de la Administración "ha logrado introducir una cuña entre la ley y los administrados, imponiéndoles sus favores o rigores a través de reglamentos, circulares y demás disposiciones y actos de administración".[2]

Estos poderes y prerrogativas exorbitantes que como poder público le corresponden a la Administración, necesitan indudablemente de la existencia de mecanismos de limitación, que encuentran su mejor expresión en la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya existencia posibilita además la vigencia pragmática de otros caracteres inherentes al estado de Derecho, pues en la medida que exista un efectivo control, regirán plenamente los principios de legalidad, de separación de funciones, etc., y desde luego, habrá mayor respeto de las libertades, derechos de los administrados y grado de protección del interés general.

Las formas de atribución de potestades a la Administración. Potestad reglada y potestad discrecional

La atribución de potestades a la Administración por el ordenamiento jurídico puede hacerse de dos maneras. Por una parte mediante la determinación por la ley en forma precisa y completa de todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la autoridad, de forma que cree un supuesto legal concreto y una aplicable al mismo, también definida en todos sus términos y consecuencias. En este caso se está ante el ejercicio de una *potestad reglada.*

Y por otra parte, al definir la Ley algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad y remitir a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, ya sea en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, o en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien de ambos elementos. Estos supuestos se refieren a la *potestad discrecional.*

En el primer caso, la ley preestablece qué es lo conveniente al interés público. En tal caso la autoridad administrativa no tiene otra opción que cumplir con lo prescrito y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene ella libertad de elegir entre más de una decisión. En el segundo, la ley difiere en el órgano administrativo la apreciación subjetiva de la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos. Ella no predetermina totalmente cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, "sea de las circunstancias

[2] Citado por FERNANDO ÁLVAREZ TABÍO: *Función Política de lo Contencioso Administrativo*, p. 13.

ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia».[3]

Esta estimación subjetiva de la Administración que comporta la discrecionalidad, como bien señalan EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: «...no es una facultad extralegal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter».[4]

No existe un ordenamiento jurídico que autorice a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna; siempre existirá una norma o principio que le fije de antemano ciertos límites a los que tendrá que ajustar su actuación.

Por tales razones y contrario a lo que opina el Tribunal Supremo cubano, el que a través de su Consejo de Gobierno, en el Dictamen no. 284 de 9 de febrero de 1988 declara que la potestad discrecional «consiste en la libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta»;[5] la discrecionalidad no es un supuesto de libertad absoluta de la Administración frente a la norma, sino que en ella se fija «un ámbito de acción y la facultad de elegir entre varias formas posibles de comportamiento, dentro de los límites jurídicos enmarcados en la norma».[6]

La discrecionalidad constituye, al decir de GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, un caso típico de remisión legal:

> ...la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. (...) No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto.[7]

El control judicial de la potestad discrecional

La doctrina más tradicional ha coincidido en afirmar que, al ser el contencioso-administrativo un procedimiento de control de la legalidad de los actos de estos órganos, no es acertado someter a esta vigilancia las

[3] AGUSTÍN GORDILLO: *Tratado de Derecho Administrativo,* t. I, Parte General, p.X-11.

[4] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 13ra ed., t. I., p. 459.

[5] CONSEJO DE GOBIERNO: *Dictamen no. 284 de 29 de febrero de 1988*, Base de datos del Tribunal Supremo.

[6] HECTOR GARCINI GUERRA: *Derecho Administrativo*, p. 115.

[7] EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Ob.cit.*, p. 460.

decisiones que tomen los funcionarios públicos en el ejercicio de la potestad discrecional, es decir, aquellas determinaciones que, enmarcadas en la ley, tengan un margen de discrecionalidad que permita a la autoridad resolver entre dos o más alternativas igualmente justas, en miras del interés público, cuando la ley le otorga esta libertad parcial.

Esta posición se fundamenta ciertamente en que, en la actuación discrecional *estrictamente considerada,* el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración un poder de decisión propio y exclusivo que responde a criterios extrajurídicos: esta puede actuar o no y, si decide hacerlo, elegir cualquiera de las opciones posibles, pues todas ellas son igualmente legítimas.

En las actuaciones discrecionales, por definición, la ley no regula completamente las condiciones de ejercicio de la potestad, remite las mismas a la apreciación de la propia Administración conforme a criterios de oportunidad y, por tanto, se distinguen de los actos reglados en que implican una facultad de opción entre dos o más soluciones igualmente válidas, según la ley. Existen situaciones en que son posibles varias soluciones de índole sustancialmente igual en cuanto a la justicia y procedencia de las mismas y claro es, que en uno de estos supuestos la decisión administrativa no puede ser sustituida por la judicial.

El control que realizan los tribunales es de legalidad, no de oportunidad, porque la función de juzgar que constitucionalmente tienen asignada consiste única y exclusivamente en la aplicación (previa la interpretación en su caso) del Derecho al caso concreto. Los jueces no resuelven los conflictos con otro tipo de criterios (de oportunidad) y, por eso, permitir su control supondría sustituir la discrecionalidad administrativa por la judicial.[8] Ello conllevaría, en definitiva, a convertir al órgano judicial en un ente administrativo que sustituiría a la Administración en la solución de los problemas propios de ésta, lo cual sería contradictorio con el principio de separación de funciones sobre el que erige el Estado moderno.

Ahora bien, una adecuada tarea de control o fiscalización de la actividad de la Administración Pública por parte del juez implica que éste analice cada caso concreto, para determinar si efectivamente se encuentra frente a un acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional típica y, por tanto, excluida de revisión judicial o si, por el contrario, existen otros elementos en la actuación administrativa que puedan ser justiciables, puesto que la existencia de una facultad discrecional no debe coartar en absoluto la facultad

[8] Nótese bien que aquí se habla de la inconsistencia de la sustitución de la *discrecionalidad* administrativa por la judicial, y no de la sustitución de la *decisión* administrativa (inicialmente discrecional) por la del juez, lo cual sí se admite como válido si, como resultado del proceso de control en el que se constatase la infracción de alguno de los límites jurídicos de la discrecionalidad, se llega a la conclusión de que sólo es posible una única solución, supuesto en el que el margen de discrecionalidad habría quedado reducido a cero, es decir, que resultaría inexistente.

de los órganos judiciales para extender su control sobre los actos en los que se ejercita, hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración a la legalidad, mediante el enjuiciamiento de los elementos reglados de dichos actos y la garantía de los límites jurídicos de la discrecionalidad.

Ahora, contrario a este planteamiento, nuestro ordenamiento jurídico limita esta posibilidad. La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (no. 7 de 1977) excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración. Dispone expresamente, que la acción que se dirija contra el acto administrativo que contenga el ejercicio una facultad de esta naturaleza, es presupuesto de inadmisidilidad de la demanda.[9]

Esta lamentable previsión, es consecuencia de la reproducción de las regulaciones de la legislación de la metrópoli española, especialmente de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888-conocida como Ley de Santamaría de Paredes-hecha extensiva a Ultramar por Real Decreto de 23 de noviembre de 1888, y que se hereda sin ninguna alteración por las sucesivas leyes procesales nacionales hasta llegar a la actual; a pesar de que esas concepciones y principios del derecho francés en los que se inspiró desaparecieron, por obra de sus propios creadores, hace ya más de cien años.

Pero, si desafortunada ha sido la previsión del legislador, más lo es la posición adoptada por el Tribunal Supremo cubano, cuando en el ya referido *Dictamen 284 de 1988* que emitiera el Consejo de Gobierno en ejercicio de la potestad normativa que le reconoce la Constitución,[10] ratifica el carácter inimpugnable de los actos discrecionales al declarar que: …"las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son interpelables en la vía jurisdiccional, así que a quien el órgano administrativo le otorgue menos de lo que de él interesó o se le rechace íntegramente, no puede interponer demanda contra la misma, y de hacerlo, debe ser de plano rechazada…"

[9] Artículo 657:No corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad concerniente a: (..) 6) el ejercicio de la potestad discrecional.
Artículo 680: Presentada la demanda en forma legal, el tribunal declarará no haber lugar a su admisión si constare de manera expresa: 1) la falta de jurisdicción o competencia; 2) que la disposición o resolución objeto del proceso no es susceptible de impugnación conforme a las reglas de los Capítulos que anteceden.

[10] El hoy artículo 121, párrafos segundo y tercero de la Constitución de la República de Cuba, que reproduce el artículo 124 del texto constitucional original de 1976 establece que: El Tribunal SupremoPopularejercelamáximaautoridadjudicialysusdecisiones,enesteorden,sondefinitivas.
A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria; toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley; lo cual se hace efectivo a través de la emisión de Acuerdos, Dictámenes e Instrucciones.

Con esta posición el máximo órgano judicial, sin tener en cuenta los amplios argumentos en contrario esgrimidos por la doctrina administrativista moderna, incluido la cubana,[11] termina por lapidar las posibilidades a los administrados para recabar la intervención judicial en la defensa de sus derechos o intereses legítimos contra los posibles excesos o injusticias en que incurra la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades discrecionales (aunque el propio Dictamen prevé la posibilidad de impugnación del acto administrativo cuando lesione derechos subjetivos de terceros lo que, si bien es favorable al control del acto discrecional, resulta muy limitado e insuficiente).

El criterio de considerar a la potestad discrecional como un poder jurídico y no como una facultad marginal al ordenamiento que habilita a la Administración para decidir lo que libremente consideren sus agentes en su actuación, es una criterio aceptado hoy por la generalidad de la comunidad jurídica, segundo, porque aun cuando se reconoce que la Administración Pública cubana goza de una legitimidad indiscutible, respaldada por la voluntad de la mayoría y comprometida con la consecución del disfrute de la justicia social y el bienestar individual y colectivo, esas buenas intenciones no logran eliminar los vicios que afectan la actuación de las autoridades administrativas y que laceran el interés público o los legítimos derechos individuales y hoy quedan sin la corrección que los tribunales tienen el deber de realizar, en función de la protección jurídica que, por su naturaleza, están llamados a brindar y del cabal cumplimiento

[11] GARCINI, en su obra ya citada, refiere: "Si el acto que dicta la discrecionalidad -dice FIORINI-, es un acto administrativo con todos los significados de esa figura jurídica, no hay razón para que todos sus elementos no sean tratados en la misma forma que los dictados por actividades vinculadas (regladas). Esa concepción nos lleva a admitir, como es ya corriente en la doctrina y en la legislación de muchos países, la posibilidad de que un acto discrecional pueda ser objeto de control, esto es, que pueda ser revisado una vez que se produzca, si su destinatario o una autoridad competente estiman que se aparta de los límites que enmarcan la discrecionalidad administrativa. (...) Con respecto al control jurisdiccional ya hemos visto que es una consecuencia, como también lo es el control administrativo o interno, de los límites que enmarcan dentro de la legalidad la facultad discrecional..." p. 89. Por su parte, el distinguido jurista FERNANDO ÁLVAREZ TABÍO manifiesta que: "Llegada a su madurez, la organización política y administrativa, debe someter a un control jurisdiccional todas las manifestaciones de voluntad de sus agentes. Los administrados deben tener siempre a su alcance el recurso que les permita el control de la legalidad de los actos administrativos, ejercitado ante autoridades organizadas jurisdiccionalmente y con facultades para decidir en forma jurisdiccional, porque el control de esta clase es el único que ofrece este tipo de garantías" y más adelante señala "Es indudable que para la existencia de una administración eficaz resulta indispensable que subsista un poder activo libre de trabas jurisdiccionales, siempre que se desenvuelvan dentro del círculo de la Constitución y la Ley, pues una supervisión constante de órganos extraños puede ser funesta para una actuación eficiente. Pero esa actividad fuera de todo control debe reducirse al mínimo indispensable a fin de no ofender las garantías individuales" *El proceso contencioso-administrativo*, pp. 382- 383.

de la obligación de impartir justicia a que los compele el texto constitucional.[12]

Y es lo cierto, que no responde a un verdadero sentido de justicia que los jueces, con la sola verificación de la naturaleza reglada o discrecional de un acto, descarten la posibilidad de la revisión y anulación de aquellos que, siendo discrecionales en apariencia, no cumplan con los requisitos que todo acto, de la naturaleza que fuere, debe cumplir. La discrecionalidad administrativa no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto; no existen actos discrecionales puros de los que se pueda hacer una enumeración taxativa que pueda sustraerlos del control judicial. Es más, en rigor, no existen los *actos discrecionales*, sino actos que contienen decisiones discrecionales.

> Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisable ni que sea totalmente discrecional: sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común; (...) ningún acto es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional: sólo en esa parte discrecional puede serlo.[13]

Por tanto, el control de la discrecionalidad es sobre el acto administrativo. Se controla "lo pensado y expresado, no el acto de pensar",[14] por lo que resulta evidente la admisibilidad de la impugnación judicial con respecto al acto mismo pues, en cualquier caso, el juez deberá verificar si éste se encuentra enmarcado dentro de los límites de la legalidad y si se ha producido con arreglo a los fines para los que la ley le concedió ese margen de libertad de elegir o si se corresponde, igualmente, con los principios generales del Derecho.

Ese cierto margen de libertad que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración para apreciar en determinados supuestos lo que sea más conveniente al interés público, que comporta la actuación discrecional, cuya existencia y legitimidad no se discute por considerarse necesario para que aquélla pueda cumplir los fines que tiene asignados, se encuentra indisolublemente ligado a su actuación reglada, en un marco más amplio sometido a la Ley y al Derecho.

El principio de legalidad, que vincula a la Administración a actuar de conformidad con la Ley y al Derecho, no distingue dentro de él dos

[12] El artículo 120 de la Constitución de la República dispone: "La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la ley instituye...."

[13] AGUSTÍN GORDILLO: *Ob. cit.*, p. X-20.

[14] F. CAÑIZARES: "Lo reglado y lo discrecional en lo Administrativo". *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, p. 244.

tipos de actuaciones, según ejerza potestades regladas o discrecionales. La actuación de la Administración debe realizarse siempre dentro del marco fijado por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, por lo que debe imperar el criterio de que la actuación administrativa ha de ser siempre, a priori, justiciable. En consecuencia, el pretendido carácter discrecional de un acto de la Administración no debe considerarse un supuesto de inadmisibilidad de la pretensión de anulación en el proceso administrativo, sino que ha de formar parte de la cuestión de fondo a decidir en la sentencia definitiva; de tal modo que al juzgar únicamente sobre la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad y por tanto se justificaría la improcedencia de la pretensión, en tanto que no cabría controlar los elementos en los que el ordenamiento ha delegado en la Administración y no en el juez, su configuración.

En suma, al ser los actos discrecionales no susceptibles de control jurisdiccional respecto a su núcleo de decisión extrajurídica, pero sí con respecto a los elementos de reglados que contienen, deberá el juzgador comprobar la estricta legalidad – o mejor, la *juridicidad,* si tenemos en cuenta que la vinculación de la Administración no es sólo a la ley, sino a todo el Derecho, como recuerda FERNÁNDEZ,[15] de esos elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido discrecional no controlable, por existir la potestad que le sirve de cobertura.

Las técnicas de control de la discrecionalidad

De lo antes dicho, queda claro que más que de control judicial de la discrecionalidad hay que hablar de control de los elementos reglados de la actuación discrecional de la Administración que se realiza al enjuiciar la cuestión de fondo planteada con el contencioso-administrativo.

Las denominadas técnicas de control de la discrecionalidad, alumbradas en el primer tercio del siglo XIX por el Consejo de Estado Francés con el recurso denominado de *excès de puvoir*, como una excepción a la inmunidad judicial que suponía la discrecionalidad, y luego desarrolladas por la doctrina y la abundante jurisprudencia en el Derecho Administrativo, a partir del principio de sometimiento de la actividad administrativa a la legalidad y del control judicial pleno de dicha actividad, persiguen delimitar estrictamente el contenido puramente discrecional de la actuación administrativa el que, por definición, quedaría exento de control jurisdiccional, determinando la apreciación de su existencia la desestimación de la pretensión en cuanto al fondo por ser la actuación de la Administración conforme a Derecho. Dichos mecanismos o técnicas han devenido límites a la discrecionalidad, amplia, por consiguiente, el aspecto reglado de los actos administrativos para garantizar un adecuado control de la Administración en sus actuaciones.

[15] TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 80, 1993, p. 577.

Como acertadamente expresa una Sentencia del Tribunal Supremo español, de 28 de febrero de 1989:

> ...la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino justamente en virtud de la ley (que le proporciona cobertura) y en la medida en que la ley lo haya dispuesto y la revisión jurisdiccional de los actos discrecionales está impuesta por el principio según el cual la potestad de la Administración no es omnímoda, sino que está condicionada en todo caso por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines, al servicio del bien común y del respeto al Ordenamiento Jurídico, ya que nunca es permitido, y menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario, y para ello, esta jurisdicción, al enjuiciar actos dictados en el ejercicio de la facultad administrativa calificada por la discrecionalidad, no cabe detenerse en la periferia de dichos actos, entendiendo por tal las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento, sino que hay que atenerse en la entraña de los expresados actos, penetrando en la forma de ejercitarse la discrecionalidad, a través del control de los hechos sobre los que se mueve así como también sobre su uso proporcional y racional.[16]

La asunción de estas técnicas y mecanismos por nuestra jurisprudencia constituirían, sin dudas, un gran paso de avance en la protección del interés público y los intereses de los administrados, ofreciéndoles mayores garantías para reclamar y obtener respuesta frente a cualquier posible comportamiento ilícito de los funcionarios administrativos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste. Y es que, si bien nuestra Ley procesal requiere de reformas que le den una nueva ordenación al proceso administrativo, de manera que resulte congruente con las ampliaciones que del mismo se han realizado en los últimos años y que se han consolidado en varios ordenamientos positivos,[17] ante las limitaciones actuales

[16] Citada por F. Cordón Moreno:"El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionale", *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 1, 2003, p. 149.

[17] La Constitución española de 1978 consagra el principio de sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho y el control de su actividad por los tribunales (arts. 103 y 106). La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa –no. 29/1998, de 13 de julio que sustituyera a la anterior de 1956 y que tuviera como objetivo, entre otros –según expresa su Exposición de Motivos- el de "completar la adecuación del régimen jurídico del recurso contencioso-administrativo a los valores y principios constitucionales", somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración Pública de cualquier clase, que esté sujeta al Derecho Administrativo. De igual forma, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999 reconoce el derecho de toda persona a la tutela judicial de sus derechos (art.26), establece como principio el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 141) y deposita en la jurisdicción administrativa la faculta de anular los actos de La Administración contrarios a derecho (art.259). Por su parte el Código Contencioso- Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, Argentina (Ley 12008 de 1997) extiende la jurisdicción administrativa al control de la casi totalidad de la actividad de la Administración (arts. 1 y 2), excluyendo de ella las controversias relacionadas con la competencia entre administraciones; o aquellas que se ventilan en otra jurisdicciones, como las regidas por el derecho privado o por convenios laborales, o las tramitadas en juicio de desalojo o pretensiones posesorias (art. 4).

que presenta, corresponde a la jurisprudencia, con su función interpretativa, complementadora e integradora del ordenamiento jurídico, avanzar hacia la plena realización del derecho y su adecuación al principio de justicia social que se consagra como valor superior en el primer artículo de la Constitución y para ello, resulta indispensable que le dé cabida a las más modernas corrientes doctrinarias sobre la discrecionalidad y no quedarse estancada en nociones o criterios que respondieron a un momento histórico de la evolución del Derecho Administrativo, que hoy se encuentran superados.

Estos mecanismos se basan en conceptos y principios del Derecho Administrativo que se han consolidado para devenir en formas de control de la discrecionalidad y sirven al juez contencioso administrativo para conocer y juzgar la legitimidad de los actos administrativos.

La delimitación de la discrecionalidad. El problema de los conceptos jurídicos indeterminados

Esta técnica consiste en delimitar el ámbito mismo de la discrecionalidad, excluye de él todos aquellos supuestos que, por suponer la aplicación por parte de la Administración de *conceptos jurídicos indeterminados*, no forman parte de ella, sino de su actuación reglada.

Los conceptos jurídicos indeterminados son aquellas expresiones en que la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud el límite de estos consideraciones porque éstos no admiten una cuantificación rigurosa, sino que se refieren a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación de la noción, admite ser precisado a la hora de su aplicación y por tanto para realizarse requieren de una análisis concreto en el caso examinado.

Sin embargo, la calificación de la realidad puesta a examen al órgano no permite más que una solución conforme a la ley. En otras palabras, el margen de libertad de que goza la administración ante la indeterminación, está referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender el interés público y que sólo genéricamente ha sido definida.

La distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, la señalan García de Enterría y Fernández de esta manera:

> La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites con la intención

de agotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.[18]

La desviación de poder

Delimitado el carácter discrecional de la actuación administrativa, han de ser objeto de control, en primer lugar, los propios elementos reglados. García de Enterría y Fernández[19] exponen que son al menos cuatro los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste- a un órgano determinado y no a cualquiera y, por último el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que, en cualquier caso, tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Este último elemento reviste de especial naturaleza y por ello tanto la doctrina como una abundante jurisprudencia ha contemplado, como motivo de nulidad del acto la *desviación de poder.*

Como se decía, las potestades administrativas están dirigidas siempre a la consecución de un fin de interés público, que constituye así una importante limitación de la libertad de elección entre las diversas alternativas y de la forma en que ha de operar la Administración en el ejercicio de su actividad. Cuando en su actuación la autoridad administrativa se aparta del fin específico, bien porque persiga un interés privado, ajeno por completo a los intereses generales, bien un interés público, pero diferente del concretado en la norma, incurre en un vicio de desviación de poder, vicio de estricta legalidad que determinará la nulidad de la decisión, por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público, significando una desviación finalista del propósito inspirador de la norma.

La cuestión, obviamente, radicará en determinar cuándo el interés perseguido por el órgano administrativo supone una desviación o menoscabo del interés público concreto previsto en la norma habilitante. Pero este es un problema a dilucidar por los tribunales en cada caso concreto en función de la prueba practicada*:* todas las potestades administrativas se otorgan para alcanzar un interés público, concepto indeterminado cuya aplicación puede ser revisada en vía jurisdiccional, si bien el problema mayor que comporta es la prueba de la divergencia de los fines, que nunca

[18]Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Ob.cit.*, p.p. 464-465.

[19]Ibídem, p. 460.

podrá ser plena, habiéndose admitido suficiente para llegar a declararla la convicción que se forma el Tribunal, y todo ello a la vista de los hechos que en cada caso concreto resulten probados, ya que lógicamente el acto viciado no expresará nunca que el fin que le anima es distinto al legítimo.

Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son aquellas reglas, escritas o no, sobre las cuales se construye y funciona un ordenamiento jurídico determinado y expresan los valores básicos de esa estructura, "aquéllos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético- jurídicas fundamentales de una comunidad".[20]

Esta enorme importancia de los principios generales del derecho, los ubica al mismo nivel que la ley escrita dentro del esquema del ordenamiento jurídico y en consecuencia determinan, al igual que aquella, el marco reglado al que debe ajustarse la Administración en el ejercicio de la potestad discrecional. De manera que, a falta de norma específica -o existiendo ésta- y por muy amplia que haya sido la esfera dejada a la discrecionalidad, la Administración deberá siempre atenerse a los límites sustanciales fijados por la vigencia de estos principios, que se les impone con la misma fuerza reguladora que la ley y cuya inobservancia debe conducir a la invalidez del acto que los infringe.

Así se resume en estas consideraciones del fallo del Consejo de Estado francés, Sociedad de Conciertos y Conservatorios, 1951: "Al lado de las leyes escritas, existen grandes principios cuyo reconocimiento como reglas de derecho es indispensable para completar el cuadro jurídico en el cual debe desenvolverse la nación, y cuya violación acarrea las mismas consecuencias que la violación de la ley escrita, es decir, la anulación del acto que los haya desconocido...".[21]

La lista de los principios generales del derecho administrativo es amplia, pero existen algunos que tienen una mayor incidencia en el ejercicio de las potestades discrecionales, como son los principios *de razonabilidad y de buena fe*, invocados como límite de la discrecionalidad y que, entre otras cosas, aspiran a que la actuación de la Administración sirva con racionalidad los intereses generales.

El principio de razonabilidad

Un aspecto crucial, cuando se habla de facultad discrecional y su control, es la cuestión de la *razonabilidad* de la decisión administrativa, lo que se traduce en que todo acto emitido por la Administración Pública debe ser motivado, tener sustento fáctico y además coherente y racional. Y es así, porque sólo fundada en la *razón,* es que podrá legitimarse el ejercicio de los poderes que compete a la

[20]Ibidem, p. 85.

[21]M. Long, P. Well y G. Braibant: *Les grands arrets de la Jurisprudence Administrative.*

Administración –y cualquier poder en general, sea de la naturaleza que fuere.[22] En consecuencia la decisión "discrecional" de un funcionario será ilegítima si, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, es "irrazonable", lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando:

a) No exponga los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o
b) No tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios, o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o
c) No exista coherencia entre los fundamentos expuestos y la decisión o
d) No exista una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.

La motivación implica que la autoridad administrativa ha de hacer expresa alusión del fin que se persigue con su emanación y las razones que justifican la decisión tomada. Tal exigencia aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Es una exigencia que permitirá distinguir la decisión discrecional de la arbitraria, toda vez que lo que *justifica* verdaderamente la actuación discrecional son precisamente las razones (de fondo, no cualquier tipo de razones) que se dan en favor de una u otra opción, pero, obviamente, cuando éstas no existen o no se ofrecen, la decisión en cuestión no tendría entonces otro soporte que la mera voluntad o capricho de quien la adopta y eso es, precisamente, la esencia misma de la arbitrariedad. Como bien argumenta esta sentencia del Tribunal Supremo de España:

> …lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la

[22] Al respecto MANUEL ATIENZA opina: "Tal y como yo veo las cosas, el Estado democrático de Derecho, en cuanto idea regulativa, significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. El Derecho es precisamente el instrumento -o uno de los instrumentos- de racionalización del poder. Esa idea tiene como necesaria *consecuencia* que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; además se precisa que el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico" en "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 85, enero-marzo de 1995, p.13.

> discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita.[23]

Por tanto, la Administración no puede limitarse a invocar genéricamente una potestad discrecional, sino que debe exponer, en cada caso, cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de Derecho que, a su juicio, justifican la elección realizada. Es decir que será necesario, por un lado una expresión clara, concreta y relacionada del derecho aplicado (no bastando, pues, la simple mención de los preceptos jurídicos que supuestamente fundamenten la decisión, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan) y, por otro lado la necesidad tanto de que el acto exponga los fundamentos de hecho que llevan a su dictado, como de que exista verdaderamente una situación de hecho externa al acto que realmente lo justifique o fundamente; en otras palabras, el acto deberá estar objetivamente sustentado, o sea, basado, en los hechos y antecedentes que le sirven de causa.

Debe tenerse en cuenta que la potestad de la Administración parte de unos hechos, cuya determinación no entra dentro de la discrecionalidad que se le reconoce y, por lo tanto, son controlables por los tribunales. Estos hechos, que conforman los presupuestos objetivos legalmente exigibles para que pueda realizarse por la Administración la consecuencia jurídica contemplada en la norma son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración prescindir de ellos, inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

En suma, el acto estaría viciado tanto si los hechos invocados son inexistentes o falsos o si aunque no se falsee la realidad, de todos modos el acto carece de hechos justificativos, de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base al acto que se dicta.

La "falsa causa" o "falta de causa" puede probarse por todos los medios admitidos en derecho, mientras que la falta de motivación o motivación insuficiente (no explicación o insuficiente de la causa) es un vicio que resulta de la mera lectura del acto.

De la misma forma, los tribunales pueden controlar la coherencia lógica interna de la disposición administrativa verificando que la decisión adoptada es congruente con los datos en que se basa, es decir, que de los hechos determinantes puede derivarse la conclusión a la que ha llegado la Administración. Verificada la realidad de los hechos, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá a valorar si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto, tal decisión resultará viciada. Ello incluso en los supuestos

[23]Citada por F. Cordón Moreno: *Ob. cit.*, p. 152.

calificados como de discrecionalidad técnica que no pueden entenderse inmunes al control jurisdiccional. Los modernos criterios doctrinales y jurisprudenciales que profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa enseñan que la solución técnica en que se concrete la discrecionalidad debe venir respaldada y justificada con los datos objetivos sobre los cuales se opera, de tal manera que cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, la jurisdicción contenciosa debe sustituir esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad o hechos determinantes, con el fin de evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica.

Por último dentro de este principio de razonabilidad, deberá verificarse la racionalidad del acto, es decir que la decisión tomada por la autoridad administrativa, deberá ser proporcionalmente adecuada a la finalidad que resulte de la norma que otorga la potestad, o sea deberá existir proporcionalidad entre:

a) el fin de la ley y el fin del *acto;*

b) el fin de la ley y los *medios* que el acto elige para cumplirla;

c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las *medidas o el fin* que el acto persigue

La buena fe

La conceptualización de la buena fe como categoría jurídica parte de la importancia que le concede el Derecho a valores sociales como la lealtad, fidelidad, seguridad y confianza imprescindibles para el normal desarrollo de las relaciones sociales, que los incorpora como una exigencia para el normal desenvolvimiento del tráfico jurídico.

SAINZ MORENO, reproduce la noción de *buena fe* brindada por LUIS DIEZ PICAZO, quien la refiere en estos términos:

> ...es aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica. Es un arquetipo de conducta social, la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente, esto es, guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de los otros, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico. [24]

Consagrada como un principio general del derecho, se traduce en una exigencia de que las relaciones jurídicas: "deben discurrir sobre la confianza y la seguridad

[24] F. SAINZ MORENO: "La Buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", *Revista de Administración Pública*, no. 79, 1989, pp. 296-297.

en el normas en el normal y adecuado comportamiento de los sujetos, según los criterios jurídicos que regulan y determinan ese proceder, y que es necesario proveer a la realización y protección de dicho proceder como vía para garantizar (…) la adecuada y normal realización de las relaciones jurídicas…[25]

La *buena fe* es una categoría de uso muy extendido dentro del ámbito del derecho privado, no así en el campo del derecho público, donde todavía es una noción que permanece desconocida en las disposiciones normativas de esta esfera del derecho. Sin embargo, por el alto componente ético de que está impregnada, tiene indudablemente, una significación válida para todo el Derecho.

En este sentido se introduce su utilización también en el ámbito del derecho público -aunque con no poca dificultad -por la doctrina y la jurisprudencia *iuspublicista*. De manera que la conducta conforme a la *buena fe*, constituye hoy una exigencia de todo el universo de las relaciones jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público incluyendo, por supuesto, las jurídico-administrativas.

La posición institucional que ocupa la Administración Pública, determinada por su función al servicio de los intereses generales y en la cual los ciudadanos depositan su confianza precisamente para la satisfacción de esos intereses, exige en su actuación de la máxima vigencia del principio de la *buena fe*, más allá del mero apego a la ley que le brinda cobertura pues como ya se ha apuntado, su actuación esta constreñida además, a la observancia de los principios y valores que informan al ordenamiento –justicia, equidad, seguridad, confianza- que es más que estricta legalidad.

En ese sentido, constituye también un vicio en el ejercicio de una potestad pública, el usar ésta de mala fe, es decir, utilizar artilugios o artimañas -por acción u omisión, incluso el silencio- para engañar a un particular e inducirlo a error. Tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional.

También al principio de la *buena fe* se le vincula con la doctrina de los actos propios y la prohibición de autocontradicción, con las dilaciones indebidas, el abuso de las prerrogativas o el oportunismo en su ejercicio.

Conclusiones

- La potestad discrecional que se le reconoce a la Administración Pública, no es un poder de libre decisión, sin sujeción a norma alguna, del órgano que la disfruta, sino que es una facultad sometida a la norma que la confiere, en la medida en que ella lo establece, y en un marco más amplio, sometida a la Ley y al Derecho.

[25] M. Prieto Valdés, A. Matilla Correa, L. Pérez Gallardo y C. Valdés Díaz: "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y su reconocimiento legal y jurisprudencial", *Revista Jurídica*, no. 13, 2006, pp. 72-73.

- La potestad discrecional de la Administración, estrictamente considerada, no es susceptible de control jurisdiccional, pero el acto que la contiene sí es revisable por esa vía con respecto los a elementos reglados que todo acto administrativo debe observar, en consecuencia la procedencia o no de la pretensión que contra él se dirija ha de ser una cuestión de fondo a examinar en la sentencia y no previo al proceso como condición de admisibilidad de la demanda.
- La legislación y -sobre todo- la jurisprudencia cubanas, requieren de un replanteamiento de los criterios que hoy limitan la revisión judicial de los actos administrativos donde se ejercitan potestades discrecionales, al propósito de adecuar nuestra realidad a las concepciones actuales del Derecho Administrativo y avanzar hacia la plena realización del Derecho y la justicia social.

Bibliografía

ÁLVAREZ TABÍO, F.: *El proceso contencioso-administrativo*, Ed. Librería Martí, La Habana, 1954.

ATIENZA, MANUEL: "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 85, 1995.

CAÑIZARES, F.: "Lo reglado y lo discrecional en lo Administrativo". *Temas de Derecho Administrativo Cubano*. Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, 7ma ed., Ed. Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2002.

COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.

CORDÓN MORENO, F.: "El control judicial del uso por la administración de sus facultades discrecionales", *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 1, 2003.

FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN.: *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

.....:"Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 76., 1992.

.....:"De Nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 80, 1993.

.....: "¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?", *Revista Española de Derecho Administrativo,* no. 83, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO.: "La lucha contra las inmunidades del poder", *Revista de Administración Pública*, no. 38, 1962.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, 13ra ed., t. I, Ed. Thomson- Civitas. Madrid, 2006.

GARCINI GUERRA, HECTOR: *Derecho Administrativo*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, Ed. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2003.

LONG, M., P. WELL, Y G. BRAIBANT: *Les grands arrets de la Jurisprudence Administrative*, Ed. Sirey, 1965.

PARADA, R.: *Derecho Administrativo: Parte General,* 9na ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

PIERRE ARRAU, P.:"El Control de la Discrecionalidad Administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, no.2, 1984.

PRIETO VALDÉS M., A. MATILLA CORREA, L. PÉREZ GALLARDO Y C. VALDÉS DÍAZ: "Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y su reconocimiento legal y jurisprudencial", *Revista Jurídica*, no. 13, Ed. MINJUS, La Habana, 2006.

SAINZ MORENO, F.: "La Buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", *Revista de Administración Pública*. no. 79, 1989.

Legislación y Jurisprudencia

Argentina- Ley 12008. Ley por la que se aprueba el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires. Senado y Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. (1997).

Cuba. Constitución. 1976. Texto reformado. G.O.E. no. 3 de 31 de enero de 2003.

.Dictamen 284 de 9 de febrero de 1988. Tribunal Supremo Popular. Consejo de .Gobierno. Cuba. Extraído el 20 de diciembre de 2008 de la base de datos del Tribunal Supremo Popular.

.Ley no. 7. de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. 1977. Asamblea Nacional del Poder Popular.

España.España. Constitución. 1978.

.Ley no. 29 de 13 de julio de 1998: Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Cortes Generales.

Venezuela. Constitución 1999.

ACIJ
2009-2010
No. 4

El bien jurídico tutelado por el delito de negociaciones ilícitas en el código penal cubano

The legally protected interest for the crime of illicit negotiations in the Cuban penal code

Claudia Rodríguez Linares

Resumen

El delito de negociaciones ilícitas, contemplado en el vigente Código Penal cubano, penaliza al funcionario o empleado público que, en aprovecho de su participación en un contrato o negocio, por razón de su cargo, obtiene beneficios o algún tipo de interés personal. La realidad cubana actual ha revelado la necesidad de reprimir este tipo de conductas al calor del creciente aumento de las relaciones comerciales con empresas extranjeras y las inversiones de este tipo en nuestro país.

Por tanto, desde una interpretación íntimamente hermanada con la política criminal, el bien jurídico individual protegido por el delito de negociaciones ilícitas es la imparcialidad del funcionario o empleado público en las relaciones comerciales, lo cual refleja de manera concreta y singular el objeto de protección y los fines que persigue, revela así su verdadera esencia y su eficacia jurídica.

Palabras claves

Evolución histórica, delito, negociaciones ilícitas, Derecho romano, Leyes de Indias, Ordenanzas de Cáceres.

Abstract

The crime of Illicit Negotiations is materialized when an official or public employee takes advantage of his intervention for reason of his position in any contract, negotiation, decision, business or operation, to obtain directly or for interposed person, for himself or for other person, some interest or benefit.

In the current formulation of this figure in our penal code, we have been detected some inadequacies, mainly normative, which have rebounded in the appropriate application of the precept.

All theoretical-juridical study with normative elements requires to know the origin of the figure that is analyzed since many times the causes of its emergence in the first place they help us to understand its reason of being.

This work concludes with an analysis of this criminal figure in Cuba which begins in the colonial time and it traffics for all the penal legislations that have existed as well as the preliminary designs of penal codes, being carried out this way a valuation about the relevance and the penal validity of this unjust one in our days.

Key Words

Historicalevolution,Crime,illicitnegotiations,Romanlaw,IndianLaws,OrdinancesCaceres.

El delito de Negociaciones ilícitas, reincorporado a la ley penal sustantiva cubana con el Decreto-Ley 175 de 1997, penaliza al funcionario o empleado público que en aprovecho de su participación en un contrato o negocio, por razón de su cargo, obtiene beneficios o algún tipo de interés personal.

Aunque, para muchos esta resulte una figura novedosa su surgimiento se localiza en épocas romanas. La misma se desprende del llamado *crimen repetundarum* que contenía ilícitos como la concusión, el peculado, la corrupción y el interés privado en actos del cargo. Este último prohibía a los gobernadores de las villas conquistadas cualquier tipo de participación en los negocios de los territorios usurpados, así como se les negaba ser propietarios de buques, pues estos eran de uso exclusivo del comercio.

De forma mayoritaria el delito de negociaciones prohibidas, como también se le conoce, se ha perpetrado en un sin número de países, a través de los cuerpos penales posteriores como son las *Siete Partidas*, *el Ordenamiento de Alcalá*, *el Código Napoleónico*, *el Zanardelli*, y ya en Cuba estuvo presente en el primer Código penal, el español de 1870 y en el Código de Defensa Social. Aunque, en 1979 se decide su supresión. En la década de los años noventas se intensifican las relaciones mercantiles internacionales y se dictan una serie de leyes financieras que adolecían de respaldo penal por lo que fue necesario incorporarlo a la Ley 62 de 1988.

Este trabajo procura un acercamiento al delito de negociaciones ilícitas desde el ámbito de su objeto de tutela jurídico. Demostrar la peligrosidad social de esta conducta, así como su consonancia con la realidad económica, política y social de estos tiempos, desde una posición dialéctica materialista. Abordar el bien jurídico, del injusto en cuestión, como elemento base de la teoría del delito.

Bien jurídico general

Sobre las funciones del Derecho penal han existido muchas teorías, que van desde la prevención hasta la protección de valores, pero ha sido unánime que la principal misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Alrededor del bien jurídico la doctrina ha sido profusa[1] y al mismo tiempo objeto de críticas de todo tipo que han versado, fundamentalmente, sobre la

[1] SANTIAGO MIR PUIG: *Derecho penal parte general*, pp.170 y ss. MARÍA JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO: "La prevaricación de abogado y procurador", *Revista del Poder Judicial,* no. 4, junio, 1994, pp. 55 y ss.

supuesta vaguedad del concepto. Estas oposiciones y reproches no han trascendido en la teoría penal a razón de que esta institución ha demostrado el avance de esta ciencia, al contribuir a las decisiones legislativas en el ámbito y técnicas de protección. Con razón expresa Muñoz Conde que, la teoría del bien jurídico constituye el núcleo de la justificación y el merecimiento de la pena.[2]

Igual han existido sobre el mismo tema teorías monistas que han elaborado un concepto común superior de bien jurídico y teorías dualistas las cuales le han distinguido entre dos tipos. Ambas antagónicas entre sí.[3] También, han existido doctrinas funcionalistas, finalistas, teleológicas- valorativas, entre otras.

Para los fines que persigue esta breve investigación se adoptará la teoría seguida por Quirós Pírez en la cual se aleja de las insatisfactorias posiciones doctrinales anteriores y observa al bien jurídico desde una posición dialéctico-materialista, basado en la protección de las relaciones sociales. Aunque otros autores le llamen teoría trimembre, lo fundamental de la misma no radica en su descomposición sino en su contenido marxista.[4]

Bien jurídico particular del delito de negociaciones ilícitas

Si partimos del concepto general de bien jurídico, el cual engloba el sistema de relaciones sociales objeto de protección del Derecho penal de forma amplia, se encuentran las relaciones que se desarrollan entre la administración y los particulares.

En este campo se han establecido diferentes posturas teóricas que tratan de determinar el bien jurídico lesionado por estos delitos, comúnmente denominados contra la Administración Pública.

Una parte de la doctrina extranjera[5] ha considerado como bien jurídico común a todas las figuras delictivas del título, el llamado *deber del cargo*, lo identifican con un deber subjetivo que nace de la especial relación entre el Estado y el funcionario y que es lesionado por éste, al suponer una infidelidad y traición a la confianza que el ente público le ha otorgado.

Otros autores consideran este conjunto de delitos como muy heterogéneo, alegan la imposibilidad de confiar un solo bien jurídico a este título ya que en él se afecta el Estado, la colectividad o el ciudadano y no la protección de un bien jurídico común como la infracción del deber del cargo. [6]

[2] Francisco Muñoz Conde, y Winfried Hassemer: *Introducción a la criminología y al derecho penal,* p.107 y ss.

[3] Ibídem.

[4] Renén Quirós Pírez: *Manual de Derecho penal general*, t. I, pp. 191 y ss.

[5] Jorge Vizueta Fernández: *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho,* p. 52.

[6] Ibídem, p. 61, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, Parte especial*, pp. 928 y ss.

Por su parte la mayoría de los autores italianos[7] sostuvieron como bien jurídico común a los delitos contra la Administración pública el *interés relativo al normal funcionamiento y prestigio de la administración pública* en sentido amplio, en lo que respecta a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, y al respeto debido a la voluntad del Estado en relación con determinados actos o relaciones de la Administración pública misma.

Distinta a esta posición se encuentra una minoritaria parte de la doctrina italiana[8] que parte del análisis de *cada una de las funciones públicas*: administrativa, legislativa y judicial, para así distinguir sus características esenciales dignas de protección penal.

Otra posición también indica la existencia de un *abuso de poder* como particularidad común a estos delitos, refiriéndose al empleo abusivo de los medios a que por razón de su cargo, tiene acceso el funcionario público. Supone una subordinación, en beneficio propio o de un tercero, de los medios públicos, a los fines privados.[9]

Sin embargo, ha sido opinión mayoritaria entre los estudiosos del tema,[10] aquella que considera *las funciones públicas* objeto genérico de protección de las distintas figuras reguladas en este título. Estos autores insisten en la existencia de unos rasgos comunes y esenciales a todos estos delitos, que permiten hablar de un único bien jurídico. Esta esencia común no se encuentra en la también rechazada idea de la violación del deber propio del cargo, sino en la noción de función pública. De modo que puede hablarse de un bien jurídico categorial, constituido por el ejercicio correcto de la función pública, esto es, dentro de la legalidad.

En esta variedad de posturas ha influido decisivamente el *nomen juris* del bien jurídico acogido por los códigos penales extranjeros, fundamentalmente los códigos penales de Alemania, Italia y España donde, en el orden normativo, agrupan estos delitos dentro del título denominado: *Delitos cometidos por el funcionario en el ejercicio del cargo* y *Delitos contra la administración pública* en el caso de los dos últimos códigos.

El código penal cubano adopta la fórmula Delitos contra la administración y la jurisdicción que en opinión de Grillo Longoria[11] su objetividad jurídica es el normal funcionamiento de los órganos administrativos. Criterio que emana de la exposición de motivos de la Ley 21 de 1979 y luego de la Ley 62

[7] Ibídem, p. 73.

[8] Ibídem, p. 75.

[9] Ibídem, p. 77.

[10] González Cussac: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, pp. 22 Y 23.

[11] José A, Grillo Longoria: *Los delitos en especie*, t. I, p. 100.

de 1987 donde explica que la razón de incluir estos delitos bajo una misma rúbrica debe su fundamentación al logro de una organización más apropiada.

Teniendo en cuenta que en Cuba los estudios sobre el tema son escasos, las opiniones existentes son tendentes a englobar dentro de un mismo bien jurídico particular a los delitos de este título, identificando este como el normal y correcto funcionamiento de la función pública.

Quirós Pírez[12] afirma que el bien jurídico particular de los delitos contra la administración y la jurisdicción son las relaciones creadas con motivo de la actividad administrativa o jurisdiccional de los correspondientes órganos estatales, por cuanto conviene impedir que se frustren los fines del aparato administrativo o judicial del Estado, o que se desvíe u obstaculice su eficaz funcionamiento por determinados hechos individuales.

Asimismo, anota Rivero García[13] que los delitos reunidos bajo este título protegen el adecuado desempeño de la función administrativa -entendiendo por esta la administración central, provincial y municipal- y la función jurisdiccional ejercida por el sistema de tribunales populares.

Opinión más amplia le merece a Mejías Rodríguez[14] quien indica que se protege el ejercicio correcto de las funciones públicas, relativo a la ética, a la moral y a la disciplina de la gestión pública. Son delitos contra el ejercicio fraudulento de las funciones públicas que atañe la imparcialidad y el debido respeto de los ciudadanos a la administración pública. El objeto de tutela está conformado por las actuaciones delictivas de los funcionarios contrarias al correcto ejercicio de la propia función pública.

Complementa esta opinión Rodríguez Pérez de Agreda[15] al expresar que la rectitud y transparencia de la administración es el objeto de protección por todos los artículos de la familia.

La autora Goite Pierre[16] se suma al criterio de estos penalistas y agrega que debe realizarse una modificación legislativa, y considerar la posibilidad de identificar un título relacionado con la función pública tomando en cuenta que en la actualidad existe un decidido esfuerzo de la comunidad internacional en el combate contra los actos de corrupción y ese título pudiera englobar todas las figuras relacionadas con tal fenómeno, dándoles un tratamiento particular por razones dog-máticas y de política criminal.

[12]Renén Quirós Pírez: *Ob. cit.*, p. 193.

[13]Danilo Rivero García: "Delitos contra la administración y la Jurisdicción" en Colectivo de autores: *Derecho penal especial*, t. I, Ed. Félix Varela, 2003, p. 72.

[14]Carlos Alberto Mejías Rodríguez: *Estudio de los Delitos Funcionariales*, 2009, p.2.

[15]Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda: *¿Un tráfico entre influencias?*, p. 1.

[16]Mayda Goite Pierre: *El delito de malversación desde una perspectiva legislativa*, Revista Jurídica Justicia y Derecho, no. 6, 2006, p. 40.

Esta aspiración en nada se opone al nombre acogido por el Código penal cubano al englobar estas figuras delictivas. A pesar de que la gran parte de los códigos penales consultados asumen la denominación de delitos «Contra las funciones públicas» o «Contra la Administración pública»,[17] el Código penal cubano acoge en su rúbrica el concepto de Administración, pública, por supuesto; ratificado este carácter, a través de las funciones del Estado socialista refrendado en la Constitución. Este concepto de Administración, entendido desde la óptica del criterio extensivo [18], el cual en opinión de importantes autores administrativistas,[19] comprende, desde el ámbito subjetivo, el conjunto de órganos armónicamente constituidos unidos por relaciones jerárquicas y de subordinación y desde el punto de vista objetivo, la actividad encaminada a cumplir las finalidades estatales: función legislativa, política, ejecutiva, jurisdiccional y administrativa. Esta última como esencia del obrar de la administración, es la función que en su concepción le permite al Estado intervenir intensamente en las relaciones sociales.

La función jurisdiccional comprendida también dentro del ámbito de protección de este título es definida por la propia Goite Pierre y Mendoza Díaz[20] cuando aluden a ella como la cualidad inherente a un órgano estatal para originar, desarrollar y cumplir legítimamente las actividades que generan sus atribuciones. Significa un poder-deber de carácter público que corresponde exclusivamente a los tribunales. El Estado, como detentador del *ius puniendi* o derecho de castigar, ejercita esta función a través de los órganos de administración de justicia.

Muchos códigos penales extranjeros incluyen dentro de su parte especial un título que agrupa los delitos «contra la Administración de justicia» donde incorporan delitos que lesionan este poder estatal, *verbigracia,* el delito de prevaricación[21] y otros, como el Código penal cubano y el argentino, prefieren incluir todos estos delitos en el título que protege la administración pública en sentido general.

[17] Códigos penales de Italia, España, Bolivia, Costa Rica, Argentina, Colombia, Nicaragua, entre otros.

[18] Hector Garcini Guerra: *Derecho Administrativo*, pp. 23 y ss.

[19] Ibidem.

[20] Mayda Goite Pierre y Juan Mendoza Díaz: «Los sujetos de la relación jurídico-procesal», en Colectivo de autores: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, t. I, 2002, pp. 165 y 166.

[21] Códigos penales de Italia, España, Nicaragua, Costa Rica, Bolivia, Guatemala, México, República Dominicana, entre otros.

Reigosa González coincidiendo con Montero Aroca[22], identifica la potestad jurisdiccional como el bien jurídico lesionado del delito de prevaricación. Opina este último que esta función es dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por tribunales independientes y predeterminados por la ley, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de un modo irrevocable y ejecutando lo juzgado. Este bien jurídico se viene a cualificar en la Administración de justicia, uno de los poderes básicos del Estado

Agrega Reigosa[23]que indiscutiblemente es más acertada la inclusión de la prevaricación judicial entre los delitos contra la Administración de Justicia por ser ese el interés preponderante objeto de protección. Su inclusión genérica entre los delitos de los funcionarios públicos no se alcanza a comprender más que partiendo de una tesis totalitaria de unificación de los poderes del Estado, a modo de entender aquella como una parcela más de la Administración.

En el caso cubano queda demostrado que el fin que se persigue con la denominación del título II del Código penal es la protección de la administración pública, la cual comprende todas las funciones públicas estatales estipuladas en la Constitución. Por tanto es innecesaria la mención específica a la función jurisdiccional si la misma forma parte del conjunto de actividades desarrolladas por los órganos administrativos, en este caso, por los tribunales de justicia.

A los efectos de lograr la protección del bien jurídico particular de este título, concebido el correcto funcionamiento de la administración pública, resulta indiferente sustituir aquella por la denominación de funciones públicas ya que si el afán es materializar este concepto, esto se logra en la propia actividad de la Administración la cual se desempeña a través de los órganos y funcionarios públicos.

Bien jurídico individual del delito de negociaciones ilícitas

Si ha quedado delimitado el bien jurídico Administración pública en este título, entonces queda delimitar el objeto concreto de tutela penal en el delito de Negociaciones Ilícitas.

La teoría cubana se ha pronunciado escasamente sobre este injusto, pero en la doctrina internacional existen importantes opiniones sobre el bien jurídico de esta figura y su objetividad jurídica.

La doctrina mayoritaria ha llegado al consenso en cuanto a centrar el bien jurídico protegido de esta figura en un conglomerado de valores entre los que predomina la objetividad y la imparcialidad con que la

[22]Juan José Reigosa González: «La perevaricación judicial», en Colectivo de autores: *Delitos de los funcionarios públicos*, pp. 69 y ss.

[23]Juan José Reigosa González: Ibídem. Este autor encaminaba sus pasos en esta obra a apoyar la futura reforma del Código penal español de 1973, que incluía este delito dentro del conglomerado de las figuras contra la Administración pública, lo cual se logra con el Código penal de 1995 al incluirlo dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

administración ha de servir los intereses generales. Se resalta como razón del delito la integridad, la rectitud y moralidad de la actuación del funcionario.[24]

También se resume como la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales[25]. Se agrega que el objetivo no es otro que los servicios que prestan los funcionarios no sean potencialmente interferidos por intereses privados subyacentes en su zona de jurisdicción, por existir la posibilidad de que al solaparse con los públicos estos resulten relegados.[26] Este delito tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en que intervenga la administración, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura poner coto a su codicia personal, que puede verse favorecida por la calidad en que actúa en aquellos negocios jurídicos.[27] También existe el criterio de que la tutela penal es hacia un desdoblamiento de la personalidad del funcionario de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación contractual como interesado y como servidor público.[28]

Sin embargo, en contra de la doctrina predominante, existe una minoritaria parte[29] que afirma que la imparcialidad, como principio inspirador de determinadas conductas, no debe ser confundido con los bienes jurídicos objetos de protección por el Derecho penal. El mismo no es una característica exclusiva de los comportamientos recogidos en este tipo penal sino de todas y cada una de las conductas recogidas bajo el título. También se agrega que difícilmente la imparcialidad, como bien jurídico, pueda ser evaluada objetivamente en términos de lesión. Expresa García España que esta crítica puede extenderse a otros bienes jurídicos defendidos doctrinalmente como, por ejemplo el buen funcionamiento de la

[24]González Cussac: «Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función» en Colectivo de autores: *Derecho penal parte especial,* pp. 756 y ss.

[25]Fermín Morales Prats y Maria José Rodríguez Puerta: "De las Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos en el ejercicio de su función" en Colectivo de autores: *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, pp. 345 y ss.

[26]Orts Berenguer, Enrique: "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. De las negociaciones prohibidas a los funcionarios", en Colectivo de autores, *Derecho penal parte especial,* t. I, 1987, pp. 486 y ss.

[27]Carlos Creus: *Derecho penal parte especial,* t.II, pp. 298 y ss.

[28]Luis Carlos Pérez: *Derecho penal parte general y especial*, t. III, p. 275.

[29]Elisa García España: *Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. Los artículos 439 y 441 del Código Penal de 1995*.

administración pública o la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la misma.[30]

Concluye la autora que el bien jurídico que se lesiona en este delito es la función pública a partir del desvío que esta conducta produce en el curso de su proceder. La actuación injusta y parcial, además de quebrantar el deber de cargo de la autoridad, deviene en un resultado que desemboca en un objetivo distinto al perseguido.

Los autores cubanos que se expresan sobre el bien jurídico protegido en este delito lo hacen siguiendo la corriente mayoritaria. Asimismo, versan la protección del mismo sobre la rectitud, probidad e imparcialidad con que deben obrar los funcionarios públicos o empleados al intervenir en el desempeño de sus funciones en contratos, negociaciones, decisiones u operaciones. [31]

Las posiciones doctrinales hasta aquí expuestas no realizan un análisis concreto de la lesión efectiva que ocasiona el sujeto del delito de Negociaciones Ilícitas, siendo muy ambigua la distinción entre el bien jurídico lesionado por este delito y por los demás del título. Tiene razón García España al realizar su crítica a los autores tradicionales cuando afirma: «…se ha desconocido por el momento cuál es la concreción de ese bien jurídico administración pública, esto es, el instrumento a través del cual se materializa la actividad y sobre el que recaen directamente las conductas lesivas». [32]

La solución a este conflicto es necesario hallarla nuevamente en el Derecho administrativo. Si, al decir de García Enterría,[33] la administración pública es una organización instrumental que ejerce la función administrativa pública y su actividad consiste en realizar actos, declaraciones y contratos a través de los que se vincula, atendiendo al interés general de la comunidad; entonces el delito en cuestión lesiona esa parcela de la administración que es la contratación administrativa pública.

Retomando la teoría seguida por Quirós[34] en la cual los bienes jurídicos individuales consisten en los tipos particulares de relación social o elemento de ella amenazada por la conducta de un sujeto, y que en cada caso concreto se materializa la lesión en su finalidad última: el daño al bien jurídico

[30] T. Rodríguez Montañés: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia,* p.30 y E. Bacigalupo Zapater: «Sobre la reforma de los funcionarios públicos», *Documentación Jurídica,* no. 37/40, vol. 2., 1983, p. 1099

[31] Carlos Alberto Mejías Rodríguez: *Estudio de los Delitos Funcionariales*, p. 12. y Danilo Rivero García: *Ob. cit.*, p. 144.

[32] Elisa García España: *Ob. cit.*, p. 53.

[33] Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: *Curso de Derecho Administrativo,* t. I, pp. 33 y 34.

[34] Renén Quirós Pírez: *Ob. cit.*, pp. 192 y 193.

particular; entonces el bien jurídico individual del delito de Negociaciones Ilícitas es esa relación social en la cual interviene el funcionario o empleado público lesionándola a partir de su intervención con interés particular en una negociación y que por supuesto también lesiona el buen funcionamiento de la administración pública.

El delito de Negociaciones Ilícitas aunque preserva también la probidad de los funcionarios y la correcta marcha de las funciones públicas; individualiza su ámbito de protección al tutelar la rectitud del funcionario público que interviene en las relaciones de negocio.

El bien jurídico individual protegido por el delito de Negociaciones Ilícitas son las relaciones mercantiles, los actos comerciales, de negocios, ya sean a nivel nacional o internacional, que se establecen entre los entes públicos con capacidad para negociar y en las que interviene el funcionario público de manera desleal.

Críticas a la autonomía del delito de negociaciones ilícitas

Algunos autores[35] consideran inútil y perturbadora la presencia de este delito en el código penal español al conformar un mero incumplimiento de los deberes de abstención del funcionario concernientes al Derecho administrativo y disciplinario. Fundamentan esta posición en la ausencia de daños económicos a la administración en la conformación del delito y agregan que la imparcialidad del funcionario ya está contemplada en otros delitos del título como el cohecho y el tráfico de influencias.

Muñoz Conde y Paz Rubio [36] concuerdan en que lo que se intenta conseguir con este delito es la imparcialidad de la administración en los negocios privados. Lo fundamental, expresan, es el abuso de las funciones públicas propias del funcionario y en opinión aún más radical que la anterior, consideran letra muerta este precepto, a razón de que la solución está en la mayor efectividad del control administrativo de la función pública y la coexistencia de otros delitos en el título que logran este fin.

Polaino Navarrete[37] agrega: "...político criminalmente resulta indicada la desincriminalización del tipo legal cuya configuración, en términos de tan difusa e indeterminada lesividad de la conducta descrita, es incompatible con la certeza y seguridad jurídicas del ordenamiento punitivo".

[35]Fermín Morales Prats y Maria José Rodríguez Puerta: *Ob. cit.*, pp. 345 y ss.

[36]Francisco Muñoz Conde y Winfried Hassemer: "Delitos contra la administración pública", en *Derecho penal parte especial,* pp. 1024 y ss.

[37]Miguel Polaino Navarrete: "Negociaciones prohibidas al funcionario público", en Colectivo de autores: *Manual de Derecho penal parte especial,* t. IV, pp. 395 y ss.

La citada autora García España realiza una crítica al precepto estudiado al alegar en primer lugar, que los comportamientos penalmente prohibidos deberían quedar reducidos a aquellos en los que el desvalor de la acción fuese superior al derivado de un mero incumplimiento de una norma administrativa. En segundo lugar, no bastaría para aplicar la norma penal el mero incumplimiento de una norma administrativa, sino la aparición de un perjuicio patrimonial a terceros o a la Administración.

Por su parte Mejías Rodríguez [38] entiende que este delito es una derivación de la modalidad del apartado 7 del delito de cohecho o un cohecho específico y que pudiera entrar en concurso con el delito de Actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación.

Concurrencia del principio *non bis in ídem*

Este principio constituye una garantía penal o límite al *ius puniendi*. El mismo reza que un hecho o circunstancia que ha sido sancionado o bien ha servido de base para una agravación de la pena no puede ser utilizado para una nueva sanción o agravación. Bustos Ramírez [39] se refiere a este principio como parte de la materialización del principio de la absoluta necesidad de la intervención del derecho penal, desarrollado por el Marqués de Beccaria [40] en su obra.

Este principio ha cobrado especial significación dentro del llamado Derecho penal administrativo a partir de la potestad sancionadora del mismo. El conflicto ha surgido de la convergencia entre sanciones administrativas disciplinarias y las penas impuestas a los funcionarios de los delitos contra la administración pública.

En la doctrina existen dos posiciones fundamentales sobre la aplicabilidad del principio *non bis in ídem*. Una primera postura[41] considera que la distinción cualitativa entre bien jurídico penal y bien jurídico administrativo hace inoperante este principio. Distinguen al Derecho penal y el disciplinario en cuanto a sus finalidades propias. Mientras el primero se orienta a la protección del orden jurídico general, del orden social, en la vida cotidiana en la seguridad del Estado, los derechos individuales, el segundo se identifica por su naturaleza interna mirando a la mejor organización del servicio público y motivación de los funcionarios con relación al cumplimiento de sus especiales deberes de obediencia y subordinación a

[38] Carlos Alberto Mejías Rodríguez: *Ob. cit.*, p.13.

[39] Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée*: Lecciones de Derecho penal*, vol. I, pp. 65 y ss.

[40] César Bonesana: *Tratado de los delitos y de las penas,* pp. 59 y ss.

[41] Joan Prats Catalá, y Julia Company Sanus: "Régimen disciplinario laboral y funcionarial en las administraciones públicas", en Colectivo de autores: *Delitos de los funcionarios públicos*, Consejo general del poder judicial, pp. 27 y ss.

la Administración pública. Todo lo cual convierte en inoperante al principio *non bis in ídem* al tutelar estas ramas intereses diferentes.

La otra posición doctrinal, contrapuesta a la anterior y teoría predominante, está basada en distinciones entre ambas disciplinas de carácter cuantitativo, significa la protección de idénticos bienes jurídicos en ambas ramas: el correcto ejercicio de la función pública. Al decir de GONZÁLEZ CUSSAC:»…Ilícito penal e ilícito administrativo se diferencian exclusivamente por su distinta gravedad. Consecuentemente poseen el mismo bien jurídico categorial. Y si además, sus respectivos bienes específicos coinciden, o se hallan en una relación de progresión, deberá aplicarse el principio *ne bis in ídem* prevaleciendo únicamente la sanción penal».[42]

Sin embargo en el caso de la regulación del Código penal cubano de los delitos contra la administración y en el caso concreto del delito de Negociaciones Ilícitas pueden coexistir la sanción administrativa y la penal, teniendo en cuenta que la sanción accesoria de prohibición del ejercicio de una profesión, cargo u oficio recogida en el inciso c, del apartado 3 del artículo 28 no es de aplicación preceptiva sino optativa, por parte del tribunal en este delito. Esto no significa que se niegue la aplicación del principio *non bis in ídem*, sino que sea necesario analizar cada caso concreto a los fines de la determinación de la sanción. La cuestión surge si se aplica esta sanción accesoria y por la parte del derecho administrativo también se le imponga la medida de inhabilitación para ejercer ese cargo. En estos casos la práctica judicial ha optado por imponer la sanción accesoria penal por igual o menor tiempo que la administrativa solicitándose para esto comunicación con la competencia administrativa.

Algunos autores han señalado como crítica a la utilidad de este delito la existencia de normas de carácter administrativo que regulan el adecuado funcionamiento de la función pública a través del actuar de los empleados y funcionarios públicos.

Este análisis se torna complejo si se tiene en cuenta la pluralidad de normativas disciplinarias existentes en Cuba para la regulación de las conductas de los funcionarios públicos. A saber, se encuentran en el régimen jurídico administrativo actual, las normas que regulan el trabajo con los Cuadros del Estado y del Gobierno, como son los Principios que sustentan la política de cuadros, el Acuerdo no. 3050 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros Código de Ética de los Cuadros del Estado Cubano, Acuerdo no. 3670 del 2000 Lineamientos e indicadores del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros para la instrumentalización, ejecución

[42] JOSÉ LUÍS GONZÁLEZ CUSSAC: «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación», en COLECTIVO DE AUTORES: *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995,* Consejo general del poder judicial, p. 6 y ss. TOMÁS S VIVES ANTÓN: «*Ne bis in ídem* procesal», en COLECTIVO DE AUTORES: *Los principios del proceso penal,* Cuadernos y estudios de Derecho judicial, pp. 11 y ss.

y control de la aplicación de la Política de Cuadros en los órganos, organismos y entidades del Estado y del Gobierno, así como el Decreto Ley 196 y 197 de 1999, y sus modificaciones contenidas en el Decreto Ley 236 de 2004 y Decreto Ley 251 de 2007. En estas se recoge de modo general la obligación a los cuadros, directivos y funcionarios de denunciar y combatir la corrupción y la prohibición de aceptar cualquier ofrecimiento que atente contra la dignidad. Todo lo cual contribuye a la inoperancia e insuficiencia de estas normas de control.

Una base administrativa disciplinaria sólida y efectiva constituye requisito *sine qua non* para un eficaz control de la administración y como primera barrera para la protección de intereses jurídicos y sociales con el fin de regular la conducta de sus funcionarios y empleados de la Administración pública.

Fundamentos de la presencia y autonomía del delito en el Código penal cubano

En la actualidad han recobrado auge tendencias que intentan limitar la aplicación del Derecho penal convirtiéndolo en más justo y oportuno. El principio de intervención mínima es un ejemplo de ello, el cual se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado. Supone que el Derecho penal solo debe intervenir en los casos de los ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.[43] Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos.[44]

Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal. Juntos, representan una garantía de limitación del *ius puniendi* del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política.[45]

Sin embargo algunos autores como Carbonell Mateu[46] discrepan con la posición asumida por los defensores del derecho penal mínimo en contra de la tutela de los llamados intereses difusos, que no es más que los bienes jurídicos, como la administración pública, que no protegen intereses individuales sino supraindividuales o colectivos, clasificación bimembre que prefieren algunos autores.[47]

[43]Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: *Derecho penal, parte general*, p. 72.

[44]Santiago Mir Puig: *Derecho penal parte general*, pp.89.

[45]Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée*:* Ibídem.

[46]Juan Carlos Carbonell Mateu: "Intereses difusos y Derecho penal", *Cuadernos y estudios de Derecho Judicial*, pp. 9 y ss.

[47]Luis Carlos Pérez: *Ob. cit.*, pp. 489 y ss.

De esta forma CARBONELL MATEU expresa:»...Es verdad que el Derecho penal debe limitarse; es verdad que el poder punitivo del Estado no puede extenderse a todo y a cuanto consideremos imaginable; el Derecho penal no es el instrumento adecuado para transformar la sociedad, pero sí es, sin duda, un arma necesaria e indispensable para imponer la tutela de los valores comúnmente aceptados».

También se han enarbolado posturas más radicales llamadas abolicionistas, las que han sido fuertemente criticadas [48] debido a la ausencia de propuestas de solución luego de «la abolición», además ha suscitado la natural desconfianza en la resolución autónoma de los conflictos, el temor de la instauración de una sociedad disciplinaria de controles ilimitados, entre otras.

Importantes penalistas contemporáneos como ROXIN,[49] han aclamado la necesidad de la modernización del derecho penal a través de los principios antes citados.

En cambio QUIRÓS PÍREZ[50]considera desacertada la reforma del Derecho penal basada en conveniencias ideales o teóricas, formada únicamente por métodos lógicos-deductivos o político-penales, sin nexos con el desarrollo real de las condiciones y necesidades sociales, reflejo de la base económica, material, en la superestructura jurídica.

A juicio de este autor tanto la penalización como la despenalización deben responder a la objetiva interpretación del nivel real alcanzado por las condiciones sociales imperantes en un momento histórico específico, así como la científica comprensión de la estructura, el carácter y las tendencias de la delincuencia en ese momento determinado.

Agrega más adelanten en su exposición que en el examen de los delitos de incumplimiento de determinados deberes, estos deberían excluirse de la norma penal obedeciendo a la doble sanción que acarrean al sujeto, sin embargo acota que esto es procedente siempre que no acarreen daños materiales y su sanción pueda conseguirse satisfactoriamente en la esfera que corresponde al respectivo deber, circunstancias estas que inciden de manera negativa en el delito de Negociaciones ilícitas.

Por su parte PÉREZ CARRILLO [51] anota que es tarea difícil e inútil tratar de fijar límites precisos e indudables en el ámbito de la filosofía para lograr un desagregado preciso y completo. Revela que es necesario conocer las situaciones sociales concretas de cada sistema social.

[48]EDUARDO DEMETRIO CRESPO: *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista.*

[49]CLAUS ROXIN: «Problemas actuales de la política criminal», en COLECTIVO DE AUTORES: *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal,* pp. 89 y ss.

[50]RENÉN QUIRÓS PÍREZ: *Ob. cit.,* p. 124.

[51]AGUSTÍN PÉREZ CARRILLO: *Descriminalización y despenalización.*

La tríada Criminología, Política criminal y Derecho penal juegan un papel determinante en este proceso. De la Cruz Ochoa[52] afirma que las relaciones entre ellas deben verse de forma integradora donde cada una de ellas tiene una función que cumplir y donde las tres están fuertemente interrelacionadas.

La Criminología investiga el fenómeno criminal bajo todos sus aspectos. Los resultados quedarán a disposición de las instancias políticas-criminales, en este sentido es misión de la Política Criminal el adoptar decisiones. Al momento de decidir sobre la reforma de leyes, deben tenerse en cuenta los efectos reales del sistema de Derecho Penal sobre la realidad.

Es por ello que la misión de la dogmática en el marco de la Política Criminal debe estar encaminada a conseguir posibilidades de solución acordes con el sistema para cumplir con los objetivos político criminales. La Política Criminal parte de un sólido fundamento cuando mantiene sus decisiones de acuerdo a la evolución de la dogmática, así como también la dogmática penal ha de desarrollar sus soluciones en el marco de las concepciones político-criminales. La dogmática se considera el medio para afianzar la aplicación del derecho de manera diáfana, severa y uniforme, es un medio para la racionalidad del derecho y un límite contra la arbitrariedad.

Siguiendo estos razonamientos el delito de Negociaciones Ilícitas fue reincorporado al Código penal cubano actual por decisiones político-criminales a tono con los cambios económicos operados en el país en el entorno de las relaciones comerciales internacionales. Tales cambios en la legislación penal, señala Bodes Torres,[53] respondieron a las modificaciones introducidas en la economía del país, así como a situaciones sociales que requerían de una respuesta lo más inmediato posible, y en esencia, respetaron el principio de individualización de las penas, procurando que estas fueran proporcionales y razonables.

La práctica judicial cubana, así como la extranjera, corrobora con procesos radicados por este delito, tanto en la competencia civil como militar, la proliferación de estas conductas en el entorno económico comercial actual y por tanto la necesidad de su tipificación penal.

Autores españoles como Jiménez Villarejo[54] concuerdan con que en la actividad económica, los abusos de poder y las prácticas de corrupción lesionan el orden económico constitucional y perjudican a los consumidores, es decir, al conjunto de los ciudadanos.

[52]Ramón de la Cruz Ochoa: *Política Criminal, notas sobre su concepto, métodos y sus relaciones con la Criminología y el Derecho penal.*

[53]Jorge Bodes Torres y José A. Martínez Navas: Enfrentamiento legal al delito, las conductas antisociales y otras ilegalidades.

[54]Carlos Jiménez Villarejo: *Control de la administración pública por los tribunales de justicia,* Jueces por la Democracia.

También PACHECO[55] resalta lo justo de la idea de este artículo, ya que aquí la ley teme y presume el fraude con razón. Explica que el que ha de intervenir en un contrato, de cualquier modo que esta intervención sea, grande o pequeña, en el concierto o en la ejecución, no puede llevar ningún interés, ni directo ni indirecto, en la materia del contrato mismo.

Explica GROIZARD[56]que el daño mediato más que el inmediato preocupa en este caso al legislador y es la causa de la excepcional elevación del hecho a la categoría de delito. La moralidad pública, el prestigio de la autoridad. Más adelante dice:

> ...Lo menos que debe exigirse en el funcionario que interviene en esta clase, por lo general de importantes de contratos, que reportan extraordinarias ganancias, es que aparezcan revestidos con todas las condiciones externas necesarias para que el público no dude de su rectitud ni de la imparcialidad de sus actos. Los agentes oficiales que con los intereses del contratista mezclen los suyos propios, convirtiéndose ellos mismos en contratistas ocultos se hacen sospechosos de fraude y dan lugar a la justa presunción de que no están dispuestos a cumplir los deberes de su cargo anteponiendo a los intereses del estado los suyos particulares. La ley ha hecho bien en castigar con las penas señaladas a estos sujetos de doble conciencia, que creen poder, a la vez de ganar sirviendo al estado y ganar contratando con el estado y merece nuestro aplauso, no solo por haber comprendido en sus anatemas la intervención directa, sino también la indirecta.

Fundamenta MIR PUIG [57] la idea de la relevancia de este precepto, al justificar su inclusión con el ejemplo típico de la percepción de las denominadas comisiones ilegales por parte de los funcionarios en las actividades de contratación.

Explica ORTS BERENGUER,[58] comentando este delito en el Código penal español anterior al actualmente vigente, que a pesar que la conducta por su deficiente redacción haya quedado en desuso esto no es óbice para su aplicación o adecuada interpretación.

Este delito comprende una de las manifestaciones más evidentes de la corrupción en el ámbito económico y de la contratación ya que alberga la percepción de comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí o para terceros.

[55]LUÍS CARLOS PÉREZ: *Ob. cit.*

[56]GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA: Ibídem.

[57]SANTIAGO MIR PUIG: "Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función", COLECTIVO DE AUTORES: *Delitos de los funcionarios públicos*, p.305.

[58]ORTS BERENGUER, ENRIQUE: Ibídem.

En efecto, la contratación es el ámbito que mejor debe preservarse de la corrupción, en cuanto representa una participación indirecta en el ejercicio de funciones públicas, es el espacio donde las autoridades y funcionarios pueden patrimonializar el poder público en beneficio propio o de terceros.

Otros autores extranjeros[59] significan la impunidad que ofrecen sus Códigos penales a la corrupción privada o comercial, por tratarse de conductas de personas que no tienen la cualidad de funcionario público y que este autor les nombra funcionario privado. Este funcionario actúa en el marco de la actividad empresarial incurriendo en soborno comercial, revelación de secretos, competencia desleal, entre otras. Refiere que la dañosidad de estas prácticas ha sido destacada en la doctrina; la empresa afectada puede sufrir perjuicios de todo tipo, dependiendo del objetivo de la maniobra corruptora: si se sobornó al empleado para obtener condiciones favorables en la contratación, la empresa del sobornado podría recibir una contraprestación de menor calidad o pagar un precio superior al del mercado; si el soborno buscaba que el empleado revelara secretos empresariales, la afectada perderá el valor que estos secretos importen, etc.

En el caso cubano, al estar la actividad de contratación, tanto nacional como internacional, en manos estatales, la legislación penal no hace distingos en cuanto a empresas o funcionarios privados o públicos. Ofreciéndose así tutela penal a conductas abusivas que suponen el enriquecimiento de funcionarios al inmiscuirse con fines particulares en actos de contratación.

Esta particularidad supone un avance con respecto a las legislaciones extranjeras que tipifican el delito de Negociaciones prohibidas solo para funcionarios públicos olvidando el daño que ocasionan estas prácticas para la colectividad. Aún en países capitalistas como España el preámbulo de la Constitución de 1978 expresa que los poderes públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en los principios rectores de la política social y económica. Desde este marco fundamental, el sistema está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado, completado por una ordenación de la actividad económica por los poderes públicos con el fin de promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Semejanzas con otros delitos

Se ha aducido por parte de la doctrina que la conducta tipificada en el delito de Negociaciones Ilícitas viene ya tutelada en otros tipos penales. Se ha asemejado a figuras como el cohecho, el tráfico de influencias, los actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación. Además se ha asociado a otros delitos sobre los cuales no merece la pena analizar por su presencia aislada en la doctrina y por su carencia de fundamentos teóricos y prácticos en la legislación cubana.[60]

[59] MANUEL A, ABANTO VÁSQUEZ: "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", *Revista Penal,* no. 14, abril 2004, España, p. 3 y ss.

[60] FRANCISCO MUÑOZ CONDE: Ibídem. Que asocia la figura analizada al delito de prevaricación sin fundamentar esta posición.

Los autores que lo relacionan con el delito de cohecho o el tráfico de influencias[61] refieren como objeto de tutela en las Negociaciones Ilícitas la actuación del funcionario público que adopta una decisión influido por intereses económicos ajenos a los públicos y refieren que para evitar este tipo de conductas ya existen en los Códigos otros preceptos.

Estas deducciones doctrinales son lógicas si se analiza el bien jurídico del delito de Negociaciones Ilícitas de esta forma tan amplia e imprecisa. Al quedar establecido que la objetividad jurídica de este delito recae en la intervención lucrativa del funcionario en la actividad de contratación o negociación, no cabe asociación alguna con otro tipo penal. Estas posiciones también están permeadas por la deficiente redacción normativa de la que adolece esta figura en los códigos penales consultados. Estos mismos autores dan cuenta de ello en sus obras.

Por la parte cubana Rivero García[62] rebate que la diferencia entre ellos está en que las solicitudes o encomiendas que realiza el funcionario o empleado público no lo serán a cambio de intervenir en determinada operación contractual como ocurre en el cohecho, en este delito no se está frente a un supuesto de compraventa de funciones o servicios públicos como en aquel, sino que simplemente el funcionario se aprovecha de su posición para intervenir a favor de la contraparte.

Esta diferencia se basa en la conducta típica, la cual en el delito de Negociaciones ilícitas no consiste en recibir, ni ofrecer, ni omitir, ni retardar, obtener o prometer, como en otros preceptos del mismo título, sino simplemente intervenir con intereses privados en un asunto de la administración.

Existe un grupo minoritario de la doctrina que sostiene que este delito debería formar parte de los delitos que atentan contra la economía y Mejías Rodríguez[63] menciona que este delito pudiera entrar en concurso con el delito de Actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación.

Este delito tiene una diferencia sustancial con el de Negociaciones Ilícitas y es que en aquel está presente, como elemento esencial, el propósito de afectar la economía o el crédito del Estado, elemento que no es constitutivo en el delito estudiado.

Existe un criterio unánime por parte de los teóricos que han analizado este tema [64] que un rasgo característico de este tipo penal es que no requiere la constatación de una efectiva lesión al correcto funcionamiento de la

[61]Fermín Morales Prats y Maria José Rodríguez Puerta: Ibidem.

[62]Danilo Rivero García: Ibidem.

[63]Carlos Alberto Rodríguez Mejías: Ibidem.

[64]Fermín Morales Prats y Maria José Rodríguez Puerta: Ibidem.

Administración, configurándose como un tipo de peligro abstracto[65]. Asimismo, la acción típica de este precepto es el acto de aprovecharse de la intervención en un negocio con fines privados, no es necesario que exista un daño directo al bien jurídico lesionado, así como tampoco el tribunal exige su comprobación en el acto de enjuiciamiento judicial, como dice Quirós, en este caso, la especial situación de peligro constituye una presunción *iuris et de iure,* o sea, la acción es punible tanto si existe el peligro como si no existe, es inadmisible la prueba en contrario sobre la presencia del peligro.

Sin embargo el delito de Negociaciones Ilícitas puede ocasionar daños materiales indirectos a la economía. Producto de la conducta engañosa del funcionario puede originar que el país compre mercancía de mala calidad o a más alto precio. En los casos en que estos perjuicios han sido considerables los tribunales han sancionado estas conductas como Actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación en busca de mayor severidad en las sanciones.[66]

Este concurso pudiera suplirse con lo que se ha dado a llamar por los autores delito cualificado por el resultado[67], el cual vendría a cubrir la ausencia de un castigo adecuado superior cuando resultaren daños considerables para el Estado, lo cual se corresponde con el apartado tercero del mismo precepto del Código penal que impone la confiscación de los bienes adquiridos producto del acto delictivo como sanción accesoria.

Esta propuesta además contribuiría a restablecer los principios de economía procesal y celeridad del proceso, los cuales se ven afectados cuando los operadores jurídicos se dan a la tarea de demostrar a través de informes contables y económicos, cómo afectó al país que se comprara determinada mercancía a un determinado proveedor, para poder imponer una sanción mayor no prevista el delito de Negociaciones ilícitas.

Otra diferencia que es necesario acotar es la que existe entre el delito estudiado y las exacciones ilegales, no porque existan opiniones doctrinales que los asemejen, sino porque ambos están en la misma sección del Código penal.

Atendiendo a las normas de interpretación legal, el artículo 153 con sus tres apartados corresponde a un mismo delito llamado Exacción Ilegal y Negociaciones ilícitas.

[65]Quirós Pirez, Renén: Ídem, t.I, pp. 195 y ss., Gonzalo Rodríguez Mourullo: *Derecho penal parte general*, pp. 279 y ss.

[66]Sentencias 463 y 217 de 2008 del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de la Habana en las cuales los funcionarios públicos aceptaron dinero a cambio de favorecer la contratación con una empresa extranjera específica ocasionándole al país en concepto de gastos por averías, incumplimiento de las especificaciones técnicas o por dilación en la entrega de los productos un costo de 8 millones de dólares en uno de estos casos.

[67]Santiago Mir Puig: *Ob. cit*., p. 32.

Las opiniones doctrinales[68] coinciden en que para organizar la parte especial de los Códigos penales es aconsejable, como lo demuestra su uso frecuente, partir del bien jurídico para ordenar por títulos los grupos de delitos que responden a cada objeto o interés jurídico tutelado. Es por ello que no se explica cómo dos delitos que tienen conductas típicas y objetividad jurídica diferentes no estén delimitados en el Código penal cubano.

El delito de exacción ilegal o concusión, como se le llama en otras legislaciones[69] consiste en la exigencia del funcionario público al particular del pago de impuestos o recaudaciones indebidas o superiores a las debidas. Algunas legislaciones exigen como parte de la conducta típica el constreñimiento o el engaño para lograr ese fin.

La primera diferencia radica en la exigencia, la cual como se ha visto no está descrita en el delito de negociaciones ilícitas, aunque no obsta para que pueda emplearse por el funcionario público para obtener el interés o beneficio en las negociaciones. Otra diferencia radica en el objeto directo de la acción que en este caso son los impuestos, tasas, derechos o cualquier otro tipo de ingreso y no las operaciones comerciales. Igualmente, con esta la acriminación, la norma tutela el interés de los terceros; interés que se concreta en la libertad que deben poseer para disponer libremente y, desde luego, conscientemente, de su patrimonio y no el buen funcionamiento de las operaciones contractuales, en todo caso la función administrativa de recaudar ingresos para el presupuesto del Estado.

Visto hasta aquí las principales deiferencias entre uno y otro tipo legal y atendiendo a la independencia de que gozan ambas figuras en los códigos penales consultados es aconsejable para respetar los principios de sistemática legislativa, legalidad y taxatividad su separación en el Código Penal cubano.

Conclusiones

El bien jurídico como elemento base del tipo penal y núcleo de la Teoría del delito debe ser abordado como punto de partida de cualquier análisis en sede de Derecho penal especial. A través de este se podrá demostrar la peligrosidad social de cualquier comportamiento y por consiguiente su penalización o despenalización.

Los Códigos penales han adoptado el método para su organización a partir del *nomen iuris* del bien jurídico protegido lo cual no implica que el nombre del título o capítulo se restrinja a su significado literal a la hora de interpretar el bien jurídico particular de determinado delito.

[68]Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas: *Los delitos contra la administración pública*, pp. 125 y ss.

[69]Código penal de Italia, y por tradición lo han seguido los de Colombia, Bolivia, Méjico, entre otros.

El bien jurídico individual del delito de Negociaciones Ilícitas abarca las relaciones comerciales o de negocio que se dan en sede mercantil las cuales pueden ser de carácter nacional o internacional, con esta precisión se logra demostrar la importancia de su presencia en el Código penal y la autenticidad del mismo al diferenciarse de otros tipos delictivos.

Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A: "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber", *Revista Penal,* no. 14, abril 2004, España.

.....*Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, [s.n.], Lima, 2001.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: "Sobre la reforma de los funcionarios públicos", *Documentación Jurídica*, no. 37/40, vol. 2, [s.n.], 1983.

BONESANA, CÉSAR: *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Heliasta S.R.L, [s.n.], 1993.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. Y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Ed. Trotta, 1997.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *Intereses difusos y Derecho penal, Cuadernos y estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Peder Judicial, [s.n.], 1994

CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL: *Código penal anotado*, Ed. Porrúa S.A, México, 1983.

COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho penal especial*, t. I, Ed. Félix Varela, 2003.

.....: *Delitos de los funcionarios públicos, Consejo general del poder judicial*, Cuadernos y estudios de Derecho Judicial, España, 1994.

.....: *Derecho penal parte especial*, t. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.

.....: *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

.....: *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Ed. Aranzadi, 2002.

.....: *Temas para el estudio del Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.

.....: *Manual de Derecho penal parte especial*, t. IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

....."Los principios del proceso penal", *Cuadernos y estudios de Derecho judicial*, Consejo general del poder judicial, 1992.

.....: "Falsedad y defraudaciones", *Cuadernos y estudios de Derecho judicial*, Consejo general del poder judicial, 1995.

.....: *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

CRESPO, EDUARDO DEMETRIO: *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

CREUS, CARLOS: *Derecho penal parte especial*, t. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

GARCINI GUERRA, HECTOR: *Derecho Administrativo*, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

GOITE PIERRE, MAYDA: "El delito de malversación desde una perspectiva legislativa", *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, no. 6, [s.n.], 2006.

GONZÁLEZ CUSSAC: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 1994.

GRACIA MARTÍN, LUÍS: *El actuar en lugar de otro*, Consejo General del Poder Judicial, [s.n.], 1993.

GRILLO LONGORIA, JOSÉ A.: *Los delitos en especie*, t. I, Ed. Pueblo y educación, 1983.

MAGALDI PATERNOSTRO, MARÍA JOSÉ: "La prevaricación de abogado y procurador", *Revista del Poder Judicial*, no. 4, junio, Madrid, 1994.

MEJÍAS RODRÍGUEZ, CARLOS ALBERTO: *Estudio de los Delitos Funcionariales*, [s.n.], 2009.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal parte general*, 5ta ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 1998.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y WINFRIED HASSEMER: *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

Muñoz Conde Francisco y Mercedes García Arán: *Derecho penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
…..: *Derecho penal, Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
Pérez, Luis Carlos: *Derecho penal parte general y especial*, t. III, Ed. Temis, Colombia, 1984.
Quirós Pirez, Renén: "Despenalización", *Revista Jurídica* , no. 10, enero-marzo, [s.n.], 1986.
…….: *Manual de Derecho penal general*, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2002.
Rodríguez Montañés, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.
Rodríguez Mourullo, Gonzalo: *Derecho penal parte general*, Ed. Civitas S.A, Madrid, [s.a.]
Roxin, Claus*: Derecho penal parte general*, t. I, Civitas, Madrid, 2000.
Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando: *Los delitos contra la administración pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de de Santiago de Compostela, 2003.
Vizueta Fernández, Jorge: *Delitos contra la administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*, [s.n.] Granada, 2003.

ACIJ
2009-2010
No. 5

El principio acusatorio y el perfeccionamiento de la legislación procesal penal

The accusatory principle and improvement of criminal procedure law

José Candia Ferreyra

Resumen

La indudable existencia de rezagos y secuelas de una extensa tradición inquisitiva en el procedimiento penal plantean la necesidad de afrontar la tarea de perfeccionar las leyes procesales y de organización y estructura de los órganos que intervienen en los procesos, para adecuarlas a las exigencias de mayor efectividad en el combate contra el delito y al mismo tiempo, acentuar las garantías procesales y, en fin, aumentar la eficiencia de los procedimientos. En el presente trabajo se expone la situación, esencia y condiciones del funcionamiento del principio acusatorio en el proceso penal y se exponen algunas direcciones en que se pudiera perfeccionar en nuestro país la ley de procedimiento penal y el propio proceso penal.

Palabras claves

Principio acusatorio; principio de legalidad, delito, hecho delictivo, sanción penal, función jurisdiccional y acusación.

Abstract

The undoubted existence of lags and sequels of a long accusatory tradition in criminal proceedings raised the need to address the task of perfecting the procedural laws and the organization and structure of the bodies involved in the process, to suit the demands for greater effectiveness in the fight against crime and at the same time emphasizing the procedural safeguards and, ultimately, increase the efficiency of procedures. This paper presents the status, nature and conditions of the functioning of the accusatory principle in criminal procedure and presents some directions in which they could improve in our country the law of criminal procedure and the criminal process itself.

Keywords

Accusatory principle, principle of legality, crime, crime fact, criminal punishment, judicial and prosecutorial function.

La indudable existencia de rezagos y secuelas de una extensa tradición inquisitiva en el procedimiento penal, que subsiste aún después de casi dos siglos de iniciada la reforma de ese tipo de procedimiento que dio lugar a la aparición del sistema mixto o inquisitivo reformado, así como otros problemas que se manifiestan en los sistemas judiciales de diversos países que hacen afirmar a muchos autores la permanente presencia de una crisis generalizada en la justicia penal, plantean la necesidad de afrontar la tarea de perfeccionar las leyes procesales y de organización y estructura de los órganos que intervienen en los procesos, para adecuarlas a las exigencias de mayor efectividad en el combate contra el delito y al mismo tiempo, acentuar las garantías procesales y, en fin, aumentar la eficiencia de los procedimientos jurisdiccionales.

En nuestro criterio, cualquier intento de reforma del procedimiento penal en el mundo moderno, no puede ignorar la evolución del derecho procesal hasta nuestros días, aunque tampoco se puede incurrir en el error de construir pretendidos «sistemas» sobre la base de superponer supuestas ventajas de uno u otro modelo o tipo de procedimiento, lo que puede conllevar situaciones más complejas, si no se parte de principios bien delimitados que conformen el proceso como un verdadero sistema coherente.

Esto significa, por ejemplo, que no es posible pensar en la inclusión de muchos mecanismos propios de un procedimiento eminentemente pragmático y utilitarista, en el que rija el principio de oportunidad en la actuación dirigida a la obtención de una sentencia, en un procedimiento que esté regido por el opuesto principio de legalidad, que implica que necesariamente todo hecho con características de delito que sea comprobado y se haya determinado su autor, sea presentado ante los tribunales. En tales condiciones, la acumulación y los atrasos en la celebración de los juicios que se producirían en el sistema, lo harían totalmente inoperante.

Del mismo modo, es imprescindible concebir el procedimiento penal y con él también el Derecho Procesal Penal, como una rama jurídica similar, pero totalmente independiente y con rasgos esenciales diferentes al procedimiento civil, que es el paradigma del Derecho Procesal.

A diferencia del ámbito de lo civil, lo administrativo y otras ramas donde se establece el proceso como función exclusiva de los órganos jurisdiccionales para la solución de conflictos de diversos tipos, todo el derecho procesal penal está subordinado al principio de necesidad, que se expresa en la obligatoriedad de acudir al proceso para determinar la aplicación de la facultad punitiva que el Estado se ha arrogado, así como determinado también por el llamado principio de oficialidad, que atribuye como función específica a determinados órganos públicos (estatales) no solo el enjuiciamiento, sino también la promoción de éste, en lo que se refiere a los hechos delictivos previstos en la legislación penal o, al menos, a la mayoría de ellos.

Mientras que en el dominio del derecho civil, los interesados tienen diversas alternativas para hacer valer sus derechos, incluso sin acudir al proceso y emplean

la vía jurisdiccional según su interés y su libre voluntad, conservando facultades dispositivas sobre el proceso en ese caso, que nacen de la titularidad que sobre el bien objeto de la litis afirman poseer, el proceso penal se actúa *necesariamente*, por imperativo de la ley, ante la evidencia de un hecho con caracteres de delito cuya responsabilidad es posible atribuir a persona determinada y debe terminar en ese caso, como regla general, también *necesariamente* con una sentencia que resuelva sobre el objeto penal planteado.

A partir de un momento histórico determinado, el Estado hizo suya la facultad de reacción frente a una infracción penal, en forma exclusiva, eliminando la posibilidad lícita de una respuesta individual por el particular, aun cuando fuera el propio ofendido por el delito. El *ius puniendi* corresponde así al Estado, que lo expropió a los particulares y ha sido atribuido por aquél a los tribunales, prohibiendo de manera expresa o tácita la autotutela penal.

Siendo titular de la facultad legislativa y reservando a la ley la definición de lo que es delito y la medida en que puede ser sancionada cada conducta, el monopolio del *ius puniendi* completa el mecanismo estatal de control social de mayor trascendencia, que solo puede ser realizado a través de los órganos jurisdiccionales. No obstante, en los últimos decenios se ha empleado ampliamente sustraer de la esfera jurisdiccional determinadas conductas desvaloradas como delito, para sancionarlas por vía disciplinaria o administrativa, con fundamento en propósitos de reducir la criminalización de conductas y aligerar la carga de trabajo de los órganos judiciales, en franca disposición de la facultad punitiva del Estado, tendencia contra la cual reacciona parte de la doctrina penal.

Pero, como regla general, las conductas de mayor gravedad o peligrosidad social, determinadas por la ley como delito, son necesariamente del conocimiento de los tribunales en los que el Estado ha delegado el ejercicio de sus facultades de juzgar y penar y tales facultades se ejercen por medio del *proceso* establecido legalmente (juicio previo, por juez natural, audiencia bilateral, etc.) para aplicar la pena estatal o decidir su no aplicación. Y la necesidad del proceso en tales casos y el carácter estatal de la pena, resultan evidentes incluso en los delitos «privados», donde la aplicación de tal reacción solo es posible mediante una decisión de un órgano jurisdiccional estatal, después de realizado el procedimiento *oficial* correspondiente.

Los casos que excluyen la posibilidad de sanción penal ante un hecho típico, como las eximentes de legítima defensa y de estado de necesidad, no constituyen en realidad excepciones de la prohibición de la autotutela en lo penal.[1] La autorización para defenderse, defender a otro o actuar de

[1] No es éste el criterio del profesor Montero Aroca, por ejemplo, el que plantea: «Podrán existir supuestos excepcionales de autotutela (y el caso más destacado es el de la legítima defensa), pero la regla general es la de su prohibición…» Juan Montero Aroca: «La Garantía Procesal y el Principio Acusatorio», en *Justicia y Sociedad*, 1994, p. 525.

modo determinado para evitar un mal inminente, implícita en estas eximentes clásicas en derecho penal, no significa facultar a los particulares para imponer penas u otros gravámenes, sino sólo tolerar que, frente a una situación ilegítima de la cual no es responsable, en circunstancias en las que el auxilio estatal no podría llegar a tiempo, el individuo pueda rechazar el ataque injusto y protegerse, de conformidad con determinadas circunstancias descritas en la ley, todo lo cual, en virtud del principio de legalidad, tendrá que ser examinado por el órgano jurisdiccional competente para decidir si en realidad ese actuar es o no ajustado a derecho.

Pero, en cualquier caso, el resultado de la defensa o del actuar que produzca un mal menor al evitado, no se constituye en consecuencia jurídica del delito que ocasionó tal actuación, al punto de que lo realizado por el agresor o el que provocó la situación de peligro, continúa siendo un hecho punible, a pesar de la reacción y sus resultados.[2]

El grado actual de oficialización o *estatalización* del procedimiento es tal, que hoy se extiende a la defensa técnica, que es, en principio, un interés privado del acusado, sobre el cual debe decidir libremente, pero que, en determinado momento del proceso, a falta de su decisión al respecto, el Estado ofrece oficialmente el necesario defensor, incluso contra la voluntad del interesado.

Monopolizado el *ius puniendi* por el Estado, que lo atribuye a los tribunales, se deriva que el particular, incluyendo al propio perjudicado por el delito, *no tiene ningún derecho subjetivo (a castigar) surgido de la relación material establecida en la comisión del delito (víctima-autor).* Tal relación, como afirma MONTERO AROCA[3] no es una relación jurídica o, en todo caso, decimos nosotros, su carácter jurídico estaría dado solo por su ilicitud y la relación jurídico procesal a la que pudiera dar lugar como tal, en virtud de que la infracción penal es un asunto de interés público, no sería entre víctima y acusado, sino entre éste y el Estado que ha afirmado una prohibición respecto a determinada conducta,

[2] Tal situación se aprecia claramente cuando en una circunstancia de legítima defensa, el ofensor intenta matar o llega a lesionar a otro que se defiende y neutraliza el ataque ilegítimo, lesionando a su agresor; aquél está excusado de la aplicación de la pena, por considerarse justificada su reacción, pero este último resultará responsable de su tentativa o de las lesiones ocasionadas al que tuvo que defenderse y, en principio *necesariamente* recibirá una sanción por la comisión de ese ilícito, con independencia de que ya haya sido merecida y proporcionalmente "reprimido" por su contrincante.

[3] Expone el profesor y magistrado MONTERO AROCA que "(…) no existe una relación jurídico material penal en la que sean partes los que han intervenido en el hecho delictivo, bien como autor, bien como víctima. El ofendido o perjudicado por el delito no es titular, ni puede afirmar que lo sea, de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena, por cuanto tal negado derecho subjetivo supondría la titularidad del *ius puniendi*. Este corresponde sólo al Estado; al ofendido o perjudicado únicamente puede reconocerse la facultad o, si se quiere, el derecho de promover el ejercicio por el Estado de ese derecho a castigar". MONTERO AROCA, JUAN: *La Garantía Procesal y el Principio Acusatorio, cit. pág. 526*

convirtiéndola en punible, representado a los efectos del proceso por el tribunal.[4]

No siendo el particular titular de relación jurídico-material penal alguna, no puede tener la disposición en la aplicación del proceso penal, por lo que no es de su dominio ni la incoación ni la terminación del proceso. La ley deja en manos del particular (para la mayoría de los delitos) solo la posibilidad de poner en conocimiento de los órganos estatales correspondientes la existencia del hecho presuntamente delictivo (deber/derecho de denunciar, en general, con cuya omisión existe la posibilidad de impedir que se inicie un procedimiento) aunque con algún margen de facultad sobre el proceso en determinados casos (querella, delitos semiprivados que requieren la denuncia de persona legitimada para ello y posibilidad del perdón)[5] por razones prácticas y de política criminal, más que por otras causas.

Establecido por el Estado, además, que el *ius puniendi* se materialice únicamente a través del proceso, que supone una actuación bilateral ante el órgano jurisdiccional, solamente es posible la aplicación de sanciones penales (consecuencia del acto antijurídico) mediante el juicio previo, con audiencia de las partes, aportación y examen contradictorio de las pruebas.

La existencia de un hecho presuntamente delictivo, necesariamente (como regla) pone en marcha el procedimiento preliminar (comprobación, investigación) y si al final del mismo subsisten los elementos que demuestran la comisión del hecho típico antijurídico por una persona determinada, debe (conforme al principio de legalidad) o puede (conforme al principio de oportunidad) formularse la acusación, para lo cual el Estado creó el Ministerio Público como su representante, expropiando entonces a los particulares, también, el derecho a solicitar la actuación de los tribunales, esto es, en sentido general, la facultad de ejercitar la acción en el proceso penal.

[4] La *relación jurídico-procesal* que hipotéticamente surgiría significaría que el autor quedaría sujeto a la decisión que el órgano jurisdiccional debería adoptar por imperio de la Ley. Sin embargo, la figura de la parte acusadora (sea un órgano estatal con esa obligación funcional u otro actor que pueda promover la actuación del tribunal) crea una distinta relación procesal, por imperio del principio de imparcialidad que excluye –al menos como regla general— la actuación *exoficio* del órgano jurisdiccional y conjuntamente con ella, la apariencia de alguna relación jurídico material realmente inexistente.

[5] En el caso de la querella criminal, estamos ante una facultad positiva para desencadenar el proceso; en los otros casos, se trataría de una facultad para excluir la incoación del proceso o para interrumpirlo luego de iniciado, resultando, por tanto, una potestad de carácter negativo. En estos casos, por constituir situaciones de menor interés público tales hechos, al afectar el delito valores cuya trascendencia es en esencia al ámbito privado de cada uno, el Estado, aunque no renuncie a disponer la actuación del *ius puniendi* para el caso en que el interesado lo requiera, deja, sin embargo, en manos del este la posibilidad de que se actúe o no, con mayor o menor arbitrio al respecto.

Al atribuirse, por razones de interés público,[6] la función persecutora de manera exclusiva en principio, el propio Estado cede parte de esta facultad a los particulares en mayor o menor medida, de lo que es ejemplo clásico la querella en los llamados delitos privados, que resultan de escaso interés oficial, así como comparte la iniciativa de la persecución en los delitos «semi-privados»; incluso en procedimientos aún vigentes, como el típico anglo-sajón del imperio británico, tan cercano al modelo del procedimiento civil, la amplia gama de delitos cuya persecución corresponde al propio perjudicado, es así porque el Estado deja expresamente en manos de aquél tales casos, pero se reserva otros (delitos de mayor gravedad o de mayor interés público, etc.) en los cuales es imprescindible la promoción estatal. En algunas legislaciones -por ejemplo en la española- se consagra la posibilidad de ejercitar la acción penal privada en delitos perseguibles de oficio, a través del acusador privado, el acusador popular o simplemente el querellante, pero generalmente debe ejercitarse en conjunto o como adherente con el Ministerio Público.[7]

El Estado monopoliza así también, aunque no de modo tan absoluto como la función jurisdiccional, el ejercicio de la acción penal, que se convierte en vía imprescindible para el enjuiciamiento en la absoluta mayoría de delitos y procedimientos o, al menos, para aquéllos en que el Estado se reserve su actuación directa como requisito del proceso.

Pero tampoco el Ministerio Público, convertido en parte, tiene atribuido el *ius puniendi,* como no lo tiene el particular o el acusador popular que,

[6] Originalmente, la reacción ante el ilícito de cualquier clase debió ser privada; al surgir el Estado pudo continuar siendo así respecto a la mayoría de los delitos, conservándose la posibilidad de una actuación totalmente individual a pesar de la creación de órganos encargados de impartir justicia, junto con la facultad de acudir el particular ante estos órganos, demandando la tutela correspondiente, comenzando a intervenir representantes del Estado como requirentes ante los tribunales en determinados delitos que resultaban de interés directo para los órganos de poder; el delito, en la evolución de la sociedad, llegó a entenderse como una conducta que atentaba contra el propio orden social establecido en general, atribuyéndose a los tribunales en exclusiva su represión y durante la edad media se llegó al punto de establecer su persecución oficial en todo caso, ante cualquier indicio de su comisión, reduciéndose el papel del perjudicado hasta prácticamente desaparecer como figura procesal. El iluminismo liberal mantuvo la oficialidad en la persecución del delito (como regla predominante), aunque atribuyendo esta actividad a un órgano oficial distinto de los jurisdiccionales, el Ministerio Público o Fiscal también designado como Procurador.A la atribución de la función de persecución del delito a un órgano estatal que debe actuar con arreglo a la Ley, se le reconocen generalmente como efectos positivos que por esa vía se asegura que se actúe en todos los casos (que lleguen a conocimiento de las autoridades) en que legalmente corresponda y al mismo tiempo se evitan los procesos inútiles o ineficaces que pudieran promover los particulares.

[7] En el procedimiento penal cubano, solamente puede surgir la figura del acusador particular cuando no estando de acuerdo la Sala con el sobreseimiento libre solicitado por el Fiscal, decide ofrecer el procedimiento al perjudicado o sus sucesores para que ejerciten la acción punitiva y la resarcitoria, en su caso.

como parte, intervenga en el proceso ya que no pueden afirmar una determinada relación jurídica en el orden penal, por lo que sus facultades quedan limitadas a procurar, promover, la actuación de tal derecho de castigar atribuido a los tribunales, ejercitando la acción penal siempre (y solo cuando) concurran los presupuestos legales para ello y no podrán abandonarla sino cuando, igualmente, se den las circunstancias previstas en la ley para ello.

Incluso en los casos en que se ha introducido en el proceso penal alguna forma de transacción en relación con la calificación o la pena, o la posible conformidad del acusado con la solicitud de la acusación, el Ministerio Público, una vez iniciado el proceso no puede abandonarlo hasta alcanzar el fallo correspondiente. Esto es, aunque la parte acusadora y la acusada lleguen a un acuerdo que pueda viabilizar o hasta poner fin al proceso, la pena sólo puede ser dispuesta (condicionada o no por el acuerdo) por el órgano jurisdiccional titular del derecho de penar.

Por tanto, en el proceso penal, la acción cumple su cometido al lograrse el inicio del proceso y pudiera decirse que se completa y extingue en ese acto, continuando el proceso oficial en virtud del principio de necesidad, con determinadas formas de conclusión posibles, aunque normalmente debe terminar con una sentencia del órgano jurisdiccional.

Con lo anterior basta para evidenciar que, aunque el enjuiciamiento penal esté conformado como un verdadero proceso, no puede estar sujeto a los mismos principios que el proceso civil, particularmente en cuanto a los principios dispositivo y de oportunidad.

Uno de los principios esenciales para el proceso penal, directamente relacionado con la necesaria imparcialidad del juez, es conocido como principio acusatorio, que se refiere específicamente a que la acusación tiene que ser formulada por un ente ajeno al tribunal, determinándose en este acto el objeto del proceso, principio que se cumple sea cual sea el acusador (público o privado) y en diferentes procedimientos. Sean cuales sean las diferencias entre el proceso penal y el proceso civil, lo que no puede ser diferente es la presencia de un tercero imparcial, supra partes, para resolver el conflicto, lo cual sí es inherente de cualquier proceso jurisdiccional, incluso en los casos en que pudiera resolverse la litis en ausencia de alguna de las partes.[8]

[8] En determinados supuestos, que son más bien excepción en materia de enjuiciamiento penal, se establecen procedimientos que pueden culminar aun con la ausencia de la parte acusada: tal es el caso de los procedimientos en relación con el acusado ausente. También existen procedimientos en los que no es necesaria la presencia del Fiscal u otra parte que sostenga la acusación: procedimientos por faltas o contravenciones, de tipo correccional y, en el caso de Cuba, el procedimiento conocido como *sumario* para el conocimiento por los Tribunales Municipales Populares de delitos con sanciones de hasta un año de privación de libertad o multa no superior a trescientas cuotas o ambas.

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional resulta un importante presupuesto para la actuación imparcial de los tribunales, que generalmente tiene rango constitucional. Como se conoce, se exige que tal independencia se manifieste en un orden externo, esto es, en relación con otros poderes u otros órganos estatales, impidiéndose cualquier intromisión de éstos en la solución de los casos.

A tales efectos, los tribunales se crearon en las sociedades modernas como un «poder» estatal autónomo, independiente de los otros órganos del poder del Estado pero, además, desde los inicios del siglo XX se comenzaron a estudiar y aplicar diversas medidas para lograr que, dentro de la organización estatal, los tribunales gozaran de la mayor independencia en cuanto al ingreso, la permanencia, el ascenso en grado y la separación de los jueces y hasta para garantizar la autonomía económica de la organización jurisdiccional.

Tal independencia no se logra simplemente con consagrarla constitucional o legalmente; se necesitan medidas prácticas, órganos de autogobierno, limitaciones a otras autoridades, reglas precisas y especialmente, voluntad política de respetar esa necesaria y esencial independencia.

Sin abordar el panorama de la mayor o menor efectividad de algunas de esas medidas puestas en práctica al respecto, solo acotamos ahora que, en cualquier caso es muy difícil excluir a los magistrados de influencias políticas e ideológicas e incluso, de la coacción directa o indirecta que un régimen de terror (como los padecidos hasta finales del siglo pasado en muchos países latinoamericanos) ejerce en los jueces.

Pero si importante es la independencia externa del juez, también lo es la interna, es decir, en relación con el propio poder judicial o sistema de administración de justicia. Aun cuando se adopten algunas medidas para evitar que unos tribunales se vean influidos o determinados por otros, es muy difícil lograrlo mientras se mantenga una organización vertical y jerarquizada de los órganos jurisdiccionales, en la cual, de uno u otro modo, los tribunales superiores pueden enmendar las decisiones de los inferiores.

Cuando un juez, al momento de decidir sobre un caso, tiene que reflexionar sobre lo que haría al respecto el tribunal *ad quem* si alguna de las partes recurre, no está actuando con real independencia: ésta se reduce, aunque no parezca ser notablemente y con esta reducción también se altera la imparcialidad con la que deberá actuar, ya que, al menos en determinados casos, no decidirá exclusivamente por su propio criterio, sino que aplicaría concepciones preestablecidas por otros.

Aun cuando la jurisprudencia del superior no resulte obligatoriamente vinculante, el hecho de estar potencialmente sujeto a la corrección de sus fallos por aquél, funciona subjetivamente, al menos, como condicionante de sus decisiones y, en ocasiones, como factor determinante.[9] Indudablemente, cualquier merma de

[9] En relación con este problema existen otras situaciones objetivas cuya solución no es tampoco sencilla, como la cuestión de que indudablemente hay jueces con menor preparación y experiencia, que generalmente ocupan los primeros escalones de la pirámide de los órganos de justicia, así como la necesidad de abastecer a las partes de los apropiados remedios ante resoluciones judiciales injustas o por otra causa fallidas y a su vez, el tipo de recurso que se decida establecer y otros muchos problemas que exceden el propósito de estos apuntes.

la independencia del juez, externa o interna, objetiva o subjetiva, implica una disminución de su imparcialidad, en sentido general.

La imparcialidad, propiamente, es la independencia de criterio en la interpretación de la ley, en relación con el caso concreto y se manifiesta en varios sentidos. Las leyes, generalmente, establecen como causas de excusa o recusación del juez, diversas circunstancias que pueden influir en sus criterios, tales como la relación pacífica o conflictiva con alguna de las partes o los intereses comunes o contrapuestos a los de éstas y el haber intervenido anteriormente, de algún modo en la sustanciación de las actuaciones o en la solución del caso en primera instancia.

Hoy es claro para todos que el principio acusatorio supone que no pueden ejercerse por el mismo órgano las funciones de investigación (en la fase preparatoria o preliminar) y de enjuiciamiento, por lo que ello puede afectar a su necesaria imparcialidad [10] que era lo característico en los procesos de los tribunales de la Inquisición. El fantasma del método inquisitivo de enjuiciamiento resurge en un sistema procesal con funciones de investigación y de enjuiciamiento claramente separadas, cuando los jueces, para decidir algún caso, conceden prevalencia al resultado de las diligencias practicadas en la fase anterior al juicio respecto a las pruebas que se hayan practicado en su presencia o suplen la insuficiencia de la actividad probatoria desarrollada en el plenario con la obtenida en la investigación del hecho, aunque no se haya reproducido ni debatido en el juicio.[11] Del mismo modo, tampoco es dable aceptar que el propio juez formule la tesis acusatoria que debe resolverse en el proceso, lo cual constituiría un grave quebranto de su imparcialidad.[12]

De acuerdo con el criterio del profesor valenciano Montero Aroca, el principio acusatorio conlleva las siguientes consecuencias trascendentes:

A) No puede haber proceso sin acusación previa, que tiene que ser formulada por un ente ajeno al tribunal sentenciador.[13]

[10]Resulta evidente, en la legislación procesal cubana, que el ejercicio de la facultad de revisar las actuaciones previas (expediente de fase preparatoria) cuando el fiscal solicita la apertura del juicio oral, a los efectos de decidir si se accede o no y en este último caso devolver su escrito acusatorio y las actuaciones al fiscal (art. 263 LPP), es un acto que compromete la imparcialidad del juzgador, al no prohibirse que se realice (como en la práctica se hace) por el propio tribunal que posteriormente realizará el juicio. Tanto si se entiende que la formulación de la acusación se ajusta a lo actuado, como si se rechaza la solicitud de abrir a juicio, en cierto modo se ha prejuzgado (o al menos preconocido) de los hechos.

[11]Por supuesto, hay casos en que la Ley no tiene más alternativa que admitir excepciones al principio de inmediación, como, por ejemplo, cuando la víctima fallece, después de haber prestado declaración ante el Instructor y no puede, por tanto presentarse en el juicio o cuando se trata de actos irrepetibles.

[12]Como excepción suelen plantearse los procedimientos correccionales o por delitos de menor gravedad, en los que no se formaliza la acción y aparentemente el tribunal o juez actúa de oficio, aunque en realidad, no se quebranta con ello el principio acusatorio, en el sentido de que el proceso se inicia en virtud del contenido de la denuncia con la calificación que de los hechos haya hecho el actuante y en el proceso se procede con entera libertad a determinar si el hecho es o no delito, su calificación y demás circunstancias y se adopta la medida que proceda, en virtud de lo que resulte de la vista oral.

[13]Juan Montero Aroca:*Ob. cit.,* p. 538.

Esta consecuencia, que hoy nos parece obvia, es la que llevó al Estado, al oficializar tanto la función punitiva como la persecutora, a desdoblarse en el proceso penal y, por un lado, actuar como requirente (Ministerio Público) y, por otro, actuar como decisor, por medio de la organización de sus tribunales.

Pero es necesario en este caso precisar que este principio cardinal del proceso establece solamente que no se puede iniciar juicio sin acusación previa, no que no pueda haber condena sin acusación, que son situaciones diferentes. «El riesgo consiste aquí en confundir dos cosas muy distintas; la consecuencia que estamos enunciando es la de que no puede haber proceso sin acusación, que no es lo mismo que decir que no puede haber condena sin acusación». [14]

Como no existe un derecho subjetivo de los acusadores sobre la pena (recordemos que es una facultad soberana cuyo ejercicio se ha delegado en los tribunales), hay que concluir que el principio acusatorio exige la acusación previa para el inicio del proceso, a fin de preservar la imparcialidad del juzgador. Pero una vez desarrollado el proceso, el juzgador debe tomar partido, esto es, decidir en un sentido u otro (todo proceso debe concluir con una resolución de condena o de absolución).

En relación con el ejercicio de la acción (acusación) las legislaciones ofrecen distintas alternativas para una vez que se haya iniciado el proceso:

- O bien se ordena expresamente que no se puede desistir de la acción pública emprendida.
- O que pueda solicitarse por el acusador la absolución o retirar la acusación.

Como conocemos, la primera situación no es en absoluto vinculante para el tribunal, que puede absolver al acusado a pesar de la persistencia de la parte acusadora o puede, si es el caso, sancionar por una conducta que no es exactamente igual a la imputada (por ejemplo, si admite como probada una parte de los hechos o de un hecho, pero no todos los expuestos por la acusación) así como sancionar por un delito de menor gravedad que el calificado por la acusación.

En el segundo caso, la regla general es que tal solicitud o decisión tampoco es vinculante para el tribunal o, de alguna forma, es irrelevante, por lo que podría dictar sentencia condenatoria (Código de Córdoba, Argentina, que

[14] Ibídem, p. 538.Utilizo aquí la expresión *retirar la acusación* por ser la que normalmente se emplea por las legislaciones y por la doctrina hispánica sobre el mecanismo procesal que nos ocupa, aunque realmente me parece inapropiado hablar de retirar o «deshacer» la acusación, que fue un acto que motivó el inicio del proceso y quedó en el pasado al lograrse tal propósito y precluir su momento procesal, por lo que no puede deshacerse; más apropiado sería decir que en ese momento, se hace renuncia de la «*pretensión*» punitiva.

dispone que el tribunal, en esos casos, puede dictar, sin más, sentencia condenatoria; LPP de Cuba, con el requisito de plantear la «fórmula» del art. 350, a las partes.)[15] a pesar del desistimiento de los acusadores. Durante muchos años, al amparo del artículo 733 (fórmula que la doctrina española denomina como «tesis») de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se podía también en España calificar el delito e imponer sanción aunque se retirara la acusación, aunque a partir de la explosión *socialdemócráta* posterior a la dictadura franquista, la jurisprudencia ha impuesto una interpretación contraria, definiendo que para modificar calificaciones de la acusación es imprescindible que alguna de las partes acusadoras haga suya la tesis planteada por el tribunal al amparo del mencionado artículo 733 posiciones criticadas[16] por parte de la doctrina española, por cuanto hace depender la función de los tribunales de las posiciones que adopten las partes en el proceso.

En Cuba, la «retirada» de la acusación tiene su origen en el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1909, recogiéndose[17] después, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero ni en esa legislación ni en las procesales posteriores en que se ha mantenido (en la Ley 1251, de Procedimiento Penal de 1973 y en la Ley 5 de igual nombre, de 1977 aún vigente), se establece en cuales casos se debe acudir a tal mecanismo, ni cuales son sus consecuencias. En nuestro criterio, debe emplearse esta vía por la parte acusadora, solamente en aquellos casos en que el resultado del juicio es desfavorable a su pretensión y no cabe pedir la absolución del acusado, los cuales serían: a) que no se han probado debidamente los hechos y, b) que aún demostrado el hecho, no se ha probado la participación en él del acusado (o alguno de ellos cuando son varios). Cuando en el proceso se ha demostrado que concurre alguna circunstancia eximente de responsabilidad o cualquiera otra exculpatoria legalmente prevista, lo que procede

[15] En los Códigos Procesales Penales de Guatemala y Costa Rica, promulgados en los finales del pasado siglo e inspirados en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, no se fija limitación alguna al tribunal para sancionar, según su criterio, en aplicación de la ley penal, al concluir el juicio.

[16] «La retirada de la acusación impide toda posibilidad de condena, sin que esa circunstancia pueda ser salvada, como hizo el Tribunal de instancia, mediante el empleo de la tesis, si tenemos en cuenta que, ante tal planteamiento, la parte acusadora no hizo modificación alguna de su postura, limitándose a «darse por enterado», sin añadir pretensión nueva a sus primitivos alegatos que, por tanto, quedaron sin modificar» (Sent TSE 3-11-88) «La retirada de la acusación impide la condena» (Sent TSE 4-7-90) ANTONIO GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, *Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

[17] La Ley Orgánica del Poder Judicial, se promulgó durante el período de la segunda intervención militar norteamericana en Cuba, entrando en vigor en julio de 1909 y su artículo 305, según fue modificado posteriormente por la Ley Decreto 1057 de 5 de septiembre de 1953 impuso un cambio, recogido después, en el artículo 733 de la LECrim, ampliando el empleo de la «tesis», al agregar que podía ser empleada ante la retirada de la acusación.

es solicitar la absolución. En este sentido, se pronunció el profesor Aldo Prieto.[18] y además, en la Instrucción no. 7 de 1999 del Fiscal General de la República se indica que los fiscales deben proceder de ese modo.[19] Sin embargo, el profesor ARRANZ CASTILLERO afirma que:

> el abandono de la acusación no solo procede cuando se considera que los hechos demostrados no corporifican delito alguno y cuando se ha probado que el acusado no ha participado en el suceso imputado (…) sino que existen otros motivos que pueden avalar esa actuación. Así, a modo de ilustración, cuando el hecho, aun siendo formalmente delictivo es materialmente insignificante; cuando el acusado, después del trámite de calificación y antes del juicio, ha perdido de modo absoluto e irreversible su capacidad mental,[20] cuando por el tiempo transcurrido (…) ha prescrito la acción penal o se ha dictado una amnistía…

[18] "Debe aclararse que el Fiscal retira la acusación por dos motivos: cuando estima que los hechos probados no son constitutivos de delito y cuando entiende que el acusado no ha participado en ellos, aunque considere que sí hay delito", ALDO PRIETO MORALES *Derecho Procesal Penal Segunda Parte,* p.153. En la primera parte de sus afirmaciones, al parecer el autor se refiere al caso en que no se haya probado el hecho constitutivo de delito imputado, ya que a continuación señala que:... "Los dos casos son coincidentes con los que se establecen como motivos de la solicitud del sobreseimiento provisional en el trámite de la presentación de la causa al tribunal" y en realidad si el hecho probado no constituye delito, lo que procede es el sobreseimiento libre.

[19] La Instrucción 7/99 del Fiscal General de la República, *Normas Generales para el Trabajo de Control de los Procesos Penales*, dictada el 11 de junio de 1999 para actualizar lo hasta entonces regulado en la Instrucción 11/94 de la propia autoridad, expresa en su apartado 7) del Capítulo XII Del Juicio Oral:."Cuando en el acto del juicio oral, en virtud de las pruebas practicadas, el Fiscal considere que el hecho en su conjunto o la participación de alguno de los acusados, no integre delito por carecer de peligrosidad social, como señala el artículo 8.2 del Código Penal, modificará sus conclusiones provisionales acusatorias por otras absolutorias (…) solicitando la absolución del o de los acusados, explicando en su informe su fundamentación al Tribunal..." En el apartado 8, siguiente, se establece: "De igual forma procederá cuando en el juicio se demuestre la presencia de una causa eximente de la responsabilidad penal, lo cual debe ser fundamentado en las conclusiones que se modifican alegando la eximente presente y solicitando la absolución del acusado". Por su parte, en el apartado 1 del Capítulo XIV De la Retirada de la Acusación, se dispone: "El Fiscal que actúe en juicios orales en los procedimientos ordinario y abreviado, solamente ejercitará la facultad de retirar la acusación originalmente formulada, de conformidad con el artículo 349 de la Ley de Procedimiento Penal, cuando del análisis de las pruebas practicadas en el acto de justicia haya arribado a la convicción absoluta de que no quedó probada la participación del o de los acusados en los hechos imputados o la existencia de tales hechos…"

[20] VICENTE J. ARRANZ CASTILLERO: "El Juicio Oral, sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana", en *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal,* Segunda Parte, p.p. 273 y 274. Aquí, inexplicablemente se incurre en craso error por parte del respetado colega, ya que si la enfermedad mental ha sobrevenido después de cometido el delito, lo que no puede hacerse es enjuiciar al sospechoso o presunto autor, pero no se le puede absolver por su incapacidad, ya que la eximente de Enfermedad Mental prevista en el artículo 20 del CP cubano, solo ampara a quien "comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio…" En el ejemplo, si tal situación se originó después de cometido el hecho, pero solo fue descubierta una vez comenzadas las sesiones del juicio oral, el Fiscal deberá solicitar al tribunal, al amparo del artículo 159 de la LPP, que se archiven las actuaciones.

Y ofrece además, otros ejemplos de casos para los cuales la Ley procesal penal establece que puede disponerse el sobreseimiento libre si se acreditan antes del juicio, por lo cual, justificarían igualmente la absolución en el juicio, tal y como ocurriría, por ejemplo, si el fiscal a pesar de haberse demostrado una legítima defensa, insiste en su pretensión de condena, pero el tribunal acoge la tesis eximente de responsabilidad penal. Sobre el tema de la retirada de la acusación, no hemos encontrado Instrucción o Dictamen del Consejo de Gobierno del TSP que lo aborde.

La cuestión del empleo de la retirada o de la solicitud de absolución, tiene implicaciones importantes en el proceso, ya que si la parte acusadora modifica sus conclusiones para pedir la absolución, aparte de que la Ley no es expresa sobre la necesidad de aplicar la fórmula para poder sancionar, ni define que tal petición limita o no sus facultades derivadas del principio *iura novit curia*, se deberá pasar posteriormente a los informes de las partes y (haya o no aplicado el tribunal la fórmula) el acusador deberá explicar los fundamentos de su nueva solicitud y, de acogerla, también en la sentencia se deberán razonar los motivos por los que es acogida o no. Sin embargo, derivada de la errónea creencia de que con la "retirada de la acusación" se deshace todo el proceso y no hay necesidad de defensa, se ha impuesto la costumbre de que cuando el Fiscal informa que retira la acusación, si no se hace uso de la fórmula del artículo 350, se concluye de inmediato el juicio y se dicta sentencia absolutoria amparada únicamente en ese acto procesal de desistimiento, sin necesidad de ofrecer tampoco en la sentencia fundamento alguno sobre la decisión adoptada, más que la referencia a la retirada.

La doctrina predominante en Cuba, desde inicios del pasado siglo, ha sostenido que el tribunal, al aplicar la fórmula ante la retirada del Fiscal, se convierte en acusador y se traspasan de este modo los límites que el principio acusatorio impone a su función de juzgar como ente imparcial y tal concepción, junto con el prejuicio acerca de que la fórmula es una herencia o rezago del sistema inquisitivo de juzgar, se ha trasladado más o menos mecánicamente y sin un análisis realmente científico de la institución y sus verdaderos fundamentos a los nuevos juristas que se forman en nuestras facultades. Así Dolz y Arango, Portuondo y de Castro,[21] en la época prerrevolucionaria;

[21]En relación con la LECrim vigente en Cuba *en la época, señaló:*"...hay una parte mixta en el sistema acusatorio puro, con la existencia y permanencia del artículo 733, que faculta al tribunal, sin prejuzgar el fallo definitivo y con vista de las pruebas practicadas, a solicitar de las partes que califiquen nuevamente los hechos y las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal, cuando hubieren sido calificadas con manifiesto error; aquí aparece un atisbo del régimen inquisitivo". José Portuondo y de Castro: *Curso de Derecho Procesal Criminal*, p. 120.

MERINO BRITO,[22] y ALDO PRIETO[23] en los años setenta, veían este instituto procesal como una merma al principio acusatorio, como concesión al método inquisitivo.

Todavía tal idea prevalece en autores contemporáneos y por ejemplo, el profesor ARRANZ CASTILLERO califica el empleo de la fórmula del artículo 350 de la LPP como "...el supuesto más complejo en tanto constituye el rasgo más paradigmático del sistema inquisitivo que pervive en la reglamentación del juicio oral entre nosotros, pues a través de este acápite se faculta al órgano jurisdiccional (para) desdoblarse en juez y parte y mantener la acusación para luego fallar".[24] Por otra parte, los también profesores DANILO RIVERO y PEDRO PÉREZ, consideran igualmente que el tribunal se subroga en el lugar de la parte acusadora al "sostener" la acusación ante una retirada y estiman que "...el tribunal no debe, bajo ningún fundamento, proceder por iniciativa propia al agravamiento de los términos de la acusación o al sostenimiento de esta cuando sea retirada".[25] No obstante, generalmente al hacerse tales afirmaciones, no se aportan argumentos acerca de porqué se entiende que el tribunal asume el papel de acusador al hacer uso de la fórmula para aplicar, según sus facultades, la ley penal al hecho que ha resultado, según su criterio, probado en la vista: simplemente se da por cierto que ello es así y se critica tal situación desde diferentes puntos de vista.[26]

En cierto modo, la confusión al respecto procede del mismo nacimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 ya que en la exposición de motivos presentada el 14 de septiembre de ese año al monarca por el Ministro de Justicia y Gracia del Gobierno español Manuel Alonso Martínez, se plantea la inclusión de la tesis (después bautizada como de

[22]Considera que la redacción original del artículo 733 de la LECrim de 1882 es el resultado de una fórmula de compromiso o avenencia entre el liberalismo (principio acusatorio) y la costumbre secular de enjuiciar, según existió hasta aquella fecha (inquisitorial) y opina también sobre las modificaciones que al respecto introdujo la Orden Militar 108 de 1899, durante la ocupación militar de Cuba por los EEUU que "la fórmula de marras fue ampliada con más concesiones al sistema inquisitivo". ELOY G., MERINO BRITO: "El Proyecto de Ley de Procedimiento Penal", en *Revista Cubana de Derecho*, año 2, no. 4, p. 43.

[23]Refiriéndose al empleo de la fórmula del entonces art. 355 de la anterior LPP, plantea el profesor ALDO PRIETO que "Este es el caso más significativo del empleo de la fórmula. Mediante ella el tribunal se convierte en el sostenedor de la acusación y de aquí el antecedente que representa del sistema inquisitivo". ALDO PRIETO MORALES: *Ob. cit.*, p.153.

[24]VICENTE J. ARRANZ CASTILLERO: *Ob. cit.,* p. 273.

[25]DANILO RIVERO GARCÍA Y PEDRO PÈREZ PÈREZ:"El Juicio Oral", en *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, p. 309.

[26]En JORGE BODES TÓRRES: *El Juicio Oral. Doctrina y Experiencias,* p. 227, el autor incluye una relación de argumentos que se han expuesto, tanto en contra como a favor, de la existencia de la fórmula del artículo 350 de la LPP y aporta su personal opinión sobre ella del siguiente modo: "Como partidario que soy del sistema mixto de enjuiciar (...) considero que este es un proceder insoslayable, que debe estar presente en la legislación, de esta u otra forma más perfecta, pero es imposible obviarlo en el sistema vigente y con las condiciones actuales".

«desvinculación») como un mecanismo que permitiría a los jueces rectificar errores de la acusación en sus conclusiones definitivas, permitiéndole apartarse de ellas en lo que considerara incorrecto, a la hora de decidir su fallo, con lo cual, si bien se está haciendo referencia a un problema que puede ocurrir en el proceso, ya por impericia, ya por mala fe del acusador, se está tergiversando el real fundamento de la institución, que es, como hemos señalado, una moderación del principio *iura novit curia* en beneficio de la mejor defensa de la parte acusada.[27] Este enfoque, apartado de los elementos esenciales que justifican que el titular del *ius puniendi* aplique con entera libertad la ley penal, se explica en esa época, por el escaso desarrollo que tenía la ciencia procesal penal y el gran rechazo que se promovía, desde posiciones liberales, respecto a todo lo que procediera del antiguo régimen inquisitivo en materia penal.

El proceso penal requiere la participación de los tres protagonistas clásicos, pero como hemos referido, esto no implica que se asimile totalmente al civil, porque imperan los principios de necesidad y de oficialidad. Razones de orden público (interés estatal), que están reflejadas en la ley (legalidad) determinan la actuación necesaria del proceso para decidir sobre la realización del *ius puniendi* (principio de necesidad) que ha sido atribuido al tribunal.

Si se estableciera como norma general (es decir, para cualquiera y todos los delitos) el mantenimiento de la acusación como un requisito *sine qua non* para producir un fallo de condena, se estaría concediendo a la parte acusadora un derecho subjetivo sobre la imposición de la pena y, de hecho, actuaría como titular del *ius puniendi* cuando, al retirar la acusación o solicitar la absolución, la pena no pudiera ser impuesta. La aplicación absoluta de esta concepción vinculante nos llevaría, en sentido inverso, a la conclusión de que el tribunal, siempre que se mantenga la acusación por el requirente en el proceso, estaría obligado a sancionar, lo que constituiría un absurdo en relación con la función y las facultades legales del tribunal e igualmente, convertiría al acusador en titular del *ius puniendi* y en innecesaria la existencia de un tercero imparcial para decidir la pena correspondiente.

[27] Explica la Exposición de Motivos de la LECrim que se optó por otorgar libertad al Ministerio Público para decidir según los resultados del sumario si ejercita o no la acusación, de acuerdo a la ley procesal austríaca, pues esta solución "respeta más los fueros de la conciencia, los derechos individuales y está más en consonancia con el principio fundamental en que descansa el sistema acusatorio". Y más adelante señala, refiriéndose a lo que podría ocurrir si el tribunal estuviera obligado a seguir en su fallo lo que el Fiscal determinara en sus conclusiones definitivas: "De todas suertes, es innegable que, llevados a tal exageración el sistema acusatorio y la pasividad de los tribunales, estos abdican en el Fiscal, en cuyas manos queda toda entera la justicia. De su buena fe, que no solo de su pericia, dependería exclusivamente en lo futuro la suerte de los acusados" toca, ahora sí, la cuestión fundamental de a quien corresponde el ejercicio del *ius puniendi.* MANUEL ALONSO MARTÍNEZ: "Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en ALBERTO DEL JUNCO Y JOSÉ PORTUONDO, *Ley de Enjuiciamiento Criminal,* pp. 25 y 26.

Un proceso sin acusación formulada por ente ajeno al tribunal, convierte a éste en acusador, pero la posibilidad de condenar, aun en el caso de que, realizado el proceso el acusador desistiera de su acusación, «no supone peligro alguno para la imparcialidad, pues el proceso ya está hecho.[28] De la misma forma, tampoco afecta la imparcialidad que, agotada la actividad probatoria de las partes, el tribunal decida incorporar otros medios probatorios, para llegar a una más precisa solución del caso, en virtud de su obligación de ajustar sus decisiones a la verdad histórica (material) con la mayor objetividad posible.

Según expone el catedrático español GÓMEZ COLOMER, parte de la doctrina considera la llamada tesis de desvinculación como"…un acto inquisitivo del órgano jurisdiccional y, por tanto,unaalteracióndelprincipioacusatorio. Perotambiényalmismotiempo,unaconcreción del principio de contradicción"[29] y refiere como se valora por otra parte, la imposibilidad de que el principio acusatorio admita tolerar que se produzca un erróneo efecto de cosa juzgada porqueenesecasosinexcepciones,permaneceríaninmodificablescalificacionesinadecuadas: "Dicho en otras palabras, pasaría a cosa juzgada una impunidad parcial, al no poderse acusardelmismohechoposteriormente,unavezdescubiertoelerror,comodelitodeasesinato, cuando se condenó por homicidio",[30]lo que puede evitarse con el empleo de la tesis.

Aunque algunos consideran que la «tesis de desvinculación» española, como la «fórmula» para los cubanos, constituye una excepción al principio acusatorio, porque este exige la correlación entre la imputación y la sentencia, pero interpretando de esto que el órgano jurisdiccional no puede en su sentencia calificar el delito de otra manera, de forma tal que pueda imponer una sanción más grave que la legalmente correspondiente a la tipificación efectuada por la acusación, la "doctrina más solvente -como la califica el propio GÓMEZ COLOMER - entiende que la norma no es una excepción, sino una corroboración del principio acusatorio, porque la tesis del tribunal es sobre el "hecho justiciable" o elemento esencial del objeto del proceso, que en ningún caso puede modificarlo o variarlo".[31] Es decir, la variación de la calificación del hecho o del grado de participación del acusado o la posible incorporación de alguna circunstancia agravante no calificada por la acusación, solo puede hacerla el tribunal a partir del hecho que, desde su delimitación por la parte acusadora, se constituyó en objeto del proceso, donde sí tiene que mantenerse la invariabilidad y resultar la congruencia entre su contenido y lo que se determine como probado en el resultando de la sentencia.[32]

[28]JUAN MONTERO AROCA: Ob. cit., p. 539.

[29]JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: *Derecho Jurisdiccional*, pág. 271

[30]Ibídem

[31]Ibídem

[32]El tema de la congruencia o correlación entre la imputación y la sentencia, también es muy controvertido en la doctrina, fundamentalmente a partir de lo que se suponga constituye el *objeto del proceso* por cada autor. Solo aclaro aquí que en nuestro criterio, aún cuando las calificaciones jurídicas sean consideradas como objeto del proceso, su núcleo o esencia serían los hechos, los cuales, una vez fijados, no pueden ser cambiados por otros de contenido diferente, mientras que las calificaciones pueden ser, legalmente, modificadas por las partes y, con mucha más autoridad, por el titular del *ius puniendi,* que, por tanto, es el que decide, a solicitud de las partes, sobre la aplicación de la ley sustantiva.

Por tanto, más que excepción al principio acusatorio, el limitar a las consecuencias jurídicas el empleo de la tesis o de la fórmula, sin poder variar sustancialmente el hecho imputado, se constituye en una confirmación de aquel principio.

Por otro lado, para muchos autores, las calificaciones jurídicas de las partes, que normalmente deben ser contrapuestas o, al menos, diferentes, tienen solo el carácter de proposiciones que se ofrecen a la consideración del órgano jurisdiccional, el cual tiene que ajustarse a la ley penal al momento de decidir sobre la aplicación de una pena y que, como titular del *ius puniendi* posee igualmente, en definitiva, la facultad de aplicación de las normas de derecho material en el caso.[33]

Otra consecuencia del principio acusatorio es que:

B) No puede condenarse por hechos distintos a los acusados, ni a persona distinta a la acusada.[34]

Esta consecuencia, tiene evidentemente una estrecha relación con el principio de contradicción, inherente a todo proceso jurisdiccional (bilateralidad) y con el derecho a la defensa (interdicción de indefensión) más específico del proceso penal, pero lo analizaremos solo a la luz del principio acusatorio y la garantía jurisdiccional en el proceso.

Claramente, nos encontramos aquí con una limitación al titular del *ius puniendi,* al definirse un marco determinado dentro del cual el tribunal puede ejercer tal facultad. Pero tal limitación es congruente con la necesaria acusación previa, pues si el órgano acusador delimita el objeto del proceso, permitir que el órgano decisor se extralimite en cuanto a hechos o personas imputadas, equivaldría a admitir que puede acusar

[33] En relación con la evolución de los criterios sobre esta polémica institución, señala *Gómez Colomer* que la Constitución española de 1978 ha hecho cambiar algunos criterios de la jurisprudencia, "... reinterpretando precisamente los principios acusatorio y de contradicción (de defensa) en el siguiente sentido: partiendo siempre del principio que prohibe la variabilidad de los hechos criminales imputados que tengan carácter de esenciales, la no aceptación por la acusación de la nueva tesis más grave planteada por el órgano jurisdiccional convierte a éste en juez y parte, infringiendo el principio acusatorio, si condena con base en el título propuesto por él y no por aquella. En consecuencia, si no asume la tesis el Ministerio Fiscal (o cualquier otro acusador) el órgano jurisdiccional no puede hacer prevalecer su opinión y debe ceñirse a las peticiones de los acusadores". Y agrega acerca de estas concepciones: "Esta interpretación del principio acusatorio es dogmáticamente incorrecta, pues nada tiene que ver con él, porque lo verdaderamente importante es que no se alteren los hechos esenciales. El tribunal, respetándolos, es el único autorizado legalmente para calificarlos (principios de legalidad y de iura novit curia) de ahí que en los países más avanzados jurídicamente que el nuestro, pueda conceptuarlos como entienda más ajustado a Derecho e imponer la pena que considere más apropiada". JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER: *Ob. cit.,* pp. 272-273.

[34] JUAN MONTERO AROCA: Ob. cit., p. 539.

por sí mismo y tal posibilidad compromete -aunque sólo fuera aparentemente- su imparcialidad.[35]

En la legislación cubana, sin embargo, se faculta al órgano jurisdiccional para que devuelva su escrito acusatorio al fiscal, junto con las actuaciones, indicándole que amplíe la acusación con respecto a hechos o personas (también puede solicitarle más actividad probatoria) con lo cual logra, en muchos casos mejorar la imputación, pero indudablemente ha realizado un juicio previo sobre los hechos y sus posibles autores, a través de las actuaciones, no obstante lo cual, en el caso de Cuba, no se excluye la participación de ese juez o tribunal del proceso en su fase siguiente, es decir, el plenario o juicio oral, con lo que se afecta directamente, como ya mencionamos, la imparcialidad del juzgador.

En el procedimiento ordinario cubano, además, encontramos que en relación con la solicitud del Fiscal para que se sobresea libremente una Causa, el artículo 268 de la LPP faculta al tribunal para rechazarlo y devolver el asunto al Fiscal para que considere el ejercicio de la acción, inmiscuyéndose de este modo en la facultad de ese órgano sobre el ejercicio de la acción penal. Si este mecanismo, que la doctrina cubana no cuestiona –al menos en la literatura que es posible examinar– se considera justificado a partir del monopolio judicial del *ius puniendi,* resulta incongruente cuestionarse que pueda el tribunal aplicar la ley penal, cuando el fiscal ha acusado, según su criterio o que pueda condenar si este ha solicitado la absolución o desiste de su pretensión al término del juicio.

La cuestión del objeto del proceso, nos lleva directamente al concepto de *pretensión*, que históricamente ha sido muy discutido en lo penal y que, al decir de Montero Aroca, no existe en el proceso criminal, aunque, en nuestro criterio es utilizable tal concepto siempre que estemos conscientes de que se le atribuye un significado distinto al que le confiere la doctrina en el proceso civil, por los puntos diferenciadores que existen entre los dos tipos de procesos.

Según el profesor y magistrado valenciano, la pretensión procesal se identifica por un conjunto de elementos, a saber:

1.- Los sujetos activo y pasivo, es decir, tanto el que formula la pretensión como aquel frente a quien se plantea (demandado)

2.- La petición, que tiene un doble componente:

a)Relativo al objeto inmediato, que es la solicitud de una actuación del órgano judicial, que responde a alguna clase de tutela jurídica (declaración, constitución o condena, en esencia)

[35]Procede volver a mencionar aquí el caso de los delitos que son objeto de proceso correccional o del procedimiento sumario de los TMP (en Cuba) en los cuales no se ejercita la acción penal por órgano alguno, por lo que se autoriza por la ley procesal a que se sancionen por el tribunal, en el procedimiento ordinario, hechos de esa clase que se pongan de manifiesto en el juicio y constituyan este tipo de delito, como una incidental, aunque no hayan sido incluidos en las conclusiones provisionales de la acusación.

b) Otro, relativo al objeto mediato, que es algún bien de la vida (en sentido amplio) respecto del cual se afirma tener un derecho subjetivo.

3.- La causa de pedir, que son hechos históricos que justifican la pretensión de tutela jurídica, no argumentaciones ni calificaciones.

A continuación, expone Montero Aroca sus argumentos en cuanto a la inexistencia de estos elementos en la realidad procesal penal, que resumimos del modo siguiente:

a) Para la determinación del objeto del proceso penal es irrelevante quién es el acusador (MP, particular, popular, querellante) porque sea quien fuere el acusador, no puede alegar un derecho subjetivo penal, no puede afirmar ser titular de una relación jurídico-material penal. Tendrá derecho a acusar (y solicitar que se aplique la ley penal) si es un particular o el deber de hacerlo, si es el MP, pero en ningún caso se podrá atribuir como suyo, el derecho a penar.

En relación con el acusado, la situación es distinta: la determinación de quien lo sea, sí forma parte de la individualización del objeto del proceso y por ello, no podría quedar tal decisión dentro de las facultades del juzgador; si el juez pudiera cambiar el elemento subjetivo, estaría, en realidad, acusando, lo que es contrario al principio acusatorio. Si una ampliación tal se realizara por la parte acusadora en el momento procesal de elevar a definitivas sus conclusiones, el principio acusatorio quedaría satisfecho, pero si este tipo de ampliación está prohibida en todos los ordenamientos, su causa debe buscarse en el principio de contradicción, no en el acusatorio.

b) Respecto a la petición, no cabe en el proceso penal más clase de tutela judicial que la de condena, el juicio declarativo en lo penal es siempre de condena, no existiendo ni declaración pura, ni creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas penales. El acusador no tiene posibilidad de decidir libremente entre clases de tutela: solo existe una y su petición ha de referirse solo a ella, por lo que la petición en este sentido resulta inútil. (En relación con esta última afirmación, preferiríamos calificarla como innecesaria, pues tiene utilidad a los efectos de fijar posiciones ("pretensión penal") con vista al ulterior recurso, en relación con lo pedido y lo obtenido N.A.).

La petición que se refiere a la pena, tampoco sirve para delimitar el objeto del proceso, tanto que puede calificarse asimismo como innecesaria, ya que por un lado el acusador no tiene disposición alguna sobre el tema, sino que está sometido a la legalidad y a lo mismo está sujeto el juzgador (aunque para ambos, generalmente, la ley penal concede discrecionalidad con el llamado "marco sancionador" N.A.). Por otro lado, nada tiene que ver con la imparcialidad el que el juez, después de la realización del proceso quede o no vinculado por la petición concreta del acusador. (En el procedimiento penal militar cubano, el fiscal no

precisa la cuantía de la condena en su escrito acusatorio. N.A.). Si llegara a establecerse legalmente que la petición acusadora vincula al juzgador respecto a la pena, se estaría no acentuando el principio acusatorio, sino reconociendo a los acusadores la disponibilidad sobre el derecho a penar, concediéndoles un derecho subjetivo penal.

c) La causa de pedir es el hecho que ha sido imputado al acusado y aquél sí determina el objeto del proceso y guarda relación con el principio acusatorio: el objeto de la acusación no puede quedar en manos del tribunal, pues ello sí afectaría su imparcialidad. Por similar razón, la calificación jurídica del hecho y sus circunstancias, no puede servir para determinar el objeto del proceso y no vincula al juzgador. No sólo es que éste deba atender a la regla *iuranovit curia*, que es común a todos los procesos, sino que no cabe relacionar con ella una hipotética merma de la imparcialidad.

En conclusión, el principio acusatorio únicamente puede alegarse como determinante del contenido de la acusación y ésta solo puede referirse a la persona imputada y al hecho criminal. Es solo en este sentido que el juzgador queda vinculado con la acusación. La prohibición de que el juzgador pueda modificar la calificación, por ejemplo, o de que solo pueda hacerlo previa consulta al respecto con las partes, puede explicarse desde el principio de contradicción, no en relación con la imparcialidad.[36]

La intangibilidad del objeto del proceso según ha sido delimitado por la acusación, se manifiesta en la regulación establecida en el artículo 350 de la LPP (fórmula) que guarda alguna similitud, por su origen, con la llamada "tesis" del artículo 733 de la LECrim, en el que se establece que el tribunal solo puede introducir en la descripción del hecho según la imputación de la parte acusadora, elementos o circunstancias que no lo alteren *sustancialmente.*

Pero siendo facultad propia de los tribunales la aplicación de la Ley Penal y necesidad de la dicha función, la interpretación de la ley, debe concluirse que las calificaciones jurídicas y la determinación de la pena, de conformidad con lo legalmente previsto *(*principio *iura novit curia),* son atribuciones propias de esos órganos, por más que las partes puedan *proponer* las que consideren más apropiadas. Si en algunos casos la propia Ley establece limitaciones en este ejercicio, especialmente ante la posibilidad de agravar la situación del acusado, como ocurre en el procedimiento cubano, no se trata de una excepción al principio acusatorio, sino una concesión a los principios de contradicción y de defensa necesaria, para evitar un fallo sorpresivo contra el cual la parte acusada no haya podido oportunamente esgrimir sus argumentos jurídicos.[37]

[36] Juan Montero Aroca: *Ob. cit.,* pp. 539-541.

[37] Al parecer, algunos especialistas se confunden en relación con la necesidad de respetar el derecho de defensa en esta situación, llegando a decir que tener que dar respuesta a la tesis en ese momento, siempre limita ese derecho, pues la parte acusada no tiene posibilidad de proponer prueba alguna, pero como el tribunal no puede cambiar el objeto procesal, sino solamente las calificaciones, lo que se puede discutir en ese momento no es el hecho o la identidad de su autor, sino la interpretación de normas presuntamente aplicables. Esto es así, cuando la parte acusadora desiste por considerar que los hechos no constituyen delito. Cuando el fundamento de la "retirada de la acusación" es que se estima que los hechos imputados no resultaron probados o se solicita la absolución por concurrir alguna eximente, en el primer caso se trata de la interpretación del resultado de la prueba practicada y en el segundo, igualmente de una cuestión de interpretación técnico-jurídica.

Similar regulación aparece en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, proyecto de cuyos autores no puede decirse que pasen por alto el principio acusatorio, estableciendo en su artículo 322 que "En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación (…) o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia» y del mismo modo ampara al acusado al disponer a continuación: "Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal distinto al invocado en la acusación, comprendida su ampliación (…) si previamente no fue advertido sobre la modificación posible de la calificación jurídica…»[38]

Volviendo a las consecuencias del principio acusatorio, la tercera que se señala por Montero Aroca es que

C) No pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.[39]

El principio acusatorio se refiere a quien inicia el proceso y fija su objeto y no entrando en estas esferas, en principio, no debe haber merma de la imparcialidad del juzgador. Pero aún ampliándolo a quién debe aportar al proceso los hechos y las pruebas de los mismos, estaríamos también en el campo de quién asume las facultades materiales de dirección del proceso, tema que se define con una alternativa de reglas conformadoras del proceso: según la de la aportación de parte, serían éstas las que asumirán la dirección, mientras que según la regla de la investigación oficial, la dirección correspondería al juzgador.[40]

Estamos pues, ante reglas diferentes, que nos interesan en lo que puedan significar, en uno u otro caso, algún riesgo para la imparcialidad del juzgador.

Si admitimos que para preservar la imparcialidad del juzgador, éste no debe intervenir en la delimitación del objeto del proceso, sería congruente concluir que la aportación de hechos no puede corresponder al propio juez. Tampoco, en principio, el órgano jurisdiccional podría convertirse en investigador, buscando y aportando hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues con ello se convertiría en acusador.

Sin embargo, admitir que el juzgador contribuya con las partes en la comprobación de los hechos que han conformado el objeto del proceso,

[38]JULIO B. MAIER: *Derecho Procesal Penal Argentino, t. I, vol. a,* p. 413.

[39]JUAN MONTERO AROCA:*Ob. cit.,* p. 542.

[40]La regla de investigación oficial se corresponde más con el principio de la búsqueda de la verdad material, mientras que la aportación de parte se identifica con el proceso que tiende a resolver el conflicto social planteado con independencia de que la verdad formal que se declare corresponda o no con la realidad. El llamado procedimiento mixto (o inquisitivo reformado) generalmente ofrece (o intenta hacerlo) un balance entre ambas reglas enunciadas, dando en algún momento del proceso, la posibilidad de que el juzgador pueda allegar prueba directamente o disponer su práctica.

mediante la disposición de la práctica de otras pruebas, no atenta, en principio, contra su imparcialidad.[41]

Al aceptar esta posibilidad, se está reconociendo que atribuir facultades al juzgador (que está legalmente obligado a actuar objetivamente) en relación con la prueba a examinar, no afecta su imparcialidad, porque una cosa es que el juez determine el contenido fáctico de la acusación o que pueda cambiarlo introduciendo hechos a imputar al acusado y otra, diferente, es que pueda colaborar en la determinación de la existencia de aquellos hechos que fueron delimitados por los acusadores. La forma en que obtuvo conocimiento el juzgador de la posible fuente de prueba que resulta pertinente, puede ser a partir del lógico empleo de determinados medios en ciertas circunstancias y tipos de hechos, es decir, por la experiencia previa y en otros casos, debido a los resultados de la prueba practicada, pero en nuestro criterio, si se produce una vez concluido el debate y no antes de que comience éste, no hay riesgo para la imparcialidad.

Situación bien diferente es admitirlo en algún trámite previo al juicio, que necesariamente implicaría que el juzgador tome conocimiento de los hechos por vía indirecta antes del juicio, para poder pronunciarse o no sobre la necesidad de pruebas, o la calidad o plenitud de la imputación, con lo cual, indudablemente está realizando un juicio previo

[41]En cuanto a este tema, MONTERO AROCA cita en su trabajo, ejemplos de cómo se resuelve la situación en distintas regulaciones procesales penales europeas: En Alemania, el párrafo 244, ap. 2 de la StPO dice que 'el tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueren de importancia para la resolución'. En Portugal, el artículo 340.1 del nuevo Código de Proceso Penal de 1987, dispone que 'el tribunal ordena, de oficio o a petición de parte la práctica de todos los medios de prueba cuyo conocimiento estime necesario para descubrir la verdad y bien decidir la causa'. En el Codice de procedure penale italiano de 1988 el Ministerio Público y las partes proponen los medios de prueba (artículo 493), pero terminada la práctica de los mismos el juzgador puede, si lo considera absolutamente necesario, ordenar de oficio la práctica de nuevos medios (artículo 507). En el derecho español, incluso en el más reciente proceso abreviado regulado en 1988, el juzgador puede disponer de oficio la práctica de cualquier medio de prueba (artículos 729 y 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. JUAN MONTERO AROCA: *Ob. cit*., p. 543. En la LPP cubana, se establece en el procedimiento ordinario (arts 340 y 342) que, después de la práctica de la prueba propuesta y admitida en el juicio, el tribunal, de oficio o a proposición de parte, puede incorporar al debate otros medios probatorios que resulten necesarios. De manera similar lo establecen los artículos 729 y 730 de la LECrim. Aunque en ninguna de las dos leyes se especifica el momento en que tales decisiones pueden adoptarse, por la posición de estos preceptos resulta evidente que debe decidirse al respecto después que se ha agotado la prueba disponible y posible. En muchas otras legislaciones procesales penales, existen mecanismos similares.Es significativo, por otra parte, que el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica establece en su artículo 317 que "El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad". JULIO B. MAIER:*Ob. cit*., p. 411.

sobre los hechos y la responsabilidad del acusado, ya sea en su favor o en su perjuicio, lo que afecta la imparcialidad de este juez en el caso de que se incorpore al tribunal que tendrá que resolver definitivamente el proceso.

El perfeccionamiento del proceso penal y el principio acusatorio

El principio acusatorio, conjuntamente con el de prohibición de indefensión, ambos muy específicos del proceso penal, deben ser, junto con los principios de establecimiento de la verdad material, legalidad, bilateralidad (dualidad), contradicción e igualdad, los referentes principales para enfocar el perfeccionamiento de los procedimientos legalmente establecidos para la aplicación del proceso penal, dentro de las características de necesidad y oficialidad que lo informan.

Lo que se manifieste contrario o limitativo de estos principios fundamentales, merece, en principio, ser eliminado o cambiado en la legislación, salvo cuando tal contradicción sea más aparente que real o que la institución deba prevalecer por razones de economía procesal u otras de superior importancia en cuanto a la eficacia y la eficiencia del proceso.

Esto no significa que resignadamente deban aceptarse defectos en el procedimiento o lastres que lo limitan porque el cambio pudiera resultar contrario a alguno de los principios mencionados, sino que debe buscarse el modo de equilibrar las garantías que tales principios consagran o generan y el propósito de enfrentamiento efectivo de la criminalidad que todo el sistema penal, en su conjunto, pretende.

Es decir, debe buscarse en el modelo de proceso penal que se elabore, que al mismo tiempo que responda al interés social y estatal de contención del delito con el máximo de eficiencia racionalmente posible, aporte igualmente el máximo de garantías en su desarrollo y especialmente en la fase de decisión, para el ejercicio de los derechos del acusado en función de su defensa, que es también un interés social que debe satisfacerse mediante el debido proceso.

Al valorar nuestros actuales procedimientos penales, podemos encontrar instituciones que en una forma u otra, se oponen al principio acusatorio, como puede ser la valoración, a partir de las actuaciones acumuladas durante la fase preparatoria, de si hay o no mérito para disponer la apertura a juicio oral, efectuada por jueces que después intervendrán en la fase del debate penal (art. 263 LPP). Pero en realidad, hay otras actuaciones judiciales que la práctica ha ido imponiendo, que se realizan de manera distinta a como las concibió y reguló el legislador, como son la disposición

de prueba de oficio por parte del tribunal en los trámites previos al juicio oral y el atribuir más valor a las declaraciones que constan en los documentos de la fase preparatoria que a lo que se manifieste en la vista ante el órgano de justicia, afectando la imparcialidad de los jueces, que constituyen problemas más serios y que requieren más que de cambios legislativos, de la disposición de los operadores para cumplir estrictamente con la Ley y los principios del proceso.

Si partimos en este caso del elemento esencial del principio que hemos analizado (es decir, la formulación de la acusación por ente ajeno al tribunal a los efectos de que el órgano jurisdiccional no asuma por sí mismo la tesis acusatoria), cuando la valoración del mérito para iniciar el juicio está a cargo del propio tribunal que realizará el juicio, no podemos menos que admitir que, como señalamos antes, el juez asume conocimiento previo del asunto, del material probatorio aportado y de la tesis acusatoria esgrimida, con lo que se predispone en relación con el tema sobre el que, una vez realizado el juicio, tendrá que resolver, comprometiendo su actuación imparcial.

Una solución de este problema, sería que el Ministerio Fiscal presentara simplemente su escrito acusatorio, con las propuestas correspondientes sobre las pruebas para demostrar su imputación, puntualizando el objeto de cada una de ellas. En este caso, el tribunal tendría mucha menor probabilidad de prejuzgar, pero se vería considerablemente limitado para impedir un juicio innecesario o inútil, cuando por ejemplo, el material probatorio pudiera ser insuficiente o inidóneo. Debemos por tanto, ante esta variante, valorar cuál sería el interés fundamental a preservar: la imparcialidad del juzgador o la eficiencia procesal.

Otra alternativa, sería dejar en manos de un tribunal o un juez, distinto al que en su momento tendrá que realizar el acto decisorio, la determinación de si hay o no fundamento suficiente para iniciar el juicio oral, tal como se hace en muchos países en la actualidad. Este método garantiza un mecanismo de examen de todo el material del proceso, con la posibilidad de decidir acertadamente en la mayoría de los casos si debe o no realizarse la audiencia pública y sin que los integrantes de la sala de juicio se contaminen con los antecedentes del caso. Como desventaja, los magistrados que actuarán en la vista no tendrían información, aparte de la contenida en el escrito acusatorio, que les ayude a comprender mejor y más rápidamente lo que sucede en ese acto o para orientarse adecuadamente en el debate, a diferencia de las partes que, necesariamente sí deben conocer todo el material obtenido en la fase previa al juicio y por otro lado, que estarán atados a la determinación que adopte otra persona sobre el mérito para el proceso y a los errores que esta pueda cometer en su valoración

del asunto. Igualmente aquí, la decisión legislativa a adoptar debe orientarse por el criterio que se considere más importante entre preservar la imparcialidad del juez impidiendo que se forme un criterio previo del caso o viabilizar la adecuada conducción del juicio con el riesgo de que los jueces hayan prejuzgado el caso.

En cualquiera de las dos situaciones, el expediente con las actuaciones debería quedar en manos de la parte acusadora, al menos, hasta la conclusión del juicio, sin que los magistrados tomen conocimiento de él, excepto en cuanto a la reproducción en la vista, mediante lectura, de actuaciones que no puedan volverse a realizar en el plenario por razones plenamente justificadas y sin otra alternativa.

La vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de la acusación, debe verse también en coordinación con los otros principios mencionados y particularmente en cuanto a la prevalencia del principio acusatorio. Si bien la acusación es el medio para poner en marcha la actuación de los órganos jurisdiccionales, no significa necesariamente que siempre, ante la evidencia de un delito, haya que promover esa actuación, de existir otros mecanismos para la solución del conflicto. Es decir, que la necesidad de acudir a los tribunales mediante el proceso penal, está dada, más que por un principio, por la falta de mecanismos alternos, suficientemente efectivos, para resolver la contradicción, restablecer la legalidad y dar una adecuada respuesta social a la infracción.

Nada impide que, contando con otras alternativas, el Ministerio Público pueda, en algunos hechos, decidir no presentar un caso al tribunal y aplicar otra medida o incluso, no adoptar ninguna, si no es realmente necesaria. Lo que no debe ser es que se atribuya la facultad de adoptar otras decisiones ajenas al proceso, al órgano jurisdiccional, único titular del *ius puniendi*, ante quien no debieran llegar los casos que no merezcan tal actuación represiva.

En relación con esto, hay que ver también la posibilidad del consenso o más propiamente la conformidad con la imputación, que se ha ido ampliando en distintas leyes procesales, mediante procedimientos especiales en la mayoría de los casos y que históricamente formó parte de nuestra tradición procesal penal con la LECrim. Pero consideramos que las consecuencias positivas que se pueden obtener en cuanto a facilitación y agilización de los procesos, de ningún modo debe llevarnos a que la transacción se convierta en una práctica ajena a la sede jurisdiccional, sino que en todo caso, quede a la disposición del tribunal aceptar o no la conformidad que se pueda manifestar con la acusación y, cuando la acoja, limitar al tribunal -por el fin práctico de favorecer esta

fórmula y no por ningún otro motivo- solo en cuanto a imponer sanciones superiores a las que se hayan aceptado en la conformidad que se le anuncie.

Igualmente, hay que tomar en cuenta los principios de oficialidad, legalidad y acusatorio en la determinación del papel del Ministerio Público a lo largo del proceso y, especialmente, en la polémica fase preparatoria del juicio oral. La imparcialidad que se pretende lograr en la investigación previa de los hechos que justifican el proceso, no se obtiene simplemente porque esté a cargo de un individuo nombrado como juez o de un funcionario de un órgano administrativo independiente de la Fiscalía y de los tribunales: pertenezca al órgano que sea, debe actuar objetivamente, con el fin de lograr el conocimiento de la realidad sobre un hecho histórico, pero por supuesto, si se asignara la tarea de indagación a un juez, este, en ningún caso, podría formar parte del tribunal con la función decisoria en el propio caso.

Por otra parte, en la fase preparatoria no existe la *igualdad* que se logra en mejor medida en el debate penal; en cualquier modo que se regule la etapa inquisitiva, el acusado no estará en total igualdad de condiciones con el Ministerio Público, pero además, se enfrenta a la investigación "objetiva" que se realiza por el Instructor, que puede hasta privarlo de libertad temporalmente y limitarle sus derechos en diversos sentidos. Si en definitiva el fin normal del procedimiento debe ser llevar el caso hasta que un tribunal se pronuncie al respecto (salvo los casos en que la ley autoriza otras soluciones) ¿Cuál es la razón para que esta investigación preliminar no esté a cargo del órgano de persecución penal que el Estado ha creado con ese fin? ¿Por qué este órgano, aunque tenga el monopolio casi absoluto de la acción penal, tiene que quedar a expensas de lo que determine el Juez de Instrucción o el Instructor?

Es por ello que en el caso de Cuba, el legislador optó, en nuestro criterio acertadamente, por conferir al Fiscal la decisión de solicitar la apertura del juicio oral o disponer el sobreseimiento provisional de las actuaciones aun cuando existan acusados habidos en el proceso, en lugar de dejar en manos del órgano de instrucción o de un juez instructor, como ocurre en otras legislaciones, la valoración de si existen o no elementos suficientes para pasar a la fase decisoria del proceso.

Finalmente, aunque obviaré extenderme sobre el tema, es preciso señalar que la incorporación a nuestros procesos de otros actores como posibles partes acusadoras, puede fortalecer la vigencia del principio acusatorio, al permitir en aquellos casos en que la Fiscalía no ejercita la acción penal o "*la retira*" en el juicio, contar con otra figura procesal que, en su caso, ejercite la acción o la sostenga, sin ser requerido para

ello especialmente, como ocurre en la actualidad con la solicitud de sobreseimiento libre con la que no esté de acuerdo el órgano jurisdiccional.[42]

Hemos referido la cuestión del análisis de las actuaciones que sirven de base al pronunciamiento de la parte acusadora solicitando la apertura del juicio oral y las posibles soluciones para resguardar la actuación imparcial del órgano jurisdiccional. Otro tema importante abordado, es el relativo a la delimitación del objeto del proceso y las peticiones que de esta definición del objeto procesal se puedan derivar y el efecto vinculante que estas peticiones puedan tener en relación con el fallo.

En cuanto al empleo de la fórmula del artículo 350 de la LPP, hemos visto que en realidad no se opone al principio acusatorio y responde al respeto del principio de contradicción. Pero al respecto, puede añadirse que es posible que el mejor momento para aplicar este método no sea el previsto en la Ley y debamos cuestionarnos si se debe completar totalmente el juicio antes de plantear la nueva tesis a las partes o si, como ocurre en otras legislaciones, debe establecerse que el tribunal, desde que se percate de la posibilidad de un cambio desfavorable al acusado, en cualquier momento del juicio, advierta al respecto a las partes, para que lo tomen en cuenta incluso durante la práctica de la prueba restante.

Incluso, en algunas legislaciones, la posibilidad de incorporar un nuevo elemento al debate, es posterior a la deliberación de los jueces para tratar de formar sentencia, con lo cual tendrían que convocar a una nueva vista o disponer la práctica de más prueba. Tal solución, aunque es evidentemente más lógica, puede sin embargo, resultar menos práctica.

Estos son, a modo de ejemplos, algunos momentos del proceso que estimamos deben examinarse a la luz de estos principios conformadores del proceso penal, aunque no son los únicos problemas teóricos que se plantean en la actualidad, cuya solución, necesariamente, ha de enfocarse desde principios que se correspondan con un sistema procesal garantista e imparcial.

Conferencia presentada en el V Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales, La Habana, 2003.

[42]El artículo 268 de la LPP establece que si requerida al Fiscal la reconsideración del sobreseimiento libre interesado y confirmado este su intención original, el Tribunal puede ofrecer el procedimiento al perjudicado, si lo hubiere, para darle la oportunidad de formular la acusación particular.

Bibliografía

ARRANZ CASTILLERO, VICENTE J.: "El Juicio Oral, sus principios y las normas fundamentales que lo regulan en la legislación penal cubana", *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Segunda Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

BODES TORRES, JORGE: *El Juicio Oral. Doctrina y Experiencias,* Ed. Flores, México, 2009.

DEL JUNCO, ALBERTO Y JOSÉ PORTUONDO: *Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Ed. Úcar, García y Cía, La Habana, 1946.

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: *Derecho Jurisdiccional*, 8va ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, ANTONIO: *Ley de Enjuiciamiento Criminal,* Ed. COLEX, Madrid, 1992.

MAIER, JULIO B.: *Derecho Procesal Penal Argentino,* t. I, vol. a, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

MERINO BRITO, ELOY G.: "El Proyecto de Ley de Procedimiento Penal" *Revista Cubana de Derecho*, año 2, no. 4, enero-marzo de 1973, Edit. Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973.

MONTERO AROCA, JUAN:"La Garantía Procesal y el Principio Acusatorio", en *Justicia y Sociedad*, (VV AA) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994.

PORTUONDO Y DE CASTRO, JOSÉ: *Curso de Derecho Procesal Criminal*, Ed. Librería Selecta, La Habana, 1947.

PRIETO MORALES, ALDO: Derecho *Procesal Penal Segunda Parte,* Ed. Orbe, La Habana, 1977.

RIVERO GARCÍA, DANILO Y PEDRO PÈREZ PÈREZ:"El Juicio Oral", en *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

ACIJ
2009-2010
No. 6

Valoración histórica sobre La Historia me Absolverá y el procedimiento penal

Historical valuations about The History Will Absolve me and the penal procedure

Jorge Luis Bodes Torres

Resumen

En este artículo se describe el origen histórico, esencia y características de los *Tribunales de urgencia en el país y* algunas de las particularidades del proceso judicial seguido contra Fidel Castro Ruz y los Asaltantes del Cuartel Moncada. Se demuestran también algunas de *las* irregularidades cometidas en este proceso.

Palabras Clave

Procedimiento penal, Tribunales de Urgencia, tribunales de sanciones, jueces de instrucción, tribunales de defensa nacional, jurisdicción de urgencia, procedimiento de urgencia.

Abstract

In this article is described the historical origin, essence and characteristics of the Courts of urgency in the country and some of the particularities of the judicial process followed against Fidel Castro Ruz and the Assailants of the Moncada Barrack. Also some of the irregularities committed in this process are demonstrated.

Key Words*:*

Penal Procedure, Courts of Urgency, courts of sanctions, examining magistrates, courts of national defense, jurisdiction of urgency, procedure of urgency.

Al revisar una tesis de especialidad, el autor se refería al proceso penal seguido por los sucesos del asalto a los cuarteles Moncada y Carlos Manuel de Céspedes, como si en ese caso se hubiera aplicado la normativa establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Incluso se mencionaban preceptos infringidos con el proceder de los órganos represivos y judiciales, con lo cual advertí un error trascendente, pues en esta causa se aplicó, lo que se le denominaba entonces "procedimiento de urgencia",

conocido entre los juristas de la época. Hablé sobre este particular con el que fuera el tutor del trabajo, un jurista bien preparado, pero tampoco lo dominaba.

Por eso, entendí conveniente divulgar este importante asunto. Además, recordé que años atrás, en ocasión de participar en la elaboración colectiva de una ponencia sobre el alegato de Fidel, *La Historia Me Absolverá*, todo el equipo incurrió en ese error, el cual enmendó la entrevista a un destacado abogado de la época, testigo presencial del juicio por los sucesos del Moncada, que actuó como letrado defensor de varios revolucionarios, me refiero a Baudilio Castellanos.

El procedimiento penal de los tribunales de urgencia

El nombre de «urgencia», de este procedimiento, fue dado por su aplicación en los entonces, «Tribunales de Urgencia». Para comprender su origen y evolución, es necesario conocer la época histórica en la cual surge, los antecedentes inmediatos y traer a la mente algunos detalles de la historia de nuestro país, para su adecuada comprensión.

Antecedentes

Los primeros años de la década de los treintas en Cuba, estuvieron cargados de notables acontecimientos. Esta época se caracterizó por los crímenes políticos, torturas a detenidos, amenazas y coacciones a los ciudadanos, el fraude de todo tipo y el latrocinio de los funcionarios del gobierno a los más altos niveles, comenzando por el propio presidente de la República, el tirano Gerardo Machado y Morales.

Frente a tal situación insoportable para el pueblo cubano, se gestó una corriente revolucionaria que logró la unidad del movimiento obrero y de lo más avanzado del pensamiento de izquierda, se enfrentó a la tiranía de diversas maneras y finalmente obligó al dictador Gerardo Machado a abandonar el poder, mediante la histórica huelga, del 12 de agosto de 1933.

El 4 de septiembre de ese propio año, se produjo una asonada militar de los cabos y sargentos, dirigida por Fulgencio Batista y Zaldívar, quien de cabo que era, se ascendió a coronel, primero, y a general después, con el apoyo incondicional de la embajada de los Estados Unidos de América en Cuba. Fue nombrado un gobierno provisional, compuesto por una Pentarquía, presidida por Ramón Grau San Martín.

Para juzgar los desmanes y delitos del derrocado gobierno dictatorial de Gerardo Machado, el 29 de septiembre de 1933, el gobierno provisional dictó el Decreto no. 1956, mediante el cual se creaba el titulado «Tribunal Nacional de Sanciones», y sus correspondientes «Tribunales Provinciales de Sanciones», en las seis provincias existentes. Estos tenían la facultad jurisdiccional de conocer y juzgar los numerosos crímenes políticos y delitos comunes cometidos por los personeros del régimen dictatorial derrotado.

Estos tribunales estaban integrados por cinco magistrados, un representante del ministerio fiscal, un secretario y los empleados designados.

Los magistrados eran seleccionados entre los propios integrantes del Tribunal Supremo y las audiencias y sus respectivos jueces.

La función del Tribunal Nacional de Sanciones era la de conocer los recursos de casación que se interponían, por infracción de ley, contra las sentencias dictadas por los tribunales provinciales de sanciones, que actuaban como órganos jurisdiccionales de primera instancia, para conocer todos los delitos cometidos por senadores, representantes, gobernadores, alcaldes, concejales y otros funcionarios y miembros del ejército, la marina y la policía, durante el período comprendido entre el 20 de mayo de 1925, y el 12 de agosto de 1933.

Procedimiento de los Tribunales de Sanciones

El Decreto no. 1956, que creaba los Tribunales de Sanciones (Nacional y Provinciales), también fijaba el procedimiento a seguir para investigar y juzgar a los autores de los delitos de su competencia, cuyas características más sobresalientes eran las siguientes:

- Podían actuar con las mismas facultades que las conferidas por la Ley a las Audiencias provinciales.
- Los jueces de instrucción tenían la responsabilidad de investigar cuantas denuncias y promover las querellas, por las imputaciones de hechos que se formularán contra los funcionarios y las demás personas indicadas en el propio texto jurídico.
- Al concluir el sumario, los jueces de instrucción tenían que elevarlo a la Fiscalía de la Audiencia y ésta al evacuar el trámite de conclusiones provisionales podía proponer que se practicaran determinadas pruebas. Debían en todo caso presentar el sumario al tribunal de sanciones de su provincia, sin que pudiera devolverlo al Juez Instructor.
- Todas las causas iniciadas se tenían que abrir a juicio oral y público y de esta forma ser concluidas.
- Estos tribunales podían ordenar y practicar de oficio, cuantas pruebas resultaran atinentes para el mejor conocimiento de los delitos que se juzgaban.
- Los juicios, actos y diligencias, no se suspendían por enfermedad de los acusados o procesados, ni por enfermedad o renuncia de los abogados defensores.
- El cargo de miembro de estos tribunales era honorífico, gratuito y la renuncia a éste, equivalía a la renuncia del cargo que se desempeñaba en el Poder Judicial o en el Ministerio Fiscal.

Como se puede advertir, estos tribunales y su procedimiento no dejaba margen a las garantías para los procesados, que además, arrastraban el rechazo y hasta el odio de la ciudadanía, por los desmanes cometidos por ellos y en su conjunto, por el gobierno al que pertenecían.

Estos tribunales instruyeron muchos sumarios y juzgaron a un buen número de testaferros, esbirros y personeros del gobierno de Machado, autores de crímenes, malversaciones y otros delitos. En virtud de ello, el 21 de febrero de 1934 se promulgó el Decreto-Ley no. 607, mediante el cual fueron disueltos los Tribunales de Sanciones, al encontrarse, en la práctica, agotados los hechos constitutivos de delitos perseguidos por esta jurisdicción.

Este Decreto-Ley estableció que aquellos sumarios que aun estaban pendientes de resolver, continuarían tramitándose por los tribunales ordinarios, empleando el mismo procedimiento que había sido fijado para los estos disueltos Tribunales de Sanciones.

Hasta aquí funcionaron esos tribunales especiales, pero sin embargo, el procedimiento empleado permaneció con vida para otros casos que se procesaran, y se mantuvo entre los que podían ser utilizados, sin muchas garantías para los acusados.

Situación Política y Social de la época histórica

En el propio año 1934, el 18 de enero, Fulgencio Batista, que manejaba los hilos del poder desde el campamento militar de Columbia, obligó a Carlos Hevia y de los Reyes -designado como presidente Provisional de la República el 15 de enero a dimitir, y con la anuencia del gobierno yanqui, posibilitó el ascenso a la primera magistratura de la nación, del coronel Carlos Mendieta y Montefur, político de derecha, conservador y reaccionario, quien se había mantenido atento y sumiso a los dictados del gobierno de Estados Unidos de América, en cuanto a Cuba. Ello se produjo en reunión, en la que participaron, además del coronel Batista, el Secretario de Estado, Manuel Márquez Sterling, y el embajador de los Estados Unidos de América, Jefferson Caffery, quienes decidieron nombrar como Presidente Provisional de la República de Cuba, al antes mencionado coronel, Carlos Mendieta y Montefur.

El movimiento de los obreros azucareros que demandaba mejoras, amenazaba con ir a la huelga y entorpecer la zafra azucarera, fue coaccionado por Batista, al declarar sin pudor ni recato: «habrá zafra o habrá sangre».

Mediante actos de represión violenta cometidos por el ejército en los centrales azucareros de Tacajó, Báguanos, Jaronú, Senado y Media Luna, el movimiento huelguístico fue aplastado.

No obstante, al incrementarse las justas demandas de los trabajadores cubanos por salarios más altos y mejores condiciones de trabajo, el gobierno provisional, conocido como de Caffery-Batista-Mendieta, por sus vínculos con el ejército y la embajada de Estados Unidos de América en Cuba, a los cuales se sometió incondicionalmente, intensificó la represión y la búsqueda de mecanismos legales que justificaran e impidieran, por todos los medios, las huelgas obreras y la propaganda en contra de los intereses de la burguesía y del imperialismo yanqui.

Es así como el 3 de febrero de 1934, Mendieta publicó en la Gaceta Oficial de la República, una proclama presidencial. Lo cual indicaba claramente los pasos que daría el gobierno para impedir las acciones del proletariado cubano en respaldo a las reivindicaciones planteadas. En una de sus partes la proclama señalaba lo siguiente: "Espero de todos los habitantes de Cuba un movimiento reflexivo y firme para activar todo el trabajo, para reprimir toda desconsiderada rebeldía". Y agregaba a continuación: "Si estas exhortaciones no son atendidas, si el estado de perturbación continúa, el Gobierno, consciente de su responsabilidad, afrontará el cumplimiento de sus deberes, apelando a los medios eficaces para ello, ante el imperativo ineludible que los romanos expresaron en una frase inmortal: La salvación de la República es la suprema Ley".

Tres días después de la amenazadora proclama, Mendieta promulgaba la Ley-Decreto no. 3, de 6 de febrero de 1934, dirigida contra el movimiento obrero, que prohibía toda huelga obrera, a no ser que la aprobara el propio gobierno, mediante su Secretaría de Trabajo; y además, prohibía la propaganda para impedir el fomento de cualquier tipo de huelgas, fuera de la circunscripción o lugar del sector de trabajo afectado por alguna demanda o reivindicación, con lo cual se pretendía impedir toda solidaridad de los obreros a nivel nacional, con las huelgas locales que se realizaran.

La trasgresión de este instrumento represivo, implicaba sanciones que podían ir desde multa de cincuenta pesos, hasta dos años de privación de libertad, de acuerdo con la gravedad de la «infracción». Días después de ser publicada esta repulsiva proclama, el régimen dictatorial promulgaba otro Decreto-Ley, incrementando las sanciones por huelgas y coligaciones obreras.

Con el fin de reprimir con mayor prontitud y rigor estas manifestaciones del movimiento obrero, el 5 de marzo de 1934, el gobierno dicta el Decreto-Ley no. 51, mediante el cual se organizan los llamados, Tribunales de Defensa Nacional. Para darle mayor poder y asegurar su actuación represiva, en esa propia fecha Mendieta modifica también los artículos 41 y 42 de la Ley Constitucional, aprobada en ese mismo año.

Las cuestiones más sobresalientes de estas modificaciones, se pueden resumir de la forma siguiente:

- Se autorizaba la suspensión temporal de las garantías constitucionales establecida en trece artículos de la precitada Ley Constitucional, por un término de hasta noventa días, cuando lo exigiera la Seguridad del Estado, en caso de una invasión del territorio o grave alteración del orden público o de huelgas generales que amenazaran la paz pública.
- Podían dictarse los decretos necesarios para mantener suspendidas las garantías individuales, si las circunstancias señaladas en el punto anterior subsistían.

- Regía una ley de Orden Público dictada de antemano por el Gobierno, la cual, indubitablemente, serviría a los fines de los Tribunales de Defensa Nacional para ejercer una represión mayor.

Para asegurar tales objetivos sólo faltaba la suspensión de la inamovilidad de los miembros del Poder Judicial, a los efectos de separar de sus cargos de magistrados y jueces a quienes habían demostrado ya su resistencia frente a los lineamientos políticos y jurídicos del régimen dictatorial; y ello lo consiguió el régimen al día siguiente, cuando el 6 de marzo de 1934, aprobó el Decreto-Ley no. 48, mediante el cual suspendía todos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que evitaban cualquier tipo de depuración entre sus integrantes.

El Tribunal Supremo de Justicia, se opuso firmemente a la creación de los llamados Tribunales de Defensa Nacional, declarándolos inconstitucionales, al atribuirles la categoría de tribunales extraordinarios, por considerar que se contraponían a lo establecido en el artículo 82 de la mencionada Ley Constitucional, cuyo párrafo primero expresaba: «No se podrán crear, en ningún caso, ni bajo ninguna denominación, comisiones judiciales ni tribunales extraordinarios».

Estos inconstitucionales Tribunales de Defensa Nacional, empleaban un procedimiento sumarísimo, que operaba de la forma siguiente: al recibir una denuncia por hechos de su competencia, se abría un sumario para la correspondiente instrucción de cargos y su investigación, que no podía demorara más de treinta días. Bastaba la simple y subjetiva consideración de que «existían indicios de criminalidad», para que se dictara auto de procesamiento contra el acusado y se le excluyera de fianza, lo cual equivalía entonces a que se le privara de libertad.

El tribunal celebraba una vista, en la cual podía intervenir un defensor, siempre que el acusado lo hubiera designado, de lo contrario ese acusado no contaba con él. Mientras que, siempre estaría presente una representación del Ministerio Fiscal. En esas condiciones, el acusado podía ser sancionado por cualquiera de los supuestos delictivos previstos en el artículo 1, del Decreto-Ley no. 51, a penas que discurrían de seis meses a dos años de privación de libertad, o multas de quinientos a cinco mil pesos, o ambas.

Creación de los Tribunales de Urgencia

La legitimidad de tales Tribunales de Defensa Nacional, creados por el gobierno de facto, se vio seriamente dañada por la declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Supremo Popular, y por ello el gobierno recurrió a subterfugios para tratar de darle un viso legal a su instrumento represivo, de manera que pareciera un tribunal legítimo, y a tales efectos, el 15 de junio de 1934 dictaba el Decreto Ley no. 292, mediante el cual establecía la «jurisdicción de urgencia», para la cual se disponía la creación de los Tribunales de Urgencia, una sala en cada provincia del

país, mientras que en la antigua provincia de La Habana se constituían dos tribunales, denominados «Uno» y «Dos».

Meses después, el 14 de septiembre del propio año, el Gobierno de facto dictaba el Decreto-Ley no. 491, a través del cual se instituyeron normas procesales para conocer los delitos previstos en el anterior instrumento jurídico, más otros delitos recogidos en diferentes leyes de carácter excepcional, e incluso, se facultaba a estos Tribunales de Urgencia para conocer y sancionar delitos y faltas similares a los que resolvía la «jurisdicción correccional», así como algunas figuras delictivas por las que se podían imponer penas de presidio mayor.

La esencia politizada e injusta y de tales tribunales, quedaba expuesta de forma descarnada, en sus Por Cuantos, al señalar en esa exposición de motivos, que la situación revolucionaria que existía en el país, requería de órganos que se especializaran en este tipo de delitos, y especificaba: «.., en los cuales el juicio se ha de llegar a formar más que por una prueba tasada, por elementos de convicción derivados de presunciones…», lo que era suficiente para comprender la arbitrariedad de tales tribunales que sancionaban por simples presunciones, la carencia de un proceder justo y equitativo, exigencia de un debido proceso penal. El procedimiento sumarísimo de urgencia, en sus rasgos fundamentales, se circunscribía a los pasos y concepciones siguientes:

- Podía actuar con la sola existencia de un atestado o denuncia escrita, sin necesidad del desarrollo de la instrucción sumarial, como exigía la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para tramitar un procedimiento ante un tribunal ordinario.
- No era necesario un auto de procesamiento para disponer la prisión provisional de un acusado.
- No podían plantearse cuestiones de competencia.
- No se podía recusar a los jueces o magistrados.
- No se admitía proposición previa de pruebas, antes del juicio oral, se debían presentar en el acto del juicio oral.
- Las sentencias no tenían que ser fundadas.
- No se aceptaba la interposición de recursos ordinarios contra las decisiones de los magistrados o jueces; sólo podía interponerse el recurso de inconstitucionalidad, y el de casación, cuando se imponía la pena de muerte, con arreglo a un procedimiento específico sobre la materia.

Al respecto, el Dr. José Santiago Cuba, en entrevista que se le realizara, sobre los Tribunales de Urgencia, expuso:

> En estos Tribunales de Urgencia, bastaba en que uno de esos criminales disfrazado de militar o de policía acusara a un revolucionario sin aportar pruebas, para que este tribunal lo condenara. No importaba lo que el abogado hiciera, lo que dijera, si era una acusación que ellos hicieran con firmeza, era

condenado de manera invariable. Esos tribunales no tenían ninguna apelación. Le podían poner decenas de años y ni siquiera la sentencia se hacía en un documento escrito fundamentado.

Lo anterior pone de manifiesto de forma fehaciente que los acusados sujetos a la jurisdicción de los Tribunales de Urgencia, se encontraban -en el orden práctico y procesal- en un verdadero estado de indefensión.

Ante esta maniobra del gobierno, el Tribunal Supremo se pronunció nuevamente, ahora en cuanto a estos tribunales de urgencia, calificándolos como «Tribunales Especiales» , cuya existencia contravenía lo dispuesto en los artículo 80 y 82 de la ya, antes citada Ley Constitucional.

El gobierno de Mendieta hizo votar una nueva Ley Constitucional, la cual respaldaba -a través de su disposición vigésimo novena- la continuidad de los Tribunales de Urgencia. Esta disposición expresaba textualmente: «Los Tribunales de Urgencia continuarán funcionando a tenor de las Disposiciones Legales que regulan su constitución».

Ante tal pronunciamiento constitucional, que era una forma de presión que ejercía el gobierno para mantener estos tribunales, pues eran un instrumento al servicio de sus intereses, el Tribunal Supremo cedió y su rechazo se desplomó, al declarar que la vida y funcionamiento de esos Tribunales de Urgencia, no contravenían lo dispuesto en el artículo 87 de la nueva Ley Constitucional.

Con fecha 22 de diciembre de 1934, la Ley Constitucional de ese propio año, es reformada por el Presidente provisional de la República, Carlos Mendieta, después de ser aprobado por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Consejo de Secretarios y también del Consejo de Estado.

Esta modificación pone de manifiesto el carácter subordinado al ejecutivo de estos tribunales, su carencia de independencia e imparcialidad, los hilos que los movían, por ello, algunos de sus párrafos fundamentan lo que se resuelve después, los transcribo a continuación:

> Los Tribunales de urgencia, creados para reprimir los actos delictuosos, atentatorios contra el orden público, han dado los resultados apetecidos.
>
> Esto, no obstante, en determinados casos, pocos por fortuna, algunos de sus miembros han actuado con marcada lenidad, en perjuicio del orden público, que es necesario mantener a toda costa.
>
> A fin de obviar ese inconveniente, y habida consideración a que el Presidente de la República, por razón de sus funciones ejecutivas, está en contacto directo con aquella materia y tiene perfecto conocimiento de la actuación de los aludidos funcionarios, es de necesidad conferirle a aquella alta autoridad la facultad de nombrar y separar a estos últimos, en la forma que se expresa en la presente disposición, reformatoria de la Ley Constitucional.

De manera descarnada se establece la razón por la cual se realiza este cambio en la Ley Constitucional, para dirigir, con el bozal del nombramiento y la separación, a los jueces que actúan en esta jurisdicción.

De esa forma se adiciona en las Disposiciones Generales y Transitorias, una más, la decimosexta, que dice así:

> Los miembros de los Tribunales de urgencia o de cualquier otros que se creen con objeto de reprimir los atentados terroristas y demás alteraciones del orden público, serán nombrados, trasladados y removidos libremente de dichos Tribunales por el Presidente de la República, sin perjuicio de la sanción que pueda imponérsele, en la forma que dispongan las Leyes, si su traslado o remoción se produjere por el incumplimiento de sus deberes en el ejercicio de su ministerio.

Vigencia posterior de la jurisdicción de urgencia

Años después, al promulgarse la nueva Constitución de 1940 que derogó a la anterior Ley Constitucional, la mayoría de los juristas y políticos progresistas estimaban que los odiados Tribunales de Urgencia no subsistirían. Sin embargo, dos sentencias del Tribunal Supremo resolvieron que tales órganos judiciales no tenían carácter de "extraordinarios". Con este pronunciamiento se sometía la legalidad a los dictados del nuevo gobierno surgido, que no era otra cosa que un falso gobierno constitucional, dirigido por Fulgencio Batista, fabricado al estilo de la diplomacia practicada a nivel continental por los Estados Unidos de América.

Los abogados revolucionarios y decentes de aquella época, expresaban con frecuencia que la jurisdicción de urgencia tenía categoría de "extraordinaria y excepcional" y que en ellos no había garantía, ni integridad, por parte de los magistrados, motivo por el cual el procedimiento de urgencia constituía una vergüenza y un bochorno para el ejercicio de la profesión de quienes debían luchar por la justicia.

Estos eran los tribunales y el procedimiento que regía en el país para los delitos políticos, cuando se produce el asalto a los cuarteles Moncada y Carlos Manuel de Céspedes, mantenidos por una dictadura impuesta mediante un golpe de Estado, concordantes con la naturaleza de ese gobierno y totalmente ajenos a las ideas de nuestro Héroe Nacional José Martí, quien sostenía que el derecho no podía nacer de la fuerza, ni fundirse en ella, porque su basamento y la razón de su propia existencia, tenía que ser la justicia.

Era imposible que esos tribunales administraran una verdadera justicia, ajustada al principio de legalidad, de manera independiente e imparcial, pues en realidad, estaban dominados por la dictadura, respondían a sus intereses, eran instrumentos represivos, parcializados con el gobierno y que servían a sus abyectos intereses.

En la mencionada entrevista al Dr. Santiago Cuba, consignaba:

> Un Tribunal de Urgencia, el de Santiago de Cuba, fue él que juzgó a los asaltantes del Cuartel Moncada. Fue en la época de Batista que [estos tribunales] desplegaron más actividad. Anteriormente, los gobiernos que pudiéramos llamar "casi constitucionales", de Grau San Martín y Prío más bien los utilizaban para re-

primir huelgas obreras, en casos de desórdenes públicos, de jóvenes estudiantes, pero, en la época de Batista, agudizaron su carácter represivo.

Y además contaba:

> Un hecho interesante es el siguiente: hay una tradición muy vieja que arranca del derecho romano, que los tribunales siempre tienen una puerta que es por donde entran -se ve mucho en las películas norteamericanas- el juez y cuando es un tribunal colegiado, entran los miembros del tribunal, pero los demás, tanto el fiscal como los abogados y los testigos, están en otro lugar, los van llamando y van entrando. Sin embargo, los señores magistrados del Tribunal de Urgencia de La Habana -esto lo vi muchas veces- esbirros, criminales de la calaña de un Ventura, Carratalá, Laurent, Faget, estaban con los magistrados en el salón donde se reunían los magistrados. Cuando estos entraban, los acompañaban y pasaban por todo el tribunal como una manera de ofender a los familiares del acusado, se sentaban allí, en la primera fila. Violaban otro aspecto de la ley procesal que planteaba que los testigos tenían que estar fuera del tribunal. Los llamaban al primer turno para congraciarse con ellos y los trataban con un gran respeto: "Usted sería tan amable…". Era de verdad un espectáculo repugnante.

El carácter servil de estos tribunales lo confirma el hecho de que, a raíz del golpe de Estado dirigido por Fulgencio Batista, el abogado Fidel Castro Ruz, con bufete en la calle Tejadillo no. 57, Habana Vieja, presentó ante el Tribunal de Urgencia de La Habana la correspondiente denuncia contra quien había usurpado ilegalmente el poder en Cuba, el 10 de marzo de 1952. En su escrito explicaba los hechos cometidos, conocidos por todos, y que constituían violaciones de los artículos 147, 148, 235 (incisos 1 y 2), 236 y 240 del entonces vigente Código de Defensa Social, constituyendo delitos Contra los Poderes del Estado, legalmente constituido en el país. Sin embargo, esos órganos de justicia, en franco contubernio con el ilegal gobierno, no dieron curso a esta denuncia.

Fidel en su denuncia explicaba:

> Si frente a esa serie de delitos flagrantes y confesos de traición y de sedición no se juzga y castiga, ¿cómo podrá después ese tribunal juzgar a un ciudadano cualquiera por sedición y rebeldía contra este régimen ilegal producto de la traición impune?. Se comprende que eso sería absurdo, inadmisible, monstruoso, a la luz de los más elementales principios de la justicia.
>
> …Acudo a la lógica, palpo la terrible realidad, y la lógica me dice que si existen tribunales Batista debe ser castigado, y si Batista no es castigado y sigue como amo del Estado, Presidente, Primer Ministro, Senador, Mayor General, Jefe Civil y Militar, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, dueño de vidas y haciendas, entonces no existen tribunales, los ha suprimido. ¿Terrible realidad?
>
> … si es así, dígase antes, cuélguese la toga, renúnciese al cargo: que administren justicia los mismos que legislan, los mismos que ejecutan, que se siente de una vez un cabo con su bayoneta en la sala augusta de los magistrados. No

cometo falta alguna al suponerlo así con la mayor sinceridad y respeto; malo es callarlo, resignarse a una realidad trágica, absurda, sin lógica, sin normas, sin gloria, ni decoro, sin justicia.

Era una realidad que los tribunales que existían en el país, eran simples instrumentos al servicio del ilícito y dictatorial gobierno que regía en el país, ajenos a la verdadera justicia, a la que aspiraba el pueblo de Cuba.

En la entrevista al Dr. Santiago Cuba, antes referida, precisó:

... esos Tribunales de Urgencia, eran tribunales de excepción. Existieron en Cuba hasta el triunfo de la Revolución, decenas de años. Incluso, hay una cosa muy curiosa. Eran tan repudiados por el pueblo que la primera ley que dictó el gobierno revolucionario fue disolverlos. Eran casi sucursales de los cuerpos represivos de la tiranía, que eran muchos.

Así surgieron y se mantuvieron los tristemente recordados Tribunales de Urgencia y su represivo procedimiento penal, carente de las indispensables garantías para los acusados.

En la entrevista a Baudilio Castellanos encontraremos otras respuestas a preguntas relativas al procedimiento penal, al mecanismo velado que se movía entre el Poder Ejecutivo y la Judicatura, las concepciones que prevalecían en aquella época en ciertos sectores jurídicos, y hasta consideraciones históricas acerca de los integrantes del Tribunal y su destino posterior, todas de sumo interés para una adecuada comprensión del procedimiento y de la época.

Entrevista a Baudilio Castellanos sobre su actuacion en el juicio por los sucesos del Moncada

A mediados del año 1982 un equipo de fiscales, integrado por los compañeros José Luis Escasena Guillarón, Santiago Padilla Acosta, Alfredo Barredo Castro Palomino, Rafaela Gutiérrez Valdés, y el autor de la presente monografía, Jorge Bodes Torres, elaboraron un trabajo sobre el juicio del Moncada y el alegato de autodefensa de Fidel Castro, conocido como *La Historia me Absolverá*, presentado en el Simposio que en saludo al XXX Aniversario de este acontecimiento, organizó el Departamento de Educación Interna del Comité Central del Partido Comunista de Cuba.

Como parte del trabajo investigativo, estos compañeros entrevistaron al Dr. Baudilio Castellanos García, quien actuara como defensor en la causa no. 37 de 1953, del Tribunal de Urgencia de Santiago de Cuba, radicada por ese histórico acontecimiento; «Bilito» Castellanos, como familiarmente lo conocen, fue uno de los pocos testigos presenciales del juicio que se celebrara separadamente a Fidel, en el que actuó como letrado defensor de Abelardo Crespo, otro de los juzgados.

Por la importancia de su testimonio para los juristas, como antes expliqué, inserto a continuación el texto íntegro, de la entrevista inédita, y

aclaro que las preguntas fueron formuladas indistintamente por los integrantes del grupo entrevistador:

-Baudilio, para comenzar esta conversación informal sobre el juicio del Moncada, quisiéramos que nos hablara de la derogación de la Constitución del 40.

-Perdóname, perdóname, yo creo que el espíritu de la época no era derogar la Constitución del 40, sino hacerla valer, es decir, que el ataque de Fidel y de todos en aquella época no era contra la Constitución. La lucha era por hacer valer la Constitución del 40 frente a la Dictadura. Quien agrede la Constitución es Batista, éste rompe el orden constitucional, lo rompe, une el ejecutivo y el legislativo. Fidel en su alegato tiene una ironía fina, una frase sobre la «independencia» del Poder Judicial, dice: «por favor, no estoy para bromas». Pero, en fin la tesis de todas las fuerzas políticas de aquella época era jurando la Constitución del 40. La tesis del movimiento de los estudiantes universitarios, de Echevarría y de todos, era lanzar la fuerza de la Constitución del 40 contra la Dictadura, pero no derogarla.

-No, cuando yo hablaba de la derogación de la Constitución del 40, me refería a que era el propio Batista quien la había derogado con la creación de los Estatutos...

- Sí, sí, sí.

-Bilito, hablando de las violaciones de los principios generales del derecho y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como es el de haberle notificado a Fidel el derecho de nombrar abogado defensor, la posibilidad y el derecho que tenía Fidel de ver el sumario y además hacer sus descargos...

-No, Fidel no vio los sumarios, ni nadie podía verlos. Aunque, bueno, nosotros -como estábamos metidos allí en la Audiencia- no nos lo impidieron. Pero yo voy a decirte una cosa rápida para contestarte: nosotros allí por las relaciones con el Secretario y con toda la gente de la Sala pudimos ver el sumario, todas las fotografía esas de los muchachos del Moncada, las fotografías que les tomaron en el cementerio de Santa Ifigenia, antes de enterrarlos; una gigantesca colección de fotos que tiraron para intentar su identificación. Todo eso nosotros lo vimos.
Ahora, desde el punto de vista del Derecho Procesal vigente, debemos situarnos, ustedes conocen bien que regía el Procedimiento de Urgencia, no había ningún derecho, con el Procedimiento de Urgencia no había nada, de nada, de nada, todo lo que se hizo allí fue concesión de los magistrados. Yo me personé, yo no me tengo que personar, ustedes saben que en el Procedimiento de Urgencia uno no se personaba, Urgencia era correccional, el Procedimiento de Urgencia era como el Procedimiento Correccional.
Yo me personé a nombre de quince o veinte acusados, pero no había que personarse ni nada de eso, todo eso era ficticio.

Los magistrados querían defender un poco sus prerrogativas y defender un poco el proceso y civilizarlo un poco; aquellos que aceptaron que lo que se presentara a Urgencia, debía llevarse por los procedimientos de Urgencia, querían que lo que se llevara se simulara lo más posible, si usamos este término, se simulara lo más posible a un juicio oral, un juicio oral y público. Pero nada, lo que estaban obligados era a seguir el Procedimiento de Urgencia y en Urgencia no había nada de personería, ni nada de eso; todo eso se realizaba y resolvía en el momento del juicio y nada más; ellos no, ellos permitieron un poco, yo presentaba mi escrito, me personaba, todo aquello era una ficción, ellos lo sabían y lo sabía todo el mundo.

*-Entonces el Procedimiento de Urgencia era un procedimiento sum*ario*.*

-Procedimiento sumario con escasísimas garantías y de todo, ¡que es eso de proponer pruebas!, tu no puedes proponer pruebas, no te personas, la apertura del sumario...

-¿Pero eso de por sí no constituyen violaciones?

-No, no, ese es el procedimiento vigente en la época.

-Entonces, ¿cómo pudiéramos decir que la incomunicación constituye una violación de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal?

-No, ese proceso no se lleva por la Ley de Enjuiciamiento, te dije. Tú lo puedes señalar como una violación de los derechos individuales y además atacarlo como inconstitucional... en los Tribunales de Urgencia no rige la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es lo que te estoy diciendo.

-¿Y las garantías procesales que da la Ley...?

-Nada, nada; lo único que si, por ejemplo, aíslan a un individuo detenido, tu alegabas que es anticonstitucional. Los abogados revolucionarios por algún lugar se agarraban para demostrarlo y era verdad. Se violaba la ley de protección de libertades individuales y todo eso.

-Ahora a mi me llama la atención que la existencia del procedimiento de urgencia quería decir que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regía, pero ¿había algún otro texto que normara el procedimiento?

-No, no hay otro, es el mismo y además un procedimiento muy escueto: ese procedimiento de Urgencia es del 1934, de la primera época de Batista, quien lo vuelve a sacar; de la época con Pedraza, para dar leña y para ahogar el movimiento revolucionario.
No rige la Ley de Enjuiciamiento Criminal, te repito. Ahora bien, no rige para ellos, para la tiranía, pero tú lo puedes alegar en la defensa y se lo tiras por la cabeza, entonces si no aceptan la Ley de enjuiciamiento Criminal, ni los principios generales del Derecho, pues tú dices: bueno, esto es un régimen injusto, es arbitrario, es de fuerza...

- Bueno Bilito, en el análisis que hace Fidel, plantea que el juicio oral es público y alega que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...

-Es la argumentación de los que estamos del lado de acá de la acera, de los revolucionarios opositores a la Dictadura.
Como abogados, Fidel y todos nosotros, que estamos cogiendo los golpes, pues teníamos que apelar a los principios generales del derecho sustantivo y del derecho adjetivo. En ese campo nos batimos todo el tiempo, nos batimos todo el tiempo. Ahora, no hay dudas que lo que regía en esos procesos era el Procedimiento de Urgencia. Entonces, el Procedimiento de Urgencia es todo lo contrario al juicio oral y público; no es un procedimiento coherente, porque aquello era un "Decretazo de la época de Batista y los "Decretazos" esos no tenían sutilezas de ningún tipo, eso era coge, agarra, tira y dale.

-Una cosa burda.

-Sí, una cosa burda, no habían sutilezas. Entonces en el procedimiento si habían lagunas, si habían lagunas y todo el mundo se aprovechaba de ellas..., así por ejemplo Fidel dice: bueno, el juicio es un juicio oral y público; y lo hicieron oral y público, lo hicieron.
Eso era el Procedimiento de Urgencia, que ahora para ustedes es una tesis, pero bueno, para mí era una realidad.
La Sala que conoció el juicio, pues fue la Sala de Urgencia de Vacaciones, era Urrutia Lleó el Presidente.
Volviendo al Procedimiento de Urgencia, éste era un procedimiento hecho en una época de represión del movimiento obrero y estudiantil aquí en Cuba, en los años 34 y 35; es la época en que se aplastan las últimas manifestaciones de la revolución del 30, del 33 y entonces se reprime al movimiento obrero y se aplasta en sangre; y como decían había zafra o había sangre.

-Efectivamente esta Ley desde su inicio fue una Ley reaccionaria.

-El procedimiento de Urgencia todo el mundo, todos los revolucionarios, siempre lo atacaron, siempre; diciendo: bueno, esto tiene como función reprimir al pueblo, y hubo ataques a su constitucionalidad durante mucho tiempo. Lo que uno no podía aceptar era que porque a ellos se les hubiera ocurrido este procedimiento para reprimir al movimiento obrero, popular y estudiantil, quedaban derogados los principios generales del derecho sustantivo y del derecho adjetivo. Entonces nosotros seguíamos diciendo: no se puede incomunicar a un detenido, no se puede mezclar a un preso político con otro común, que tiene derecho a la defensa y la defensa, pues, que tenía que realizarse en condiciones que fuera realmente una defensa, no un hombre ahí con un oficial del ejército al lado, en fin, todas esas cosas.

- Sobre eso compañero, hay un punto que me interesa, en el juicio usted pide entrevistarse con uno de sus representados y el Tribunal se lo deniega,¿cuál

fue su propósito al insistir, ante el Tribunal, en entrevistarse como abogado de la defensa con su representado?

-Mira, yo parto del punto de vista de que si era un principio de derecho procesal, que el abogado tiene derecho a entrevistarse con su defendido; si está recogido o no en la legislación positiva, eso es otra cosa. Entonces bueno, nosotros lo alegamos por dos razones: primera, si nos dan ese derecho de entrevistarnos con el acusado, nos resultaba útil para poder conversar con los detenidos, y, segundo, si el Tribunal nos lo deniega, pues quien se pone contra la pared es el propio Tribunal, porque el Tribunal decide en contra de un principio elemental de la comunicación de su abogado con el acusado. Entonces, cualquiera de las dos decisiones que tomara el Tribunal nos era beneficiosa.
Si nos daban la comunicación con el acusado, pues podíamos conversar, si nos la denegaban, esa decisión iba contra ellos. Una de las cosas que uno hacía como abogado revolucionario frente a un Tribunal de la Dictadura, era poner al Tribunal contra la pared y tu lo vas poniendo contra la pared, y entonces yo puedo descargar contra eso, el Tribunal sabe que está en el fondo; él decide que no, pero sabe que está en deuda, que le marcaron una y que él es el deudor, porque como me voy a defender si tu no me has dejado conversar, si has prohibido la entrevista entre el acusado y su defensor, eso es una cosa elemental, de derecho común; yo diría como un principio general, como un principio elemental de derecho procesal.

-*Castellanos, nosotros no hemos visto el Expediente y usted nos decía que los abogados sí lo habían visto, ¿cómo estaba compuesto el Expediente y cómo era el acceso al Expediente?.*

-Bueno, el Expediente estaba compuesto por los cuadernos esos, como le decían, cosido con hilo, con cera y sus carátulas y todo; tenían o tienen cincuenta o cien cuadernos o piezas, como se le llame.
En cuanto a los abogados, no es que no los dejaran examinar la causa, lo que te digo es que no regía la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tu no te podías personar y pedir que se practicaran pruebas y ver las actuaciones y que lo recibieran porque eso no se recogía en el Procedimiento de Urgencia; todo eso era condescendencia del Secretario, o en todo caso del Magistrado ponente que es el que eleva, es el que le decía al Secretario: recíbelo, o si no, rechaza; si ellos querían te lo rechazaban.
Ahora bien, allí en el Tribunal de Santiago de Cuba el ambiente era muy favorable a todos nosotros, los abogados de la defensa de los revolucionarios; por todo el personal de la Audiencia y de modo general por los magistrados, recibíamos un tratamiento favorable. Por lo tanto, pues, nosotros podíamos ver las causas, teníamos acceso a ellas, en la confianza que teníamos allí. Porque hay que decir que el Tribunal no estaba totalmente controlado por la Dictadura, sencillamente el Tribunal y la Sala no estaban controlados completamente por la Dictadura, aquello se movía más bien, en términos favorables a nosotros. Por eso nosotros podíamos ver los documentos que iban llegando, porque eran los magistrados, era el propio secretario de la

sala y los oficiales, los que nos enseñaban a nosotros los documentos y nadie se lo prohibía a ellos tampoco.
Porque a veces, cuando se ponía tensa una causa, inmediatamente alguien decía: «oye, no me le enseñes eso a nadie, no me le enseñes eso a nadie». Por ejemplo, yo llevé la acusación privada de Olayón. El abogado defensor era una de las gentes del abogado de Salas Cañizares, Larra –de aquí de La Habana- y entonces lo mandaron a Oriente en un avión naval. Me fue a ver y me dijo: «óyeme fíjate yo estoy dispuesto a hacer un sacrificio, buscar uno o dos mecanógrafos para sacar original y dos o tres copias del sumario completo, y yo te doy una copia a ti del sumario completo, yo pago eso, no te preocupes, en fin, si tu estás de acuerdo y yo estoy de acuerdo, pues están de acuerdo la defensa y la acusación, no hay problema, no hay nadie que se perjudique en estas cosas».
En el sumario estaban todos los testigos, la gente que confesó, que acusó, confidencialmente, y de todo el acorralamiento que se le había hecho a Olayón.
Entonces yo le dije: «Chico, yo no sé, yo tengo que ver a la viuda, represento sus intereses y tengo que hablar con ella». Yo sí sabía que hacer, aquello era vender, inclusive, a la gente que me habían puesto como acusador particular, gente modesta de este pueblo, que habían declarado en contra y que los iban a asesinar.
Como es natural, conversé con la viuda y le dije: «no, vamos a decirle que no»; y cuando yo le dije al abogado que no accedíamos a que se sacara copia, se insultó, se insultó. Después, con mucha fineza me dijo: «oye yo estoy preocupado y voy para La Habana, tengo los muchachos allá, mira mis muchachos (me enseñó su foto), ¿tú tienes muchachos?». Entonces, que te pregunte eso un tipo representante de los asesinos, te estaba insinuando lo que te podía costar. Pero no pudo copiar, no pudo copiar el sumario, desde luego a mi sí me interesaba que ese hombre no copiara las declaraciones de una serie de infelices que habían declarado en contra de su representado y que debían estar protegidos por el sumario, de lo contrario, los «reventaban» a todos, enseguida.
Pues ahí, en ese caso, nadie copiaba nada, ni enseñaba nada, ya que había algún juez que estaba dispuesto a que no se enseñara nada del sumario, en este caso fue Manduley, un juez modesto, pero que le daba la gana de plantarse y decir no le enseñe el sumario a nadie; sobre todo si el abogado acusador se oponía a eso. Entonces no lo copió.
Nosotros si teníamos acceso a los sumarios en la confianza que teníamos de la Sala. Allí la parte del S.I.M. (Servicio de Inteligencia Militar), la Policía y eso, no tenían representantes. A decir verdad, el ambiente en el tribunal era contra la Dictadura.
Entonces teníamos acceso a los sumarios, pero no amparados en la cosa formal de la Ley, de que tu en un momento determinado tengas acceso a toda esa documentación, porque tu te acuerdas en el juicio oral y público te pasan el paquete, lo estudiabas y escribías las notas principales, y más que eso, el que podía porque tenía un mecanógrafo, marcabas los

documentos y sacabas copia mecanografiada y tenías una copia en el bufete, en esa época no había fotocopia ni nada de eso. En el Procedimiento de Urgencia no le pasaban el sumario, ni nada, a nadie, el Procedimiento de Urgencia decíamos, funciona como un correccional, basta la acusación, "allá voy y te reviento".

-Baudilio, en el sumario ¿habían fotos?; porque hemos leído que el fiscal en el interrogatorio a uno de los acusados sacó una foto para que se reconociera en ella.

-No, no, allí las fotos que aparecían eran periciales. Como había tanta gente muerta, había un montón de fotos en el momento en que los estaban enterrando, allí, en las cajas, para identificarlos, y yo recuerdo que había unas fotos con unas cajas y unos números, un poco para identificar después quien era el que está allá abajo; habían como treinta fotos, es posible que las tiraran la gente del Buró de Investigaciones y las acompañaran al sumario, pero para identificar, porque aquello fue una cosa masiva, una masacre, no se sabía quien era el que se encontraba allá abajo, en la tierra, en ataúdes baratos; eso es lo que me acuerdo ahora.

-¿Las armas de los asaltantes se llevaron al juicio?.

-Eso debía estar ocupado, seguramente, pero yo no recuerdo, yo no recuerdo...; porque esto te bastaba, que por una diligencia estuviera lo ocupado por allá arriba y ni hablar.

-Baudilio, usted sabe que el propio Batista y sus personeros, plantearon que se habían utilizado cuchillos y granadas en el asalto y tal vez el régimen hubiera tratado de buscar publicidad o justificar sus mentiras presentando armas de ese tipo.

-Sí, mira, aquello era muy anárquico, ellos dijeron eso y nosotros se lo destruimos. Preparamos un conjunto de pruebas dirigidas a destruir toda esa mentira. Contra el uso del arma blanca por parte de los asaltantes, nosotros usamos en el juicio la declaración del Capitán Tamayo, el capitán médico santiaguero, Jefe del Hospital Militar, donde se empezó a torturar, donde se torturó a Pedrito Miret. A este hombre yo le pregunté si había habido heridas por arma blanca y él me dijo que no. Entonces, si el capitán médico, militar, del Ejército, dice que no hay herida por arma blanca, pues bueno ahí se acabó esa mentira que dijo Batista. Esto es una cosa exacta. Esta mentira la destruimos así nosotros.

-Baudilio, ¿qué características tenían los jueces que integraban el Tribunal que juzgó a los asaltantes del Moncada?.

-El Presidente de la Sala, Nieto, era un hombre de la burguesía santiaguera, muy elegante, "un hombre de sociedad", un "gentelman", un "gentelman", no era un hombre nacido del régimen, sino nacido más bien del sistema, aunque servía un poco de puente con los personeros del régimen.Había un vínculo muy secreto con la Dictadura a través de Andrés Morales del Castillo. Este Morales del Castillo fue el hombre que compuso

todo el "Poder Judicial" para la Dictadura, él armó todo el "paquete" y era un cerebro gris, una eminencia gris santiaguera, nadie lo conocía, nadie sabía como era, pero por donde quiera estaba su actuación oculta: ¡colocaron a fulanito!; todo el que quería ascenso en el "Poder Judicial" en este país, pasaba por Morales del Castillo.
Era el Secretario de la Presidencia de Batista, es el hombre que controla toda la legislación, que prepara todos los documentos, los proyectos de leyes; él se encarga de acomodarlas al interés de la Tiranía.
La presencia de Nieto en el Tribunal, representaba al gobierno a través de Morales del Castillo.
Cuando el asalto al cuartel Moncada, llamaron a Morales del Castillo y le dijeron: " óigame, ustedes van a reeditar los crímenes de Machado".
Lo llamó otro Magistrado, Subirat, que pertenecía al grupo de las "fuerzas vivas" que estaban protestando por la muerte de los muchachos que asaltaron el Moncada.
Las presiones del régimen al Tribunal le venían suavemente a través de esta eminencia gris que era Andrés Domingo y Morales del Castillo.
Nieto se portó, finalmente, bien; se portó bien, no se dio cuenta de lo que estaba pasando en este país, a pesar de que él comprendió la importancia histórica del juicio.
En el juicio yo usé el argumento de "una de cal y otra de arena"; yo sabía que Nieto sí entraba en "una de cal y otra de arena"; yo sabía que a él lo estaban presionando mucho.
Estaba detenido Luis Casero Dien, estaba preso "Millo" Ochoa, estaba preso "Toitico"... que había sido Jefe de la Policía... y había mucha presión en la sociedad santiaguera para que empezaran a soltar gente.
Estaban presos cientos de gentes que no tenían nada que ver con el asalto y a mi me contaron que hubo una reunión en una casa de Vista Alegre en la que se iba a analizar poner en libertad provisional a alguna gente y entonces empezaron a analizar y no se si decidieron poner en libertad a uno o dos, y parece que llamaron a Chaviano y éste fue a la casa donde estaban reunidos, por supuesto estos estaban en contacto con Morales del Castillo y Chaviano llegó cuando estaban analizando el caso de "Toitico" y estaban diciendo "bueno, caballeros, Toitico no tiene que ver con el asalto, no tiene nada que ver con esto, el era Auténtico y Jefe de la Estación de Policía, pero no tuvo participación" y me contaron que Chaviano dijo: "No, Toitico tenía los planos», esa cosa enfermiza que no era verdad, «Toitico entregó los planos del Cuartel" y entonces se fastidió "Toitico" y no sólo él, sino que se acabó la libertad provisional para todo el mundo por la negativa de Chaviano y desde luego allí no había nadie "suicida", pues para "suicidarse" siempre había tiempo y enfrentársele a Chaviano, tomando la decisión de poner en libertad a alguien, era algo así como el "suicidio".

-¿Y allí estaban los jueces?
-No, yo creo que el que estaba era Nieto, el Presidente; él era la parte política del Tribunal.

El trabajo sucio ese, político, los demás miembros del Tribunal se lo dejaban a Nieto, él jugaba ese papel, él jugaba ese papel. Era un hombre que quería llegar al Tribunal Supremo; con nosotros, si hubiera mantenido una conducta limpia y recta, hubiera llegado.
Nieto llegó al Tribunal Supremo con la Dictadura y desde luego, en la primera reorganización: "¡abajo!", y se fue del país.
Nieto era "falsón", era "falsón". Yo he contado esta anécdota de Nieto. El se hacía dar almuerzos en su homenaje, como otros en la época de la pseudorepública y una vez me dicen bueno, hay que dar diez pesos para un almuerzo de homenaje a Nieto; bueno, el que no estuviera ahí era un tonto... damos los diez pesos, vamos allí y de todos modos, pues bueno, nos comemos un "congrí" o algo así, dos cervezas y eso. Empieza el almuerzo y Nieto habla, pero después que termina de hablar es que llega un periodista que había en Santiago, delegado de la C.M.Q. que con una cámara de película de celuloide tomaba vistas y entonces las mandaba para el noticiero de la televisión en La Habana y allí las pasaban.
Cuando llega este reportero ya estábamos en el café y entonces se empiezan a lamentar de que ya Nieto había hablado y entonces este corresponsal, le dice a Nieto: "Doctor pero si nada más que tiene Ud. que levantarse y gesticular ", y dice Nieto "Ah, si, que bien", y se ha levantado ese hombre y ha comenzado a gesticular sin hablar. Todos decíamos este tipo, Nieto, es capaz de cualquier cosa, hasta de posar y actuar en seco, aunque fuera un ridículo.
Nieto era muy elegante, bien parecido, muy bien cuidado, de una familia en Santiago de la burguesía. Los otros jueces no, sobre todo Mejías. Mejías era más modesto, más funcionario modesto, del trabajo para su casa y de su casa para el trabajo, tranquilo...

-*Bilito, ¿es posible que haya existido algún interés en formar el Tribunal con esa composición?.*

-No, yo creo que algunos le huyeron y alguien empujó a Díaz Olivera, de la Sala de lo Civil, lo empujaron para allí, a integrar ese Tribunal, lo que para él era una desgracia; yo supongo que hubo veinte gentes que dijo: "pa'su madre"... Díaz Olivera era civilista, estaba en su mundo, en lo civil, ese trabajo tiene otros intríngulis en la sociedad burguesa, ya tú sabes: declaratorias de herederos, fincas, dinero, todas esas cosas.

-*Después del juicio del Moncada ¿hubo ascenso para los magistrados que integraron la Sala?*

Díaz Olivera en la etapa de la Dictadura, después del juicio del Moncada, fue ascendido a magistrado del Tribunal Supremo; Nieto también fue ascendido a magistrado del Tribunal Supremo.
Las relaciones con Andrés Domingo le permitían llegar a ese nivel, o sea, de Presidente de una Sala a Presidente de la Audiencia; el otro paso era pasar para La Habana, que no le convenía mucho a ellos, que eran santiagueros, al santiaguero le convenía pasar para el Supremo y estar en Santiago, pasar sus vacaciones allí, no meterse en la Audiencia de La

Habana a trabajar de verdad, porque la Audiencia de La Habana, el que la cogía en el capitalismo lo que tenía era un dolor de cabeza siempre, un trabajo intenso; te ascendían porque era la primera Audiencia de la República, pero lo que cogía era "una bola de candela", esa era la verdad. Es decir que Nieto podía mantener su aspiración y canalizarla bien, porque bueno, él se había comportado bien..., sancionó a Fidel, sancionó al grupo de asaltantes.

-Usted como abogado y revolucionario, ¿qué opinión tiene del discurso de Fidel, La Historia me Absolverá?

-Si, mira, abiertamente, la estrategia del juicio era que quien saliera sentado en el banquillo de los acusados fuera la Dictadura y el juicio se condujo así, con la ayuda de una serie de factores. El resultado del juicio fue que quien quedó sentado en el banquillo de los acusados fue la Dictadura.
El discurso de Fidel pues, fue lo que remató la acusación a la Dictadura, mediante los razonamientos, y así fue.
Respecto a la calidad del informe de Fidel, bueno, entre otras cosas se pudo observar su enorme cultura; la enorme cultura general y jurídica, y política de Fidel, que la usa en apoyo de todas sus tesis.
Hablando estrictamente desde el punto de vista jurídico, observamos el dominio de la teoría política, de la teoría del Estado, en fin de todas esas materias tan asociadas al Derecho y a la Teoría General del Derecho.

-Llama la atención que Fidel sin haber tenido un libro de referencia ahí, señalara todas las cosas que destacó en su alegato...

-Bueno, pero fíjate que todo este Derecho Político, está contenido en las asignaturas de la carrera de Derecho de aquella época, en las asignaturas de Teoría General del Estado, lo que viene a ser ahora Teoría General del Estado y el Derecho, y después Filosofía del Derecho, lo explicaba Bustamante, la Teoría General del Estado, Bustamante, yo no sé si ustedes han leído a Bustamante, tenía una cultura jurídica tremenda, estamos hablando de la época pre-revolucionaria, burguesa, cuando Fidel estudió y después Fidel estudió Ciencias Sociales, es decir, que todo el Derecho Político, que en realidad a la hora de hablar de Derecho es uno solo y Fidel muestra toda esa cultura, toda la cultura adquirida y la usa, la usa, por necesidad en su argumentación, de una manera brillante.

-Castellanos, estaba viendo, en el desarrollo del juicio, el careo que se hizo entre Miret y Porro.

-Eso lo pedí yo.

-Sí, ¿cómo fue que el Tribunal accedió?, porque eso era poner a Porro en una situación muy difícil.

-Lo que pasó es que el Tribunal estaba en una situación muy difícil también. Se estaba acusando a uno de los atacantes del Moncada, que por demás era santiaguero, se estaba ventilando que lo habían torturado y el Tribunal

ante esto se encontraba en una situación bastante difícil, no tenía por qué acceder al careo ya que era totalmente libre de aceptar o denegar la práctica de esta diligencia de prueba, es decir, que el Tribunal no estaba sujeto a ningún procedimiento que lo obligara a acceder a este careo, ellos se guiaban por el Procedimiento de Urgencia, pero aquella acusación era muy impactante; Pedro era un muchacho joven, estudiante universitario, de familia santiaguera, entonces, ante un hecho tan desagradable que se denuncia, el Tribunal se siente presionado y accede, accede al careo.
Pedrito me dijo, Porro me hizo esto y entonces le manifesté, prepárate para el juicio, que lo vamos a "sonar".
Pedrito se preparó, se vistió con un traje elegante, parecía un lord inglés declarando, y, en fin, se enfrentó a Porro.
Porro era un tipo deleznable, era un hombre cruel, siempre estaba halagando a Chaviano.
Recuerdo que en el juicio de Fidel, ellos estaban alejando a todos los civiles de allí, entonces yo entro y Porro estaba allí, lo saludé al entrar y él me expresa: "Óigame, yo quiero decirle que siento una gran admiración por mi jefe, el coronel Chaviano, para que lo sepa, y déjeme decirle que si yo se que viene una bala a darle al coronel Chaviano, estas libras que usted ve (él era un hombre gigantesco de seis pies), la intercepta para que me de, a mí".
Fíjense ustedes que diálogo conmigo, que perorata me dio allí, antes del juicio de Fidel.
Bueno, en resumen, Porro era un hombre deleznable y Pedrito lo impugnó, lo acusó y además lo hizo con mucha serenidad. Porro perdió la serenidad, cosa que le vino muy mal.
Pedrito en el careo, con mucha firmeza le manifestaba: "Yo le decía capitán, no haga estas cosas que estas cosas se van a saber", pero todo esto con una serenidad tremenda. Porro, decía: "eso es una falsedad, eso es una infamia", hasta que el Tribunal paró el careo, pero Porro quedó muy mal.
Este Porro era morfinómano y un día se inyectó la droga sin esterilizar debidamente la jeringuilla y cogió tétano; comenzó con un dolorcito de garganta y cuando vino a ver estaba "tieso como un poste de teléfono", así murió, así murió.
El careo entre Miret y Porro fue muy importante en el desarrollo del juicio, de gran impacto. Eso fue una victoria moral de los revolucionarios sobre el Ejército de la Tiranía.

Aquí quiero intercalar un comentario que me parece necesario para la mejor comprensión de la respuesta que ofrece Baudilio Castellanos, a manera de recordatorio para quienes lean este material. Me refiero a que el juicio por los sucesos del asalto a los cuarteles Moncada y Carlos Manuel de Céspedes, se inició el día 21 de septiembre de 1953, o sea, cincuenta y siete días después de la acción revolucionaria realizada.

En esa ocasión el acusado Fidel Castro Ruz prestó declaración ante el tribunal y después asumió su propia defensa, en su condición de abogado, lo que le permitía interrogar a otros acusados y testigos, con pleno dominio de la verdad sobre lo sucedido, lo que constituía una molestia para el fiscal, los jueces, la dictadura y sus esbirros, al poner de manifiesto las causas de esos

asaltos, el carácter ilegal de la dictadura, el derecho a la rebelión contra un gobierno ilegal, los crímenes cometidos contra los jóvenes que realizaron la acción revolucionaria, entre otras cosas.

Ante las demoledoras denuncias de Fidel en las dos primeras sesiones del juicio, los días 21 y 22 de septiembre, de aquel año 1953, el coronel Del Río Chaviano conminó al fiscal para que buscara la forma de acallar las denuncias que realizaba el líder del movimiento revolucionario, ya que de no encontrar una vía judicial, él tendría que encargarse de hacerlo, aunque para ello tuviera que privar de la vida a Fidel en la propia Audiencia.

Lo anterior explica el motivo por el cual la sesión del día 23, fuera pospuesta por el tribunal para el día 24, fecha en que tampoco se celebró la vista, porque los acusados no fueron presentados a la vista, aduciendo los carceleros que no tenían fuerza suficiente para vigilar a los acusados, pues el dictador se encontraba por la provincia condecorando a los militares participantes en los hechos.

En la sesión del juicio, señalada para el viernes 25 de septiembre de 1953, no fue presentado el acusado Fidel Castro, y se pretextó falsamente que éste se encontraba enfermo.

Lo cierto es que el 24 de septiembre se habían reunidos los Ministros de Justicia, Gastón Godoy, y el de la Presidencia, Andrés Domingo Morales del Castillo, con el fiscal actuante en el juicio, Mendieta, y el Coronel Del Río Chaviano, para analizar la marcha del juicio, y entre otras cosas coincidieron en que era necesario sacar a Fidel del proceso para que no continuara denunciando a la dictadura y a sus esbirros; finalmente, Morales del Castillo dijo que ese tema y otros tratados allí, había que consultarlos con el dictador Fulgencio Batista, para decidir cómo proceder, por ello, la sesión de la continuación del juicio señalada para el siguiente día 25, de septiembre, tampoco se celebró y se continuó el día 26, ya sin la presencia de Fidel, sobre el cual se presentó un falso certificado médico que decía que estaba enfermo.

Por eso, y de esta manera, Fidel fue separado del juicio principal y juzgado posteriormente, con otros acusados que no pudieron concurrir a esa primera vista, en juicio diferente, que se realizó el 16 de octubre de 1953, es decir, más de tres semanas después de la vista inicial, en un sitio apartado, como lo era una salita del Hospital Saturnino Lora, de Santiago de Cuba.

A ese otro juicio, en el que se incluyó a Fidel, ya el 16 de octubre de 1953, es al que se refiere la pregunta que se le formula a Baudilio Castellanos, quien responde lo que sigue.

-En la sesión del juicio en que juzgaron a Fidel, ¿éste volvió a declarar, y los demás testigos de la Tiranía declararon nuevamente?

-Tú haces una pregunta interesante. Aquella vista fue muy simplificada, Fidel ya había pasado por la prueba de confesión y habían declarado Chaviano, Pérez Chaumont y todos los demás. Procesalmente, ya se habían practicado todas las pruebas y el Tribunal no se metía nuevamente en este lío de volver a repetir las pruebas practicadas, aunque tuviera ahora un escenario más limitado.

Junto a Fidel juzgaron a Abelardo Crespo y un obrero ferroviario que nada tenía que ver con el asalto al cuartel. A Crespo yo le dije: "niega allí, no hables nada, tu viniste a Santiago a los carnavales".
Aquella vista del juicio, procesalmente hablando, fue de una sencillez extraordinaria, que aunque no recuerdo bien, creo que allí no declaró nadie.

Baudilio, ¿en el juicio, los testigos de cargos aportaron elementos concretos contra cada uno de los asaltantes?

-No mira, yo les dije al comienzo que a nombre del gobierno no hubo cabeza que organizara la acusación y el Fiscal no asumió este papel.
El Fiscal asumió la acusación en general, el papel de precisar pruebas contra cada uno de los asaltantes, eran muchos. Pero además habían muchos acusados que habían sido detenidos en La Habana, por actuaciones e investigaciones realizadas aquí en La Habana y no iban a llevar a la gente que actuó y que aparecían en las actuaciones levantadas en esta provincia para que declararan en el juicio. Ninguno fue al juicio.
Por eso a muchos de esos detenidos que habían participado en la acción, a quienes yo defendía, y contra los cuales sólo estaban las actuaciones de la Policía, que le habían dado dos patadas aquí en el S.I.M. (Servicio de Inteligencia Militar), y los habían enviado para allá, podía defenderlos y sacarlos absueltos.
Hablé con Raúl y le dije: "Raúl yo saco en libertad a estos acusados» y me respondió, bueno si tu puedes saca a la mayor cantidad de esos compañeros, pero el grupo de nosotros si vamos a confesar.
Montané me dijo: "saca a Generoso Llanes, sácalo que la familia se muere de hambre", y así saqué absueltos a un grupo de compañeros que los habían cogido en La Habana y contra los cuales no había acusación de alguien que participara en el juicio. La situación del juicio era muy tensa para que los oficiales de la Tiranía se pusieran a caerle al detallito, a declarar específicamente de lo que había hecho cada uno de los acusados.
Además, eran muchos acusados, ellos mismos crearon ese molote de acusados; detuvieron y encartaron a más de trescientas personas.
Entonces, cuando vinieron a declarar, que se le preguntaba ¿qué sabían?, ¿a quien acusar concretamente?, quizás a los más comprometidos; así por ejemplo Chaviano y Pérez Chaumont hablaron de la generalidad de los hechos. El más tenso en su declaración fue Morales, el Jefe de la Policía, uno de cuyos hermanos murió en la posta, era la gente más dolida, más comprometida.
Bueno para resumir lo que me están preguntando les voy a contar lo siguiente: cuando termina el juicio grande, me quito la toga, estaba con mucho calor y entonces se me acerca el padre de uno de los muchachos que yo defendía, al que le habían ocupado la máquina que era un Dodge grande, y lo tenía el Jefe del S.I.M. para resolver, y me dice: "doctor mi máquina" y pienso yo "ay mi madre, este hombre se me aparece ahora, ay doctor, mi máquina". Entonces le digo: "vamos a ver lo de la máquina", cojo la libreta, busco el teléfono de Lavastida, el Jefe del S.I.M., el asesino;

tengo que llamar a Lavastina: "Con el capitán Lavastida de parte del doctor Baudilio Castellanos", sale al teléfono, le digo: "Capitán tengo aquí al padre de uno de mis defendidos que me pidió lo llamara porque hay que entregarle la máquina que ustedes tienen ahí ocupada".
Me dice Lavastida: "Bueno, ven para acá, entras por la puerta de allí, dejas el carro y entras a pie para que te puedas llevar la máquina tú". Entonces voy para allá, voy preguntando, ya me habían dado paso por la posta y me van indicando "dale por ahí". Para ir al S.I.M. había que entrar por la puerta del Moncada, donde se había producido la balacera, con todos los huecos de las balas, al llegar allí me dicen que siguiera por el pasillo grande y cuando voy por ese pasillo, me encuentro con el cabo que declaró sobre la granada, y que yo había ridiculizado en el juicio, y pienso en ese momento -mire usted a quién me voy a encontrar en este pasillo-, me parecía que aquel pasillo ancho se había puesto chiquitico, al punto que no cabíamos los dos, pero si yo no quería lío, menos lo quería el cabo conmigo; él pasó así, pegadito a la pared, por un pedacito del pasillo y se fue.
Bueno sigo y llego al S.I.M. y me dicen: "Ven para acá abogado, ven para acá", viene Lavastida y me dice: "Qué clase de juicio es ese, ahí nada más que han condenado a los que se declararon culpables, el colmo hubiera sido que ni a estos los hubieran condenado; nada más que han condenado a los que se declaraban culpables, ¿qué clase de juicio es ese?, esos Magistrados son unos descarados y mira, el viejo ese, Díaz Olivera, que lo único que se le ocurrió fue abrir la boca para preguntar por Jesús Blanco". Esa era la impresión de Lavastida, Jefe del S.I.M.
Pero como les decía, la Tiranía no tenía organización para llevar la acusación en el juicio y el Fiscal no estaba en disposición de llenar ese vacío, no se lo iba a llenar, y no se lo llenó; el Fiscal que actuó era el Jefe de los Fiscales, y asumió su actuación en este juicio por su cargo, por ser el Jefe de los Fiscales y defendió de modo general el orden institucional, pero nada más.
Bueno, después de aguantarle la perorata a Lavastida, aunque llena de cosas que eran verdad, lo que el hombre está diciendo allí era verdad, en el juicio no se había condenado a nadie más que al que dijo: "oye, yo soy culpable, ponme lo que te de la gana", me dijo, bueno dile que te den el auto, ahí lo tenían ya, entonces le habían cambiado la batería y le habían puesto una batería mala y el carro no arrancaba y era mecánico, entonces le digo al que lo traía: "ponlo en segunda que vamos a empujar", lo empujamos, arrancó y lo saqué de allí, entonces se lo di andando acelerado y dígole al padre de mi defendido: "Bueno, ahí tiene su auto, ahora el lío es suyo".
Pero esa fue la interpretación de Lavastida, esa fue la interpretación de Lavastida y no fue irreal.

Conclusiones

Los acusados por el asalto a los cuarteles Moncada y Carlos Manuel de Céspedes, fueron juzgados por los Tribunales de Urgencia que conocían de todos los delitos políticos que se cometieran en esa época.

En estos tribunales, se seguía un procedimiento específico, propio para esa jurisdicción, conocido como "el procedimiento de urgencia", y, en consecuencia, no era de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente para los hechos que conocían los tribunales ordinarios.

El procedimiento de urgencia, estaba diseñado para que se les privara de garantías a los acusados, se limitaran sus posibilidades de defensa, y todos aquellos que fueran presentados ante los tribunales recibieran algún tipo de sanción penal.

Los jueces que actuaban en esta jurisdicción estaban sometidos a los dictados del Poder Ejecutivo, y en particular, después del golpe de Estado del 10 de marzo de 1952, los jueces respondían a los intereses y órdenes que impartía el dictador Fulgencio Batista y Zaldívar, es decir, no eran independientes en su función de impartir justicia y mucho menos imparciales.

Existían hilos invisibles que determinaban el nombramiento y ascenso de aquellos miembros de la judicatura que se destacaban por su sumisión al poder real de la dictadura existente en el país.

El juicio por los sucesos de los cuarteles de Santiago de Cuba y Bayamo, fue un descalabro político y moral para el gobierno, pues puso de relieve su carácter ilegítimo, su proceder contrario a la ley, y la actuación criminal de sus cuerpos represivos.

Este acto jurídico propició además, que se pusiera de manifiesto un programa revolucionario para el pueblo de Cuba y se avanzara en el proceso por alcanzar una sociedad más justa y equitativa para los cubanos, razones éstas, entre otras, que justifican sea calificado como el juicio más importante de la época republicana en Cuba.

Bibliografia

Bodes Torres, Jorge Luis y otros: "Entrevista con Baudilio Castellanos", archivo personal, 1983.

Castro Ruz, Fidel: *La Historia Me Absolverá*, Instituto del Libro, La Habana, 1967.

…..:*La Historia Me Absolverá*, Ed. Comisión de Orientación Revolucionaria del C.C. DEL P.C.C., La Habana, 1973.

…..: Discurso en el acto central por el XX Aniversario del Asalto al Cuartel Moncada, Ed. Departamento de Educación Interna del C.C. del P.C.C., La Habana, 1973.

…..: Discurso por el VIII Aniversario del Asalto al Cuartel Moncada, Ed. Instrucción Revolucionaria del MINFAR, La Habana, 1967.

Colectivo de Autores: Valoración Jurídico Penal del Juicio más trascendental de la Historia de Cuba, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1998.

Cuba Fernández, Santiago: El Sistema Judicial Cubano, entrevista, disponible en http://vdedaj.fr/cuba/justicia.html

Dirección Política de las F.A.R.: *Historia de Cuba,* MINFAR, La Habana, 1967.

Gaceta Oficial: Acuerdo Ley no. 1, de 2 de abril de 1958, Ed. Extraordinaria, La Habana, 1958.

Le Riverend, Julio: *La República*, 3ra ed., Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1971.
Marill Rivero, Emilio: "Acerca de la dialéctica de la Democracia y la Legalidad Socialista", *Revista Cubana de Derecho*, no. 16, año IX, enero-diciembre, La Habana, 1980.
Merino Brito, Eloy: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Instituto del Libro, La Habana, 1967
Rojas, Marta: La Generación del Centenario en el Moncada, 2da. Ed., Ed. R, La Habana, 1965.
Rojas, Marta: La Generación del Centenario en el Juicio del Moncada, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1979.
Soto, Lionel: *La Revolución del 33*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1977.
Tauler López, Arnaldo: *Las ideas no se matan*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988.

Anexo

Integracion de la sala del Tribunal de Urgencia que celebró el juicio de la causa 37

Presidente: Adolfo Nieto Piñeiro-Osorio
Magistrados: Juan Francisco Mejías Valdivieso y Ricardo Díaz Olivera
Fiscal: Francisco Mendieta Hechavarría
Secretario: Raúl Mascaró Yarini
Oficial de Secretaría: Adolfo Alomá Serrano

Jefes de la escolta militar que custodiaba a los acusados

Capitán Pedro Rodríguez Medrano
Teniente Vicente Camps Ruiz

Alguaciles del Palacio de Justicia que atendieron el juicio por los sucesos del Moncada

Mariano Redondo Solano
Edesio Ramos
Lupicinio Trujillo Bonet
Alcibiades Salazar, "El Indio"
Bernardo Duany

Integración de la sala de vacaciones del Tribunal de Urgencia de Santiago de Cuba que abrió el sumario de la causa 37, el 26 de julio de 1953

Presidente: Manuel Urrutia Lleó
Magistrados: Mario Vázquez Martínez, Evelio Morales Castillo
Fiscal: Francisco Mendieta Hechavarría
Secretarios: Rubén Franco Gutiérrez, Rodolfo Grillé Mena

Médicos forenses que actuaron

Dr. Alpidio Rodríguez
Dr. Ramón Cabrales
Dr. Carlos Padrón
Dr. Modesto González Tardón
Dr. Luis Montalvo Lefebre.
Dr. Manuel Prieto Aragón

Médicos de la Prision de Boniato

Dr. Juan Martorell García
Dr. Aurelio Portuondo Álvarez.

Abogados de la defensa en el juicio del Moncada

Fidel Castro Ruz (autodefensa)
Baudilio Castellanos García (abogado de oficio), defendió a Ulises Sarmiento Varga, Isidro Peñalver O'Relly, Humberto Valdés Casañas, Manuel Vázquez Tió, Jesús Blanco Alba, Carlos Merilles Acosta, Raúl Castro Ruz, Jesús Montané Oropesa, Israel Tápanes Vento Aguilera, Reynaldo Benítez Nápoles, Ernesto Tizol Aguilera, Eduardo Montano Benítez, Oscar Alcalde Valls, Juan Almeida Bosque, Armando Mestre Martínez, Antonio San Román Llanes, Generoso Llanes Machado, Moto Méndez Weiss, Mauro Suárez Suárez, Enrique Cámara Pérez, Ángel Valdés Rodríguez, Rafael Núñez Leyva, Ángel L. Díaz Francisco, Haydée Santamaría Cuadrado, Gabriel Gil Alfonso, Gerardo Sosa Rodríguez, Rosendo Menéndez, Ramiro Valdés Menéndez, José Ponce Díaz, Ciro Redondo García, José Suárez Blanco, Francisco González Hernández, Tomás Rodríguez, Pedro Miret Prieto, Ramón Callao Díaz, Mario Chánez de Armas, Luis Pérez Cabrejas, René Bedia Morales, Florentino Hernández Enríquez, Gustavo F. Ameijeiras, Porfirio Loynaz Hechavarría, Andrés García Díaz, Agustín Díaz Cartaya, Mariano Collazo Cordero, Abelardo Crespo Arias, Cecilio Timoteo Benitez, Luis Comte Agüero (Juzgado en la Colonia Española. No participó en el asalto).
Carlos Peña Jústiz (abogado), defendió a Gustavo Arcos Bergnes.
Andrés Silva Adán (abogado), defendió a Guillermo Elizalde Sotolongo, Ignacio Fiterre Rivera, Genaro Hernández Martínez, René Betancourt Castillo, Rolando Guerrero Bello.
Luis A. Gómez Domínguez (abogado), defendió a Orlando Cortés Gallardo y Eduardo Rodríguez Alemán.
Juan José García Benítez (abogado), defendió a Emilio "Millo" Ochoa Ochoa.
Jorge Mariño Barnet (abogado), defendió a José Vázquez Rojas.
Raúl Villalvilla Carbonell (abogado), defendió a Leonel de los Santos Gómez Pérez, Ramón Serrano Alfonso, Juan Manuel Martínez.
Elizardo Díaz Lorenzo (abogado), defendió a Fidel Labrador, Julio Díaz González, Ramón Pez Ferro.
Miguel A. Pérez Lamy (abogado), defendió a Antonio Pérez Mujica, José Antonio Cabrera, Armando Díaz C., Rolando Hevia Ruiz.Rafael Cisneros Ponteau (abogado), defendió a Juan M. Llosa Pereda, Bernardo Hernández Hernández.
Genaro Hernández Vera (abogado), defendió a Aníbal Quesada Granados, Arturo Hernández Tellaheche.
Lucas Morán Arce (abogado), defendió a José Luis González Ruiz.
Eduardo Eljaick Eldidi (abogado), defendió a Ángel Eros Sánchez, Fernando Fernández Catá.
José María Badell Romero (abogado), defendió a Manuel Lorenzo Acosta.
Roberto Rosillo Rodríguez (abogado), defendió a Vicente Chávez Fernández, Sergio González Machado, Fernando Lima Rodríguez.
Rubén Alonso Álvarez (abogado), defendió a Humberto Lamotte Coronado, Aracelio Azcuy Cruz, Oscar Alvarado González, Rafael Valdés Calvo, Sergio Mejías Pérez, José Manuel Gutiérrez.

Luis Pérez Rey (abogado), defendió a Joaquín Ordoqui Mesa, Lázaro Peña González, Juan Marinello Vidaurreta.
Jorge Pagliery Cordero (abogado), defendió a Melba Hernández Rodríguez del Rey.
Héctor Canciano Laborí (abogado), defendió a Luis Arrastía Navarrete.
Conrado Castell Cordero (abogado), defendió a Aida Pelayo Pelayo.
Marcial Rodríguez (abogado), defendió a Gerardo Poll Cabrera.
Ramiro Arango Alsina (autodefensa).
Roberto García Ibáñez (autodefensa).

Nota: Al concluir el juicio de Fidel en el hospital civil, la Causa nro. 37 de 1953, estaba compuesta por 15 piezas de 200 fojas y se trabajaba en la número 16. En total fueron acusados en la causa 132 personas. De estos procesados estaban comprometidos con los sucesos 50 de ellos. Fueron sancionados 32 acusados.

ACIJ
2009-2010
No. 7

El procedimiento con el error en la identidad de la persona
The error in the person identity

Jorge Luis Bodes Torres

Resumen

En este artículo se analizan los errores que se pueden cometer con mayor frecuencia, durante el proceso penal, en cuanto a la identidad de la persona acusada y la forma de subsanarlos. Se explica que pudiera implicar la sanción de una persona que no fue el autor del hecho y la forma de subsanación mediante el procedimiento de revisión que nuestra legislación procesal regula.

Sin embargo, cuando el error en la identidad de la persona se refiere a un detalle formal, es decir, por ejemplo, a un nombre falso ofrecido por el sancionado, entonces no es necesario proceder a la promoción de una revisión penal, sino que se puede subsanar ese error, mediante un auto aclaratorio de la sentencia emitida por el propio tribunal que la dictó.

Estas soluciones respectivas aparecen legalmente recogidas en el texto procesal y deben ser certeramente interpretadas, para guiar con eficiencia la actuación de los operadores del sistema penal y particularmente de los jueces.

Palabras claves

Procedimiento penal, identidad de las personas, revisión penal, hecho delictivo, procedimiento del error, normativa procesal penal, sentencia condenatoria.

Abstract

In this article errors that can be made most often, during the penal process as for the accused person´s identity and form of correcting them are analyzed.

In that way it is explained that when the errors made in the identity of an accused is substantial, wich implies the sanction of a person that was not the author of that fact, the correcting form it is by means of the revision procedure that our procedural legislation regulates in the third causal of the 456 article of L.P.P.

However, when the error in the person´s identity refers to a format detail, that is to say, for example, to a false named offered by the sanctioned, then it is not necessary to proce the promotion of a penal revision, but rather you can

correct that error by means of a self explanatory of the sentence emited by the own tribunal that dictated it.

These respective solution appear legaly collected in the peocedural text and they should be interpreted unerringly, to guide with efficiency the performance of the operators of the penal system and particularly of the judges.

Keywords

Penal process,identity of person, procedure.

Durante el procesamiento penal de los acusados, y particularmente en su etapa judicial, se presentan diversos problemas relativos a la identidad de las personas inculpadas, que pueden conducir a errores que requieran de subsanación.

Cuando este yerro en la identidad del acusado se descubre durante la fase investigativa, preparatoria o intermedia del proceso penal, su solución rectificadora es conocida, rápida, y sus efectos negativos para el acusado y para la sociedad pueden interrumpirse, evitando males mayores. Sin embargo, si alcanza la fase judicial y aquella de ejecución de la pena, el asunto se complica y sus consecuencias adversas para todos, pueden resultar trascendentes.

Entre estos conflictos aparece el de aquellos imputados que ofrecen datos personales de otros sujetos y hasta poseen carné de identidad con esas generales, bien porque éste es falso o siendo verdadero, la semejanza corporal entre su auténtico titular y el impostor, impide reconocerlo, como puede acontecer con hermanos, sobre todo si son gemelos, o simplemente entre personas de físicos parecidos.

Si tal engaño surte efecto en el procesamiento policial del individuo y éste queda en libertad o con alguna medida cautelar de fianza en efectivo o la obligación contraída en acta de presentarse periódicamente ante la autoridad que conoce del caso, ello provoca que las actuaciones pasen al fiscal y éste las traslade al tribunal, con esos datos falsos.

El órgano judicial, en el momento de citar a esta persona a juicio, convocará al legítimo titular del documento, no al farsante que lo utilizó, y en esa ocasión de la citación -que no es el momento de aclarar este entuerto puede que comience la complicación, pero en el supuesto de que ello no se aclare en ese instante, acontecerá que esta persona citada tendrá que concurrir a juicio para exponer ante los jueces su explicación de lo acaecido, o aportar algún elemento esclarecedor, y que ello resulte creíble para los juzgadores, de manera que puedan disponer la anulación de lo actuado y la práctica de nuevas diligencias esclarecedoras, pues de lo contrario -si no resulta plausible su explicación o el tribunal actúa con superficialidad- el órgano jurisdiccional dictará sentencia condenatoria, incurriendo en el procesamiento y la penalización de quien no es el autor del ilícito penal.

Quizás la variante de menos ocurrencia en nuestro tiempo, debido a la obligatoriedad de poseer carné de identidad, el desarrollo y empleo de la dactiloscopía, así como la socialización de la vida moderna, es la imposibilidad de identificar con certeza a un acusado, el cual carezca de documentos que la avalen, no se determine el lugar de su residencia o trabajo, se niegue a ofrecer sus generales y a pesar del deber que tienen los operadores del sistema penal de determinar las particularidades de las personas acusadas, como lo establece la Ley de Procedimiento Penal en sus artículos 151 y siguientes, no puedan definirse los elementos que lo individualizan, o sólo se conozca su apodo o nombre supuesto con el que opera.

Por cierto que lo anterior sucedía con cierta incidencia a mediados del siglo pasado y es común que en las sentencias de esa época se lea, por ejemplo: el acusado conocido por Juan Pérez García, o Armando Casanova, o Gustavo, o Pepe, o «el Baboso»; a manera de identificar a los acusados, juzgados y sancionados, lo que confirma que ello no era impedimento para su procesamiento.

También puede suceder que se le impute la comisión de un hecho delictivo a quien no fue su autor y sin embargo, tal como lo recoge la literatura jurídica universal en materia de criminalística, éste sea identificado por varias personas; o sólo se conozca al autor por su nombre o quizás se posean otros datos, y al localizarlo, se ubica a un individuo con esos mismos detalles, pero después de procesado y sancionado, se conoce que no es el sujeto comisor del hecho; estos, entre otros muchos supuestos, pueden y suelen darse en la vida práctica.

Casos de esta naturaleza pueden conducir a que el tribunal dicte sentencia contra una persona que no es la autora del hecho o que siendo su comisor, se le sancione con el nombre de otro sujeto.

En ambos supuestos hay -literalmente hablando- un error en la identidad de la persona, pero en esencia son dos casos diametralmente diferentes, pues en uno se presenta un problema de fondo, al sancionarse a una persona que no fue la que cometió el delito, su verdadero autor no ha sido juzgado; mientras que en la otra ocurrencia, se ha sancionado al autor del hecho, pero el proceso se le ha seguido bajo nombres y datos personales que no son los suyos, los verdaderos.

En el primero de estos ejemplos, estamos en presencia de un error de fondo, de contenido, pues se le ha seguido el proceso y se le ha impuesto sanción a una persona que no cometió el delito, debido a que fue erróneamente identificado como el autor del crimen; en el segundo proceder, se presenta un error formal en el nombre y otros datos del acusado, autor del delito, que fue procesado y sancionado con todos los derechos y garantías recogidas en la legislación de trámites. Ambos son errores en la identidad de la persona, pero muestran diferencias sustanciales, que tienen relación, en la forma de subsanarlos, con distintas instituciones procesales que se emplean para rectificar uno u otro de tales errores.

La no individualización oportuna de estos errores -sustancial o formal- la creencia equívoca que tanto uno como otro se resuelven de igual forma, conduce al empleo de instituciones procesales inadecuadas en su corrección.

Si como señalé antes, no se discrimina el tipo de error, puede acontecer que se emplee desacertadamente el procedimiento de revisión para su subsanación, alegando la causal tercera, del artículo 456, de la Ley de Procedimiento Penal, que autoriza este actuar cuando: "se haya cometido error en la identidad de la persona sancionada", en aquellos casos de individuos procesados y juzgados con datos de identidad falsos, que después se conoce, no son los propios de ese sujeto; con lo cual se le da una interpretación errática y desafortunada a este precepto, pues mediante el procedimiento de revisión se anularía el proceso para que se corrigiesen el nombre y los datos personales del acusado, mediante la repetición del juicio de primera instancia, con el mismo acusado, los propios testigos y peritos, en suma iguales pruebas, para arribar a idéntica decisión, sólo con un nombre diferente; sería un formalismo, un gasto innecesario de trámites sin resultados efectivos, sin impacto en el fallo del tribunal, contrario a la esencia de nuestro sistema procesal.

El apartado tercero, del artículo 456, antes señalado, de la ley procesal, conceptúa el término "error en la identidad", en el equívoco de fondo, es decir, cuando ha sido procesado, juzgado y sancionado un acusado que se conoce después, no fue el autor del delito. Este artículo exige un "error" de contenido, en la persona que haya sido sancionada con carácter de comisor del acto delictivo, y sin embargo no lo realizó, comprobándose después que el ejecutor fue otro sujeto.

Por ejemplo, si la persona autora del hecho delictivo, al ser detenida e instruida de cargos, hubiese dado el nombre de otra persona, y ese otro sujeto –ajeno al acto ilegal- hubiese sido llevado a juicio y sancionado, estaríamos en presencia de un error en la identidad de la persona, de fondo, ya que se habría juzgado y sancionado a quien no cometió el delito.

La subsanación de este equívoco judicial tendría que realizarse a través del procedimiento de revisión, en virtud de la causal antes mencionada.

Sin embargo, la rectificación de los datos indentificativos de la persona que invocó un nombre falso o dio varios nombres, o incluso que no ofreció ningún dato y no pudo identificarse adecuadamente, no obstante lo cual fue procesada, juzgada y sancionada, conociéndose después su verdadera identidad, no se efectuará mediante el procedimiento de revisión antes señalado, pues éste es un error formal, que no afecta el contenido del proceso, ya que se juzgó y sancionó al verdadero ejecutor del delito, aunque identificándolo con datos falsos.

La corrección de estos supuestos se realizará de acuerdo con lo regulado en el artículo 160 de la Ley de Procedimiento Penal. Este precepto, en su segundo párrafo, establece que en tales situaciones, cuando no se conozca la verdadera identidad del acusado -mucho más si se cree en la que éste ofrece- se continuará el proceso penal contra esa persona hasta su solución definitiva con la sentencia firme.

En este sentido, siempre han procedido así los tribunales, al interpretar nuestra normativa procesal penal, pues -como ya señalé- antes de que existiera el sistema

del carné de identidad, era relativamente frecuente que los delincuentes habituales se identificaran por varios nombres falsos, lo que conducía a que se consignara en la sentencia, como nombre del acusado, aquellos varios por los cuales era conocido, e incluso sus apodos o el mote con el cual había sido bautizado por la policía para reconocerlo.

El último párrafo del ya mencionado artículo 160 de la ley de trámites, ofrece la solución específica para estos casos, al establecer que, en el momento en que se conozca la verdadera identidad del acusado, bien durante la fase preparatoria o después de sancionado el acusado, «se procederá por la autoridad que corresponda, según la fase en que se encuentre el proceso, a efectuar las rectificaciones o aclaraciones que procedan». Si esto ocurre después de celebrado el juicio a ese acusado, la fórmula es: corregir la sentencia mediante la correspondiente resolución aclaratoria, dictada por el propio tribunal que emitió la sentencia, con alcance a todos los documentos generados con la anterior identidad; sin que sea necesario, ni adecuado, promover procedimiento de revisión para su enmienda.

Es decir, para que pueda resultar correcto el empleo de la revisión, debe haberse celebrado el juicio y dictado sentencia que sea ya firme, contra una persona que no fue el autor del delito, en consecuencia, al verdadero autor del crimen no se le juzgó por esos hechos.

Ahora bien, si la persona juzgada, que tuvo a su vista el tribunal, que ejerció sus derechos en ese acto y durante todo su procesamiento, fue el autor del delito, aunque todo el trámite legal se le haya seguido con otro nombre distinto al verdadero, la solución rectificadora a esa inexactitud será a través de un auto aclaratorio de la sentencia, emitido por el propio tribunal que lo juzgó.

En resumen, sólo se emplea el procedimiento de revisión cuando el error en la identidad de la persona acusada, es de fondo, es sustancial, tiene efectos para la persona sancionada y por tanto resulta trascendente a los fines de la justicia.

Ante los errores formales acerca de los datos generales de la persona sancionada, lo cual no trasciende a la esencia misma de la justicia impartida, se emplea la aclaración de la sentencia, con efectos extensivos a todo el proceso.

Estas soluciones respectivas aparecen legalmente recogidas en el texto procesal y deben ser certeramente interpretadas, para guiar con eficiencia la actuación de los operadores del sistema penal y particularmente de los jueces.

Bibliografía

Dirección de Tribunales Militares:*Ley de Procedimiento Penal,Compendio de Legislación Penal III*, Ed. Agencia Poligráfica Casablanca, Geocuba Cartografía,Cuba, 2004.

Fenech, Miguel: *Derecho Procesal Penal*, vol. II, Ed. Labor, S.A., Barcelona, 1960.

Díaz Pinillo, Marcelino:"El Procedimiento Penal de Revisión", en Colectivo de Autores: *Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal*, Tercera Parte, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

Candia Ferreyra, José: *La Revisión en Materia Penal*, (archivo personal), La Habana, 2005.

ACIJ
2009-2010
No. 8

El presente y futuro de la victimología: ciencia, filosofía y prevención

Present and future of victimology: science, philosophy and prevention

Wael Hikal

Resumen

El presente artículo expone de manera sencilla la nueva ciencia que alza crecimiento desde hace algunos años y que lleva por objetivo el estudio de las víctimas y la atención a estás. Así mismo se han desarrollado conceptos, programas y herramientas que permiten el entendimiento de estas, lo que ha dado lugar a una revolución de conocimiento y técnicas de estudio, así como su fuerte influencia en las políticas públicas nacionales e internacionales para entender a las víctimas, se hace referencia a la Victimología.

Palabras claves

Victimología, víctima, victimidad, victimización, Victimología criminológica, Victimología científica, política Victimología.

Abstract

The present article presents in a simple way the new science that sahows growth for a few year and take as objectives the stydy of victima and its attention. In this way, it have been developed concep, programs and tolos which allows its understanding, which have given place a revolution of knowledges and study techniques, as its strong influence in the national and international public policies in order to support the victims, references to victimology are made.

Key Word

Victimology, victim, victimity, victimization, criminological victimology, scientific victimology, victimological policy

En algunos textos de Criminología (si no es que en la mayoría) se señala que cuando se atiende a una pareja criminal, el que interesa más es el delincuente, algunos exponen generalmente acerca de la

atracción hacía el victimario por el poder que representa,[1] que le inhibe de las reglas sociales, contradice el trabajo de la sociedad o bien común (sería el progreso). Por otro lado, exponen el sentimiento de culpa proyectado.[2] Es decir, al conocer al delincuente se descansa en que, no es uno el que ha causado daño, o que la atención se enfoca a éste.

Sin embargo, el estudio científico de la víctima es aún más joven que el del criminal, si bien, sobre este último se han hecho múltiples explicaciones durante siglos, a través de la Demonología, Psiquiatría, Psicología[3] entre otros, la víctima escasamente surge en su descripción, o bien, se específica a manera de la justicia restaurativa antigua.

Con el paso de los siglos, nace por César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo,[4] la Criminología, que se encarga de estudiar el fenómeno criminal en todas sus dimensiones: crimen (hecho), criminal (individuo) y criminalidad (generalidad), pero el centro de atención fue el jurídicamente llamado sujeto activo del delito. Queda fuera o apenas acariciada por la Criminología, la Victimología o la atención y estudio de la víctima.

Al tiempo, el paradigma de la explicación criminal, pasa a la víctima; es decir, la atención comienza ahora a surgir en su estudio, su atención, características, tipos, participación o involucramiento en el delito, etc. Análisis hecho comúnmente dentro del estudio criminológico, error aparentemente grave si se separan sus partes. Por un lado, aún no se ha podido explicar la conducta criminal y mucho menos rehabilitar al delincuente, cuando la atención se ha tornado a los objetivos anteriores señalados para la víctima. Y así con el tiempo surgen textos de Victimología clásicos y contemporáneos,[5] programas de organizaciones no gubernamentales especiales en la ONU (principalmente las encuestas de victimización), entre tantos más.

Pero cabe plantear la siguiente pregunta: ¿Se estará en posibilidad científica, académica, de infraestructura, gubernamental y demás necesario para atender y estudiar a una víctima?

[1] Alfonso Reyes Echandia: *Criminología*, 1987. José Adolfo Reyes Calderón: *Criminología,* 2001. Hilda Marchiori: *Criminología*. *Teorías y pensamientos*, 2004. Aleyda Ángeles Astudillo,: *Psicología Criminal. Análisis de las psicopatologías del delincuente para encontrar su perfil en Derecho Penal,* 2007.

[2] Hilda Marchiori*: Ob. cit*., Fernando A. Barrita López: *Manual de Criminología (Y otras ciencias afines)*, 2008. Wael Hikal: *Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo. La necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico*, 2009.

[3] Alfonso Reyes Echandia:Ob. cit. Rafael Márquez Piñero: *Criminología,* 1999. José Adolfo Reyes Calderón: *Criminología*, 2001.

[4] Rafael Garófalo: *La Criminología*. *Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*.

[5] Antonio Beristain: *De Dios legislador en el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología*, 2007. José Zamora Grant: *Derecho victimal*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

Otro planteamiento que queda pendiente, desde el enfoque científico-académico es acerca de si existe una Victimología General y otra Victimología Criminológica, de ello, ha de derivarse, quiénes son los victimólogos de licenciatura, maestría o doctorado generales y otros específicos, qué países llevan liderazgo en el tema ó si ha de atribuirse la labor al psicólogo, jurista, sociólogo o criminólogo. Y en el caso de que le corresponda a alguno de éstos, deberá exigírseles tener posgrado en Victimología, y de ser así, tendrán la capacidad académica para atender a todos los tipos de víctimas si se toma en cuenta que hay víctimas de terremotos, accidentes, huracanes, deslaves de cerros, accidentes aéreos, de animales bravos, entre otras situaciones.

De lo anterior se puede desprender, que hay varios tipos de Victimologías, si al momento actual no se reconocen, quien esto escribe no tiene duda que un futuro próximo exista la especialización victimológica, esperando que la situación no sea igual, que como para la Criminología, que ha más de cien años de «reconocimiento científico» apenas en algunos países ha logrado escasos avances en su interior.

De ello, podrá hablarse en un futuro de Victimologías clínica, criminológica, médica, de los Derechos Humanos, penitenciaria, forense,[6] entre muchas más, incluso una Filosofía Victimológica.

De la Victimología General a sus conceptos operacionales

Habrá que entender que sencillamente, la Victimología General "es la ciencia que estudia a las víctimas en general, las causas y los efectos de la victimización, así como la respuesta de las personas particulares y del Estado ante este fenómeno".

Hay muchas situaciones en las que personas se ven dañadas en múltiples aspectos; por ejemplo, luego de un padecimiento médico, el sujeto sobreviviente o en recuperación deberá recibir un tratamiento psicovictimológico, así como sus familiares en el caso que sus allegado se haya recuperado, esté en proceso o haya fallecido. Por otro lado, quienes posterior a una violación de Derechos Humanos merecen un resarcimiento de cualquier tipo, puede asignarse a esto una labor igualmente de tratamiento victimológico (Victimología de los Derechos Humanos). Y de igual forma los que padecen al perder sus bienes por desastres naturales, u otros males de todo tipo.

Ampliamos el concepto inicial, Victimología General:[7]

El estudio clínico, tratamiento y rehabilitación hecho por especialistas, de los que padecen por una conducta antisocial, no sólo se refiere al sujeto pasivo del delito, sino a todos los que se ven afectados por él, como

[6] Faustina Sánchez Rodríguez y Emilio José García Mercader: *Victimología Forense*, 2010.

[7] Wael Hikal: *Introducción al estudio de la Criminología y a su Metodología. La necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico: Las Criminologías específicas,* p. 74.

los familiares, incluyendo también a las víctimas de algún accidente, a las víctimas de la discriminación, de la contaminación, de los abusos de poder, víctimas de accidentes laborales, víctimas de desastres naturales, entre otras.

A continuación se presentan los conceptos de Victimología clínica, Victimología criminológica, forense y penitenciaria, así como de Filosofía victimológica, de forma enunciativa más no limitativa:

- Victimología clínica: Estudio clínico, tratamiento y rehabilitación de los que padecen por una conducta antisocial, no sólo se refiere al sujeto pasivo del delito, sino a todos los que se ven afectados por él, como los familiares. Una parte de esta puede considerarse como Victimología etiológica-multifactorial.[8]
- Victimología criminológica: La Victimología trata de curar las lesiones de las víctimas; restituirles la paz y la serenidad que nunca debieron haber perdido; reparar el daño moral y la dignidad por las humillaciones que recibieron en el alma; compensarles por las pérdidas sufridas en un camino que nunca eligieron como propio, y evitarles una futura victimización como consecuencia de la dejadez de los hombres deshumanizados y de las legislaciones incapaces de proteger lo que destruyen. Es volver a construir a las personas destrozadas por la barbarie en lo que realmente son: seres humanos dotados de razón y conciencia.[9]
- Victimología forense: Disciplina que coadyuva con el órgano de justicia para investigar la forma en que tienen relación las víctimas del delito en el desarrollo de éste. Si se considera que la víctima en muchas ocasiones tiene participación en el proceso del *iter criminis* y/o el *iter victimae*, será importante analizar si la víctima es provocadora, imaginaria, entre otras.
- Victimología penitenciaria. Tiene como sujetos de estudio, aquellos que son sometidos a un proceso penitenciario por el tiempo que fuera, desde la prisión preventiva hasta su estancia prolongada con o sin sentencia. Es común saber que los internos a su vez son victimizados por el mal trato del personal penitenciario, las condiciones de vida, la policía, alimentación, falta de ejercicio, entre otros. También la victimización que sufre quién siendo inocente es sometido a investigación ya sea por sospechoso o por otras condiciones de abuso de autoridad.
- Filosofía victimológica. Carlos Elbert[10] apunta que todos los saberes buscan incansablemente su imperialismo científico. Una vez que buscan autonomía científica logran cierto estatus dentro de la Filosofía, surgen los quehaceres epistemológicos que cuestionan sin cesar el origen del conocimiento y junto con ello, una serie de metodólogos,

[8] Faustina Sánchez Rodríguez y Emilio José García Mercader: *Ob. cit.*

[9] Wael Hikal: *Ob. cit.*

[10] Carlos Elbert: *Criminología Latinoamericana. Teorías y propuestas sobre el control social del tercer milenio*, Parte Primera, 1996.

filósofos y otros científicos comienzan a un riguroso análisis que en ocasiones se torna incansablemente riguroso.

Así, Filosofía victimológica es la parte de la Filosofía General que se refiere al proceso de pensar en todo lo relacionado con la Victimología, acumula todo el conocimiento útil para el entendimiento del fenómeno victimal. Así como conocer y estudiar el origen de la Victimología, su historia, relación con otras ciencias, casos prácticos, tratamiento, evolución científica, técnicas y demás.[11]

Otros conceptos que se manejan son: victimidad, victimización, factores victimógenos, en los que, el primero se entiende como el estado físico o corporal de padecer por algún delito o conducta antisocial. La victimización es la acción de ejecutar un acto por el cual una persona se convierte en víctima y por último (más no limitativo), los factores a que se hacen referencia son las condiciones en el ambiente o en el interior de alguien que conducen o favorecen a que sean víctimas; por ejemplo, una casa desprotegida, la oscuridad, el descuido, la elegancia en exceso, la ceguera, la invalidez corporal, la edad, entre otros.

Por otro lado, el sujeto esencial de estudio ha de ser la víctima, que es definida por MONTIEL SOSA[12] como: "el sujeto que recibe los efectos externos de una acción u omisión dolosa o culposa, causando un daño en contra de su integridad física, de su vida o de su propiedad".

Cabe señalar también, que las víctimas tienen su clasificación, es el parámetro más conocido,[13] el siguiente de acuerdo con ISRAEL BENJAMIN MENDELSHON: inocentes (que no tienen relación con el hecho), culpables (intervinieron en el acto o dieron lugar), provocadoras (incita con sus conducta al hecho criminal), imprudenciales, voluntarias (pone a la vista su deseo de ser victimizado), ignorantes (es la que facilita su victimización), agresoras, simuladoras (es la que acusa falsamente), imaginarias (inventa su condición de víctima). En dependencia del autor y la tendencia será la clasificación.[14]

El paradigma de moda y lo obsoleto del sistema legal

Que la víctima de un delito sea desatendida ya no es un hecho que cause novedad en México, así como en otras partes del mundo, en el caso particular,

[11]FAUSTINA SÁNCHEZ RODRÍGUEZ Y EMILIO JOSÉ GARCÍA MERCADER: *Ob. cit.*

[12]JUVENTINO MONTIEL SOSA: *Criminalística, t. 2*, p. 49.

[13]JAVIER JIMÉNEZ MARTÍNEZ: *Las ciencias penales en México*, 2009.

[14]HILDA MARCHIORI*: Ob. cit.*

el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Cámara de Diputados, 2009) señala que a la víctima se le debe proporcionar atención psicológica, médica y jurídica, además de la reparación del daño y la facilidad de cooperar con el Ministerio Público en la aportación de pruebas. A saber:

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Contrario a un principio rector en el documento que sustenta la base organizacional de este país, la víctima ha pasado al olvido real de lo que en la Constitución se señala, por ello, que ahora la atención a las víctimas tenga fuerza, aumentado con las encuestas de victimización. Parece ser que esta es la década de las víctimas y de la Victimología, en el que Gobierno, organizaciones, institutos, centros,[15] investigadores, profesores y otros miran a ésta. Así en la mayoría de los países ha surgido una organización no gubernamental dedicada a la Victimología, a nivel internacional está la Sociedad Internacional de Victimología, en México, al igual que la Criminología ésta, se encuentra limitada.

Para hacer apoyo a esta falta de atención se han creado programas de atención descentralizados como en la Comisión Nacional de Derecho Humanos México, aunque cabe hacer mención su falta de acción y capacidad ante tantos hechos donde se han violado derechos de las personas, a pesar de su grandísimo presupuesto y su presencia en todos los Estados de la República Mexicana, esta se ve carente de soluciones más allá de las: recomendaciones.

Encuestas de victimización

Desde 1989 surgió una herramienta que se ha convertido en obligatoria titulada *Encuestas de Victimización*, ésta se derivó de la mala calidad en los servicios judiciales y la falta de participación ciudadana, en cuanto a la falta de denuncias ante el Ministerio Público, el contenido de la herramienta está dirigido a determinar: la cifra negra de la criminalidad, la falta de denuncias, los delitos que quedan sin castigo, la percepción de la seguridad y la percepción hacía los cuerpos de seguridad.[16]

Respecto la cifra negra de la criminalidad, según un estudio realizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2008), ésta se mide por los delitos no denunciados, los que no dan lugar a averiguación previa a pesar de haberse denunciado, los sufridos en un solo incidente, por una o varias víctimas, que se registran en una sola averiguación previa, y los que no se registran por deficiencias en el sistema estadístico oficial.

Las Encuestas de Victimización han revelado datos interesantes respecto la real cifra de delitos que se comenten y que quedan impunes debido a la falta de denuncia de los ciudadanos, de lo cual se debe a diversos factores como: la lentitud del proceso, la falta de atención del Ministerio Público, el desconocimiento de la víctima del proceso,

[15] United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute *A world directory of criminological institutes and of crime and justice institutions*, Italia, 2009.

[16] Instituto Interregional de las Naciones Unidas para la Investigación Criminal y de Justicia: Encuesta Internacional sobre Criminalidad y Victimización, Italia, 2008. Disponible en *www.unicri.it/wwd/analysis/icvs/index.php*.

la desconfianza, entre otros. Desafortunadamente estas encuestas han caído en monotonía, pues, desde 1989 se han venido realizando a nivel mundial y uno de sus objetivos es generar mejores políticas públicas para la modificación a los procesos judiciales y la atención a las víctimas, pero no se ha logrado, más que a avances muy lentos, ya que dichas se emplean como una herramienta critica a los órganos de gobierno y ha carecido de las propuestas necesarias para la modificación y la presión a mejorar las políticas de gobierno.

¿Victimología científica? ¿Existe?

La Victimología ha crecido a las faldas de diversas ciencias: la Psicología, la Criminología y el Derecho Penal. Cada una le ha aportado un conocimiento útil y le ha proporcionado el camino que debe seguir. La Psicología, la parte diagnóstica y terapéutica, la Criminología la etiológica y el Derecho Penal el restaurativo de sus bienes jurídicamente tutelados.

Por otro lado, sin la comprobación científica, se quedaría hueca y carente la Victimología, pues es la que da fortaleza para posteriormente pasar al reto que ésta debe enfrentar ante la indiferencia del Derecho Penal (más específicamente ante la justicia penal).

Señalan González Trijueque y García López,[17] que:

> A partir de 1940, autores como Von Henting (1941, 1948), Ellenberg (1954), Mendelsohn (1956) y Wolfgang (1958), entre otros, se interesaron por ver a las víctimas desde la perspectiva científica, con lo que, por vez primera, consideraron que la historia de las víctimas podía contribuir de algún modo a su propia vicrimización, abandonándose de este modo el papel pasivo que habían desempeñado a lo largo de la historia y se instauraron las bases de una nueva disciplina científica: la victimología.

Es bien conocido en el ámbito de la Criminología, que ésta es frecuentemente disminuida a "hipótesis de trabajo" porque aquella no tiene objeto de estudio propio sino que es señalado por el Derecho Penal -y a éste se los señala la Sociología jurídica penal, y sin la Criminalística, sería casi imposible reconstruir el delito-, así mismo, para la Victimología, decía Hans Goppinger que cómo ésta sería ciencia (proveniente de la Criminología) si es rama de otra que tampoco lo es. Por ello, se desarrolla un conflicto científico referente a la autonomía de la Victimología, se ocupan grandes obras dedicadas a la afirmación y a la negación de ésta con conocimiento metódico científico.

[17] Eric García López: *Fundamentos de Psicología jurídica y forense*, p. 398.

Es bien sabido por metódologos más flexibles que la misma evolución científica dará lugar a descubrir errores y que la misma hará que se modifiquen y que haya cambios en los descubrimientos previos al nuevo nacimiento de alguna teoría o ciencia. MARQUEZ PIÑERO[18] indica que una ciencia debe tener lo siguiente: objeto de estudio, conjunto de conocimientos, método y resultados, así actualmente no hay duda que la Victimología tiene como objeto (o sujeto) de estudio a la víctima, tiene su conjunto de conocimiento relativos a ésta en sus causas, intervenciones y posibles remedios, los tiene de forma ordenada y sistemática, emplea el método que todas las ciencias emplean, el científico, el método general y de los pasos anteriores llega a conclusiones.

Por otra parte, ORELLANA WIARCO[19] señala que hay etapas en la investigación que dan lugar a tomar estudios previamente desarrollados y de este nuevo enfoque dar nuevos resultados.

Por lo anterior, sin seguir un régimen estricto en cuanto a la metodología o filosofía de las ciencias, se asegura que la Victimología es nueva y ha tomado fuerza y ha dado lugar a la creación de áreas especializadas en el tema. Así como la enfermedad es un victimario, sus enfermos son las víctimas, y éstas son estudiadas por los médicos junto con su causante (el victimario). Del mismo modo, la Criminología debe aportar datos sobre el delincuente y su abanico de comportamientos, la Criminalística su acto en consecuencia y la Victimología deberá tomar los datos aportados por éstas para hacer una reconstrucción de hechos que ayuden a reconstruir también la fractura ocasionada en la víctima.

El amplio catalogo de víctimas y el futuro por hacer...

Con toda seguridad, al igual que lo ocurrido con otras disciplinas y/o ciencias, los objetivos iniciales sobrepasan los alcances prácticos, la doctrina, al igual que las legislaciones, quedan alejadas de las realidades. De ello, si se considera que la Victimología General ha de llevar a cabo el proceso completo de identificación, estudio, tratamiento, clasificación y rehabilitación de una víctima para todos, entonces ha de tener un enorme campo visual de sus víctimas, en específico, víctimas de desastres naturales, tormentas, terremotos, explosiones de volcanes, maremotos, sequías, vientos fuertes, contaminación, enfermedades ocasionadas por las condiciones ambientales, víctimas de enfermedades -además del médico y el enfermero ¿Quién más debe tener preparación con las víctimas terminales y sus familiares? ¿El tanatólogo, el criminólogo ó victimólogo general?-, importante también conocer a las víctimas de los gobiernos, cuando el abuso de poder ocasiona desastre social, en referente al no cumplimiento por parte de éste de los derechos fundamentales. Deben ser consideradas víctimas, aquellos que carecen de vivienda, educación, servicios de salud,

[18]RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO: *Criminología.*

[19]A. OCTAVIO ORELLANA WIARCO: *Manual de Criminología,* 2007.

de alimento, si se aborda el fenómeno criminal en su análisis causal y se trabaja en una Victimología etiológica-multifactorial en la que se buscan las causas de su victimización, por una lado, se tiene al Gobierno que inhibe o dificulta el acceso a los bienes básicos de desarrollo, y a su vez se estudia que hay posibilidades de que el pobre, el que no tiene posibilidades de crecimiento social, puede llegar a delinquir, entonces son víctimas futuros delincuentes y viceversa. También, habrá que considerar las víctimas de los abusos de policías, militares, servidores públicos de alto nivel. Además de éstas, hay que observar a las víctimas de terrorismo, de tráfico de órganos, trata de personas, mutilaciones, de guerras (soldados y ciudadanos), animales, de abuso sexual, de abusos médicos, de profesionales, entre tantos tipos más, y no solo limitarse a aquella primera clasificación mendelsoniana.[20]

Sin que la lista anterior sea esa totalidad de víctimas, se debe tener en cuenta que la Victimología y sus ramas (si se llegará a especializar de tal forma) tienen una labor muy compleja por cumplir.

La política victimológica

Existen muchas víctimas que guardan relación con el victimario, puede ser el caso limitado a los delitos cometidos en el hogar, en donde comúnmente el esposo o conyugue maltrata a su pareja e hijos. En otros tipos de delitos; por ejemplo, terrorismo, será difícil determinar la vinculación con la víctima, pues muchas veces sufren personas ajenas al delito, contrario a esto, en los casos de venganza, es sobrado el aspecto relativo a la relación, pues se mantiene la relación ya sea con el crimen organizado, con la policía, con el mandatario, con el presidente, con el encargado de cierta área. Otros tipos de delitos son aquellos en los que la víctima es ajena al victimario, suele suceder que éste previamente analizó a su víctima, pero no hay una relación directa.

Lo importante es conocer la relación a manera de una futura prevención, conociendo las formas del delincuente, su modo de operar y su catálogo de víctimas se podrá lograr reducir el índice. Al hacer referencia al catalogo de víctimas se significa que a cada tipo de delito o de delincuente especializado le deriva un tipo de víctima. Posiblemente y sin negar posibilidad al error, el violador mantiene cercanía con la víctima, sin dudar que exista quienes sin conocerla tomen la iniciativa. Al narcotraficante le corresponden las víctimas fuertes, policías, mandatarios administrativos de la función pública y también los débiles como los distribuidores menores. Con la existencia de diversas formas de robo, cada especialista tendrá su víctima, el que robe joyerías o el carterista, de casas, entre otros. Y así a cada delincuente le viene su víctima.

De dicha relación se puede construir planes preventivos, difícilmente se logrará a quienes ya sufrieron un hecho, pero las experiencias pueden servir para hechos futuros y de otras personas. El estudio victimológico clínico y/o forense arrojará muchos resultados de ambas personalidades, siendo la Criminología la que aporte

[20] Eric García López: *Ob. cit.*

aquellos datos sobre el delincuente y la Victimología complemente su análisis con cada caso particular.

Para poder llevar a cabo una prevención, hay que definir el concepto de ésta, es imaginar con anterioridad un hecho criminal y preparar los medios necesarios para impedirlo. En la prevención se emplean otros términos a manera de sinónimos como: control, intimidación y predicción. La Política Criminológica puede ser entendida como la puesta en práctica del conjunto de medidas preventivas y de acción posdelictiva, ha de comprender todo lo que este a disposición para tratar y reducir la criminalidad.

Y por otro lado, la Política victimológica se refiere:

> El trabajo preventivo victimológico; es decir, el trabajo preventivo con la víctima y no con el delincuente es una herramienta que pretende cerrar las puertas al crimen al enseñar o educar al ciudadano común para generar en él una conciencia igualmente preventiva, que le permite escapar de la tan temida victimización. Con lo anterior, estaríamos previniendo el delito de manera integral pero con especial atención a la educación preventiva victimológica, es decir, estaríamos haciendo prevención del delito pero, desde una perspectiva Victimológica.
>
> Así entonces, es necesario considerar al momento de realizar estrategias anticrimen a las víctimas, coordinando y entablando las acciones necesarias para que llegue hasta ellas la información oportuna para evitar el ya señalado proceso de victimización. ¿Y qué se persigue al realizar estrategias anticrimen desde una perspectiva victimológica?, bueno, pues, en términos técnicos estaríamos haciendo lo siguiente: evitando que el *iter criminis* y el *iter victimae* se encuentren, estaríamos disminuyendo el riesgo victimal, estaríamos haciendo prevención y/o profilaxis victimal, estaríamos reduciendo los factores que favorecen la victimogénesis y con ello, estaríamos haciendo más fuerte la capacidad de nuestra población de defenderse preventivamente del delito y con ello, cerrando el camino al criminal, evitando que cometa crímenes y reduciendo de esta manera la criminalidad.

Esta Política victimológica puede construirse en base a los siguientes parámetros:[21]

1. Buscar datos para identificar patrones en los incidentes que enfrentan rutinariamente;
2. Someter a un profundo Análisis las causas de esos patrones o problemas;
3. Encontrar nuevas Soluciones de intervención previniendo la cadena de causas para reducir los efectos negativos de esos problemas en el futuro. Estas nuevas estrategias no están limitadas a los esfuerzos para identificar y perseguir delincuentes. Más bien, sin abandonar el uso de la aplicación de la ley cuando ésta sea la mejor manera de enfrentar los problemas, las Políticas orientadas a los problemas busca encontrar otras respuestas potencialmente efectivas (que podrían requerir aliarse con otros actores) dando una máxima prioridad a la prevención, y
4. Evaluar el impacto de las intervenciones, y si no funcionaron, iniciar nuevamente el proceso.

[21] Ronald Clarke, & John Eck: *Análisis delictivo para la resolución de problemas*, USA: Office of Community Oriented Policing Services, p.33.

La prevención debe ser considerada como herramienta básica para la reducción de la criminalidad, la violencia y la inseguridad. La prevención debe ser tratada por los profesionistas en la materia; es decir, los criminólogos o como Goldstein les llamaría: analistas delictivos.

Conclusiones

La atención a las víctimas es el nuevo paradigma del siglo, desde hace más de diez años que se ha desarrollado la Victimología y ha tenido fuerte influencia para la realización de las denominas «encuestas de victimización» que aportan datos útiles sobre la percepción de la seguridad, la cifra negra de la criminalidad y el olvido del sistema penal por la víctima. Tarea difícil le toca a la Victimología en un país en el que el delincuente queda fuera del plano de atención integral, por lo que pedir justicia restaurativa a las víctimas resultará aun más complicado.

Bibliografía

Ángeles Astudillo, Aleyda: *Psicología Criminal. Análisis de las psicopatologías del delincuente para encontrar su perfil en Derecho Penal*, Ed. Porrúa, México, 2007.

Barrita López, Fernando A.: *Manual de Criminología (Y otras ciencias afines)*, Ed. Porrúa, México, 2008.

Beristain, Antonio: *De Dios legislador en el Derecho Penal, la Criminología y la Victimología*, Universidad Iberoamericana, Ed. Porrúa, México, 2007.

Clarke, Ronald & Eck, John *Análisis delictivo para la resolución de problemas*, USA: Office of Community Oriented Policing Services, [s. n.], 2005.

Elbert, Carlos: *Criminología Latinoamericana. Teorías y propuestas sobre el control social del tercer milenio*, Parte Primera, Universidad, Buenos Aires, 1996,

Eric García López: *Fundamentos de Psicología jurídica y forense*, Ed. Oxford, México, [s. a.].

Garófalo, Rafael: *La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, [s.e.], Buenos Aires, 2005.

González Vidaurri, Alicia y Augusto Sánchez Sandoval: *Criminología*, Ed. Porrúa, México, 2008.

Hikal, Wael: *Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo. La necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, [s. n.], México, 2009.

…..: *Introducción al estudio de la Criminología y a su Metodología. La necesidad de reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico: Las Criminologías específicas*, Ed. Porrúa, México, 2009.

Instituto Interregional de las Naciones Unidas para la Investigación Criminal y de Justicia: "Encuesta Internacional sobre Criminalidad y Victimización", Italia. (2008). Tomado de: *www.unicri.it/wwd/analysis/icvs/index.php*.

Jiménez Martínez, Javier: *Las ciencias penales en México*, Ed. Ubijus, México, 2009.

Marchiori, Hilda: *Criminología. Teorías y pensamientos*, Ed. Porrúa, México, 2004.

Márquez Piñero, Rafael: *Criminología,* Ed. Trillas, México, 1999.

Montiel Sosa, Juventino: *Criminalística, t. 2,* Ed. Limusa, México, 2002.

Orellana Wiarco, A. Octavio: *Manual de Criminología,* Ed. Porrúa, México, 2007.

Pérez Pinzón, Orlando Álvaro y Brenda Johanna Pérez Castro: *Curso de Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Restrepo Fontalvo, Jorge: *Criminología*, Ed. Temis, Colombia, 2002,

Reyes Calderón, José Adolfo: *Criminología*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2001.

Reynoso Davila, Roberto: *Nociones de Criminología e Historia del Derecho Penal,* Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 2004.

Reyes Echandia, Alfonso: *Criminología*, Ed. Temis, Colombia, 1987.

Sánchez Rodríguez, Faustina y Emilio José García Mercader: *Victimología Forense*, Ed. Estudios victimales, España, 2010.

Silva, Arturo: *Criminología y conducta antisocial*, Ed. Pax, México, 2003.

Trujillo Mariel, Patricia Rosa Linda: *Criminología dinámica*, Ed. Alfill, México, 2004.

United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute *A world directory of criminological institutes and of crime and justice institutions*, Italia, 2009),

Zamora Grant, José: *Derecho victimal* , Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009.

La prevención social y trabajo social comunitario

ACIJ
2009-2010
No. 9

Una experiencia formativa para la prevención comunitaria de las drogodependencias

A formative experience for the community prevention of drug addiction

María Soledad Sóñora Cabaleiro
Yenisei Bombino Companioni
Daile Simón Romero

Resumen

Se presentan resultados derivados de un proyecto de investigación de formación de recursos humanos, ejecutado por el Centro de Investigaciones Jurídicas a solicitud de la Dirección Nacional de Trabajadores Sociales, en colaboración con el Centro Nacional de Promoción y Educación para la Salud, el Grupo Operativo de Salud Mental y Adicciones de Ciudad de La Habana, el Instituto Pedagógico Latinoamericano y Caribeño y los Ministerio del Interior y de Justicia.

Los resultados conciernen a la fase diagnóstica del proyecto y están referidos específicamente a la valoración que acerca de la manifestación del consumo de drogas en Cuba tiene el grupo de trabajadores sociales participantes en el estudio, la situación en que se encuentra la "organización" de trabajadores sociales en materia de prevención y atención de las drogodependencias y las necesidades de aprendizaje identificadas en esta esfera.

Palabras clave

Trabajo social, consumo de drogas, prevención social, diagnóstico, necesidades de aprendizaje.

Abstract

Some of the derived results of a project of investigation of formation of human resources are presented, executed by the Centre of Juridical Investigations to application of the National Direction of Social Workers, in collaboration with the National Centre of Promotion and Education for the Health, the Operative Group of Mental Health and Addictions of City of Havana, the Institute Pedagogic Latin American and Caribbean and the Ministry of the Interior and of Justice.

The results that they are exposed they concern to the diagnostic phase of the project and they are referred specifically to: 1) the valuation that about the manifestation of the consumption of drugs in Cuba has the group of workers social participants in the study; 2) the situation in that it is the «organization» of social workers as regards prevention and attention of I drug them - dependences and; 3) the learning necessities in this identified sphere.

Words key

Work social, consummate of drugs, social prevention, diagnostic, learning necessities.

La prevención del uso de drogas requiere la participación cooperada de diferentes organismos, organizaciones y la población en general. A estos empeños preventivos de la sociedad cubana se sumó el Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ), hace ya trece años, al incorporar esta línea de estudio.

A las investigaciones realizadas por el CIJ durante este período, orientadas al diagnóstico del comportamiento del fenómeno del uso de drogas en el país y la estimación de su prevalencia, se unieron otras encaminadas a la transformación social, en específico en el área de formación de recursos humanos.

El propósito del presente trabajo es presentar algunos resultados de un proyecto de investigación, ejecutado en el año 2010, a solicitud y en coordinación con la entonces Dirección Nacional de Trabajadores Sociales, dirigido a la formación de esta fuerza joven, para la prevención comunitaria de las drogodependencias.[1]

La experiencia se llevó a cabo en un momento de reorganización de los trabajadores sociales en el país, de tránsito hacia una nueva estructura que contribuyera a una visión más integral de los problemas sociales. Es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el organismo que hoy aglutina esta fuerza laboral, dirige y controla la política de prevención, asistencia y trabajo social.

La prevención, la promoción y educación de salud requieren, de los sujetos que participan en estos procesos, de profesionalidad entendida como la unidad de los principios éticos que deben caracterizar su desempeño y el dominio de la actividad que se realizan. Las funciones inherentes al trabajo social, las potencialidades del ámbito comunitario para la prevención del consumo de drogas y la necesidad de preparación para el mejor desempeño de esta labor avalaron la realización del proyecto.

Su objetivo general fue contribuir al incremento de la eficacia y efectividad del proceso de prevención comunitaria del consumo de drogas que tiene lugar en cada municipio, a través de la formación de un grupo de trabajadores sociales de diferentes provincias del país.

Los objetivos específicos estuvieron orientados a:

[1] María Soledad Soñora, *Daile Simon y Yenisei Bombino: Gestión y evaluación de proyectos de prevención de las drogodependencias*, Informe de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2010.

- Realizar un diagnóstico de la situación de partida de la organización en materia de prevención y atención de las drogodependencias.
- Analizar la percepción de los trabajadores sociales acerca de la manifestación del consumo de drogas en Cuba.
- Identificar sus necesidades de aprendizaje en esta materia.
- Diseñar y ejecutar un proceso formativo sobre gestión y evaluación de proyectos de prevención comunitaria.

La perspectiva socioeducativa de formación de gestores comunitarios que se asume se sustenta en una visión ética humanista, el compromiso emancipatorio, protagonismo compartido y la responsabilidad para la transformación de la realidad, que debe entrañar la labor de un gestor de la prevención comunitaria de las drogodependencias.

Sin pretender reconocerse como una Investigación-Acción-Participación (IAP) compartió con ese enfoque los principales presupuestos de la perspectiva metodológica cualitativa, el tránsito por las fases propias de una IAP y el protagonismo compartido durante todo el proceso investigativo.

Las técnicas empleadas fueron la entrevista a informantes claves, la matriz DAFO, el cuestionario, el árbol de problemas, técnicas participativas de presentación, problematización, análisis de casos prácticos, búsqueda de consenso y evaluación. La experiencia formativa se desarrolló a través de la modalidad de talleres-curso.

En calidad de informantes claves fueron entrevistados directivos nacionales, provinciales y municipales del entonces Programa de trabajadores sociales. El árbol de problemas construido representa la percepción que tienen los propios trabajadores sociales, acerca del comportamiento del consumo de drogas en sus territorios de procedencia. La confección de la matriz DAFO facilitó la reflexión colectiva sobre la situación real en que se encontraba la organización, en lo que compete a la prevención y atención de las drogodependencias.

Se invitó a participar en los talleres a especialistas procedentes de la Comisión Nacional de Drogas y de los Ministerios de Justicia, Salud Pública, Educación y del Interior. Su duración, modalidad, fecha y horario de realización fueron definidos de conjunto con los trabajadores sociales y ajustados a sus condiciones de trabajo, posibilidades de participar y recursos.

La valoración acerca del comportamiento y la magnitud del consumo de drogas en cada una de las provincias y los municipios donde residen y desempeñan el trabajo social, fue obtenida a través de un cuestionario auto administrado, con cuyos resultados se elaboró un informe que fue devuelto al grupo para su análisis.

Para el diagnóstico de las necesidades de aprendizaje se realizaron talleres participativos en siete municipios de la capital del país (Habana Vieja, Centro Habana, Habana del Este, Diez de Octubre, Plaza, Cotorro y Arroyo Naranjo).

Se utilizaron los métodos no probabilísticos de muestreo: por conveniencia, por cuotas y por juicio de expertos. Los criterios de inclusión en la muestra fueron esencialmente lograr una representación de todas las provincias y de trabajadores sociales que se desempeñaban como capacitadores, a los efectos de la multiplicación de la experiencia.

En el proyecto participó un total de 104 personas: 14 directivos de las diferentes estructuras y 90 jóvenes trabajadores sociales, procedentes de todas las provincias del país, con edades entre 18 y 30 años, de ambos sexos, pero con predominio del femenino. El tiempo de experiencia como trabajador social fluctuó entre uno y ocho años, pero la mayoría tenía una permanencia en la organización entre tres y cinco. Varios se encontraban estudiando carreras universitarias, entre las que destacan Derecho, Psicología y Comunicación Social. El resto tenía enseñanza media superior y había recibido el curso básico de formación de trabajadores sociales. De los 90 jóvenes 34 tomaron parte en los talleres-curso.

A continuación se presentan los resultados investigativos referidos concretamente a: la valoración de los trabajadores sociales acerca de la manifestación del consumo de drogas en Cuba, la situación en que se encontraba la organización en el campo objeto de estudio y la identificación de sus necesidades de aprendizaje para la prevención comunitaria del uso indebido de drogas desde el trabajo social.

Valoración acerca de la manifestación en Cuba del consumo de drogas y su prevención

Según datos del Departamento de organización y atención a los trabajadores sociales, el Programa contaba al momento del estudio con una fuerza activa cercana a 35 mil trabajadores sociales, caracterizada por su juventud (23 años como edad promedio), feminización (71.4%), procedencia obrera y campesina (87.8%) y militancia en las filas de la Unión de Jóvenes Comunistas (79.9%). Para esa fecha, año 2009, el 93.7% cursaba estudios superiores que el 8% ya había vencido y varios seguían alguna modalidad de la enseñanza posgraduada.[2]

En la muestra de participantes en el proyecto estuvieron presentes las características sociodemográficas que distinguían al universo de trabajadores sociales. A las que se suma la escasa experiencia y preparación en prevención del consumo de drogas, pues sus fuentes[3] de información

[2] Los datos que se ofrecen responden a la composición de los trabajadores sociales del país, al momento de desarrollo del proyecto.

[3] De acuerdo con los resultados de las investigaciones realizadas en varias provincias del país en la población general, por: María Soledad Sóñora, Martha Chang Paulina Mesa y otros: *Evaluación del uso indebido de drogas en la población cubana*, Informes de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas.

sobre el tema no se diferencian de las del resto de la población, fundamentalmente los medios masivos de comunicación, la familia, el cine y la escuela. De ahí que su valoración sobre la magnitud y manifestación del problema en los territorios en que desempeñan su labor como no esté avalada, en la mayoría de los casos, por su experiencia profesional, sino se sustenta en la apreciación de la realidad en tanto sujetos que forman parte de una población y un contexto específicos.

La mayoría declaró no tener experiencia profesional alguna vinculada con la problemática del consumo de drogas y no sentirse suficientemente preparada para desarrollar las funciones de información, orientación, atención directa y prevención propias del trabajo social. De la minoría que dijo haber tenido conocimiento de personas consumidoras de drogas que reclamaron su atención, una de cada dos consideró no sentirse preparado para orientarlos correctamente.

Las escasas experiencias referidas confirman la falta de preparación para la prevención, tal y como se puede apreciar en los comentarios que reproducimos a continuación:

- Tuve un caso que me contó sobre su vida y el tiempo que consumió y no pude aconsejarlo ni orientarlo correctamente.
- En estos momentos tengo un caso que es consumidor y no tengo cómo orientarlo para salir de esa situación. Esta persona se encuentra cumpliendo una medida de seguridad predelictiva y no está siendo atendido por el Centro Comunitario de Salud Mental.
- No hay una visión sobre la extensión y magnitud del problema en la comunidad, ni estamos suficientemente preparados para enfrentar esta situación, orientar y ayudar a las familias.
- Tienen una percepción del consumo de drogas legales e ilegales como problema social, configurada a partir de sus escasas experiencias, observaciones, vivencias personales y participación en reuniones de trabajo en las que se ha analizado el tema.

Sus criterios acerca de la accesibilidad y disponibilidad de drogas en el país son coherentes con la anterior valoración. La mayoría consideró que en sus provincias de residencia es fácil conseguirlas y que el consumo se extiende gradualmente entre la población.

Más de la mitad dijo saber que en sus municipios de residencia se han adoptado algunas medidas, pero la mayoría (53%) dijo sentirse poco o nada informada respecto a las acciones de prevención del consumo de drogas que se han instrumentado en sus provincias en los últimos años, a diferencia de un 6% que declaró estar bien informada y un 38% algo informada.

Sobre el impacto de las acciones preventivas en los niveles de consumo, el 38% opina que han logrado disminuir la prevalencia, el 36% dijo no saber y un 25% consideró que no ha disminuido.

Es opinión del grupo (72%), que los medios masivos de comunicación son los más activos en lo que a labor preventiva respecta. En segundo lugar fue mencionada la labor que realizan los Centros Comunitarios de Salud Mental, seguidos por las actuaciones en el ámbito escolar. La participación de otros sujetos de la prevención (como son los médicos de la familia, las organizaciones sociales y de masa, juveniles, políticas, la familia y los propios trabajadores sociales), no fue bien valorada, alcanzó porcentajes que oscilaron entre 0 y 25%.

Al momento del estudio la participación de los trabajadores sociales en acciones de prevención del consumo de drogas era muy reducida, esporádica o puntual; se circunscribía a la confección de murales, asistencia a las escuelas de educación familiar, algunas charlas y barrios debate. Uno de cada tres de los participantes reconoció no haber participado nunca en acciones de prevención del consumo de drogas.

El análisis colectivo acerca de las causas y los efectos del consumo de drogas, a través de la construcción grupal de un árbol de problemas, se constituyó en sí mismo en un ejercicio formativo que les permitió reflexionar y visualizar su interrelación con otros fenómenos sociales, a la vez que los preparó para la identificación de sus necesidades de aprendizaje en este campo y otras áreas del conocimiento.

La ubicación en el «árbol» de varios de los efectos, por ejemplo, de naturaleza psicológica o jurídica, evidenció la confusión y el desconocimiento que tienen sobre diversos temas asociados a las drogas, su uso y consecuencias. No obstante, el análisis realizado acerca de varios de los factores de riesgo del consumo se acerca a otros diagnósticos e incluso a los referidos en la literatura especializada. Tal es el caso de algunas características personológicas relacionadas con la vulnerabilidad o protección frente a influencias sociales que pueden favorecer el consumo de drogas. En el grupo de los factores sociales referidos tanto a los contextos de participación más inmediatos del sujeto -familia, grupo de iguales, escuela- y las interrelaciones que establece con las personas en esos ámbitos, como a otros de carácter socioestructural, sociocultural y económico con incidencia en el uso de drogas.

Según datos del Departamento de Organización y Atención a los Trabajadores Sociales (2009), el Programa contaba en esos momentos con una fuerza activa de cerca de 35 mil trabajadores sociales, caracterizada por su juventud (de 23 años como edad promedio), feminización (71.4%), procedencia obrera y campesina (87.8%) y militancia en las filas de la Unión de Jóvenes Comunistas (79.9%). Para esa fecha, año 2009, el 93.7% cursaba estudios superiores que ya el 8% había vencido y varios se encontraban en alguna modalidad de la enseñanza postgraduada.

La organización de trabajadores sociales y la prevención comunitaria del consumo de drogas

A través de la técnica conocida, matriz DAFO, se hizo un diagnóstico de la situación en que se encontraba la organización en cuanto a la actividad de

prevención comunitaria del consumo de drogas. Se analizaron sus fortalezas y debilidades (ambiente interno), amenazas y oportunidades (ambiente externo).

Este ejercicio debía facilitarles la definición de las estrategias y acciones a adoptar por la organización. De la combinación de los diferentes factores identificados en cada cuadrante surgen las posibles estrategias defensivas, de supervivencia, ofensivas o de reorientación.

Las oportunidades identificadas por los participantes fueron:

- Existencia en el país de investigadores e instituciones especializados en el tema y dispuestos a formar a otros.
- Presencia en los municipios y Consejos Populares de estructuras organizativas y de servicios para la prevención, atención y tratamiento del problema.
- Oferta de cursos de capacitación y postgrado sobre el tema drogas.
- Instrumentación en el país de un conjunto de acciones para afrontar el problema.
- Confianza de la población en los trabajadores sociales.
- Acciones que desarrollan los medios masivos de comunicación en función de la prevención de esta problemática.

Las amenazas:

- Persistencia de los recalos de drogas a las costas cubanas y su influencia en un incipiente mercado ilegal interno.
- Expendio de de alcohol y cigarros a menores de edad, en violación de lo regulado.
- Insuficiente percepción del riesgo de la población general y de los propios consumidores.
- Falta de cooperación e integración entre los actores sociales para la prevención comunitaria.
- Poco conocimiento de la población acerca de las funciones de los trabajadores sociales. Percepción de ellos como distribuidores de artículos.
- Visión de la población sobre los consumidores de drogas como antisociales. Estigmatización.

Las fortalezas identificadas pueden resumirse a seis:

- La existencia en todos los territorios del país y a todos los niveles de una fuerza joven de trabajadores sociales, que puede facilitar el trabajo con la población juvenil.
- La cantidad de trabajadores sociales con enseñanza superior, graduados en diferentes disciplinas que pueden contribuir a la prevención comunitaria de las drogodependencias.
- Las interrelaciones de los trabajadores sociales con las instituciones y organizaciones que participan en la prevención comunitaria de las drogodependencias.

- La experiencia acumulada y las habilidades desarrolladas para el trabajo comunitario por una parte de los trabajadores sociales
- El proceso de reorganización del Programa de Trabajadores Sociales.
- La posibilidad de recibir capacitación sobre el tema y de replicar la experiencia.

Las debilidades, por su parte, aluden a ocho problemáticas:

- Escasos conocimientos y experiencia sobre el tema.
- Poca conciencia acerca de la existencia y magnitud del problema.
- Desmotivación de algunos trabajadores sociales para realizar la labor que les corresponde, lo que en ocasiones se traduce en falta de profesionalidad y de ética.
- Inexistencia de un diagnóstico certero sobre el comportamiento del problema en cada territorio.
- Autopercepción de meros tramitadores que tienen algunos trabajadores sociales acerca de la labor que desempeñan.
- Predominio de una percepción de los consumidores de drogas como delincuentes, borrachos y no como enfermos.
- Desconocimiento por una parte de los trabajadores sociales de sus funciones. Enfoque asistencialista en el trabajo social.
- Insuficiente autogestión del conocimiento.

La presencia en todos los municipios del país de un conjunto de estructuras, con experiencia en la organización y desarrollo de actuaciones preventivas, así como con personal capacitado para la previsión de disímiles problemas sociales, constituyó una de las oportunidades que debían ser aprovechadas por los trabajadores sociales.

La prioridad ofrecida por el Estado a esta cuestión, caracterizada por una ardua labor organizativa en el ámbito jurídico y social para enfrentar este problema, fue otra de las oportunidades planteadas. Las estrategias divulgativas, educativas e informativas que han desarrollado los medios de comunicación, la participación de los centros de salud, así como el accionar conjunto de las organizaciones políticas y de masas, entre otros sujetos, han permitido contener la extensión del consumo de drogas y ofrecer atención y tratamiento especializado a las personas que lo soliciten.

A pesar del embate en el país, la disponibilidad de drogas es percibida como una amenaza. El enfrentamiento al tráfico no es cuestión de ofensiva temporal, coyuntural o de campaña, es una confrontación inaplazable por el futuro, el destino de la Revolución y las nuevas generaciones.

Lograrlo requiere la coordinación sistemática de las acciones de los diferentes actores sociales que participan en la prevención. Son múltiples las estructuras

para ello, pero no se han logrado articular. Cada una de las instituciones y organizaciones tiene bien definidas sus funciones, pero falta la materialización de una visión integradora.

El trabajador social debe ser reconocido como una de las figuras comunitarias con el encargo de desarrollar labor preventiva y no sólo como el responsable de la distribución de equipos electrodomésticos, tarea asignada coyunturalmente.

Una parte de los que consumen drogas son jóvenes y la mayoría de la fuerza laboral de los trabajadores sociales también lo son, lo cual puede facilitar la detección temprana del consumo y el acercamiento de los drogodependientes a los servicios de salud disponibles en el país.

La población en general rechaza el tráfico y el consumo de drogas, en especial ilegales, lo cual a la vez de ser una fortaleza, puede obstaculizar las posibilidades de recuperación y reinserción en la sociedad.

El potencial humano joven que constituye el movimiento de trabajadores sociales y su presencia en todas las comunidades del país, es una de las fortalezas identificadas para la prevención del consumo de drogas. Al desarrollar su labor en sus municipios de residencia, deben ser capaz de sensibilizarse con los problemas y canalizar sus soluciones frente a las instituciones responsables, así como, detectar las principales necesidades y demandas de la comunidad.

Por otra parte, las diferentes especialidades que estudian o en las que son graduados, les posibilita abordar la cuestión desde diferentes perfiles profesionales, haciendo más interdisciplinar el enfoque preventivo. El intercambio cotidiano de estos actores sociales con el resto de las instituciones que desarrollan similares actividades en las comunidades, puede facilitar el trabajo conjunto y una mirada integradora al fenómeno.

Desde sus inicios la formación de trabajadores sociales ha tenido entre sus prioridades el desarrollo de las habilidades y los conocimientos imprescindibles para el trabajo comunitario, por ser este el espacio donde sus funciones cobran mayor protagonismo. Una parte importante de ellos tiene acumulada cierta experiencia en esas labores, que si bien no son propiamente sobre el uso indebido de drogas, pueden contribuir al pesquisaje de los grupos de riesgo y consumidores, para su posterior incorporación a actividades o programas preventivos.

La variabilidad y diapasón de tareas que durante una etapa les fueron asignadas a los trabajadores sociales, no posibilitó que los mismos se concentraran en las funciones propias del trabajo social y ha tenido influencia en la desmotivación de algunos por la labor que realizan. Esa desmotivación puede ser una de las causas que esté influyendo en comportamientos poco profesionales de algunos de ellos y en la insuficiente autogestión del conocimiento sobre temas específicos.

La nueva reestructuración del programa de trabajadores sociales, el interés de su dirección en cada una de las instancias, así como la preocupación de los que conforman esta fuerza por su superación en los temas relacionados con el trabajo social, permiten su preparación

y actualización paulatina en temas tan importantes para su labor como la prevención del uso indebido de drogas.

La inexistencia o limitaciones de un diagnóstico preciso acerca del comportamiento de esta y otras problemáticas, también inciden en el desempeño y los resultados del trabajo social. Es necesario que aprendan a detectar las principales necesidades y demandas que servirán de base para la implementación de acciones preventivas y de transformación social.

Las necesidades de aprendizaje identificadas y los talleres-curso

Todas las técnicas empleadas y fases investigativas transitadas contribuyeron al proceso de construcción de sus necesidades de aprendizaje en el campo de la prevención del uso de drogas atravesó todos los momentos investigativos.

En la exploración y análisis efectuados, acerca de las nociones y los conocimientos, se pudo apreciar el predominio de una concepción sobre el término drogas que incluía solo las sustancias ilícitas; el alcohol y otras quedaban excluidos.

Uno de cada dos, no conocía las funciones generales del trabajo social, en especial en el área de las drogodependencias. La mayoría desconocía los ámbitos y niveles de actuación preventiva en esta esfera o los reducían a la familia y la atención individual. No sólo no tenían identificados otros espacios (como la escuela, área laboral, ocio y tiempo libre, comunidad y la intervención profesional en grupos específicos), sino que tenían una concepción estrecha de las funciones y acciones que pueden desarrollar en cada uno de esos ámbitos, tanto para la prevención como para la atención de esta problemática y la orientación a la población.

Los indicios tempranos del consumo, elemento importante para la prevención y atención oportuna de las drogodependencias, tampoco eran de su dominio.

Un grupo minoritario, pero significativo dada las funciones de información y orientación a la población que les corresponden desempeñar, no conocía los servicios de salud disponibles en el país para la atención a las drogodependencias.

Por último se evidenció el desconocimiento prevaleciente acerca de la existencia, los objetivos y las funciones de la Comisión Nacional de Drogas.

Los diagnósticos realizados permitieron constatar que la mayoría de los trabajadores sociales participantes en el proyecto no tenían experiencias vinculadas con la prevención del consumo de drogas y no se encontraban ni se sentían suficientemente preparados para desarrollar el trabajo social en esta esfera.

Entre las necesidades de aprendizaje identificadas y discutidas en y por el grupo se incluyen tanto conocimientos teórico-metodológicos como habilidades prácticas. A continuación se relacionan tal y como los propios participantes y protagonistas del proyecto las nombraron:

- ¿Qué son las drogas? Definiciones conceptuales, tipos de drogas, historia acerca de su uso.
- Consecuencias del uso indebido de drogas para la salud física y mental. Algunos efectos según tipo de droga.
- Panorama acerca de la evolución histórica del consumo de drogas en Cuba. Comportamiento y manifestación actual. Particularidades de expresión del fenómeno en las diferentes provincias. Vías de entrada al país. Disponibilidad y accesibilidad a las drogas. Drogas de mayor consumo en el país.
- Relación del uso indebido de las drogas con otros problemas sociales como la prostitución y el proxenetismo.
- Factores de riesgo y de protección del uso indebido de drogas.
- Indicios de consumo de drogas.
- El consumo en la población joven. Particularidades.
- Qué se hace en Cuba sobre este tema. Servicios de salud existentes. Mecanismos existentes en el país para el tratamiento a los consumidores por parte de otras instituciones: PNR, tribunales, prisiones.
- Rol de los trabajadores sociales en el proceso de tratamiento, rehabilitación y reinserción social. Formas de intervención.
- Las funciones de información, orientación y atención desde el trabajo social. Cómo orientar a una persona adicta, relacionarse con un individuo que consume, convivir con un consumidor, tratar a un drogadicto.
- Cómo hacer un diagnóstico del problema. Gestación, diseño y evaluación de proyectos de prevención comunitaria del uso indebido de drogas. Importancia de la cooperación y participación.

La segunda fase de la investigación estuvo constituida por el diseño y ejecución de un grupo de talleres-curso, a los que se invitó a participar a varios especialistas procedentes de otros organismos, representados en la Comisión Nacional de Drogas (CND), en específico de los Ministerios de Justicia, Salud Pública, Educación y del Interior.

El hilo conductor de los talleres fueron el programa y la metodología elaborados sobre la base del diagnóstico de necesidades de

aprendizaje y de un proceso de intercambio y discusión con los directivos nacionales y provinciales del entonces, Programa de Trabajadores Sociales, el secretario de la CND, los especialistas invitados a participar en el proyecto y los trabajadores sociales.

Se realizaron trece talleres, en la sede central de la organización, en aquel momento. Los jóvenes que participaron convivieron durante ese tiempo en ese lugar, donde existían las condiciones habitacionales necesarias. El horario de la mañana se dedicaba fundamentalmente a la introducción y discusión de los temas seleccionados. Disponían de las tardes para actividades prácticas.

Otro resultado de la experiencia fue la preparación de un CD, entregado a la Dirección Nacional de Trabajadores Sociales, para su distribución a cada provincia del país. Se incluyó una serie de conferencias, elaboradas por el colectivo de especialistas que participó, coordinó y facilitó las discusiones, relación de instituciones con las cuales los trabajadores sociales podrían establecer colaboración, para multiplicar la experiencia en sus respectivas provincias, carpeta con bibliografía complementaria sobre las diferentes temáticas de su interés y selección de textos de canciones que pueden ser utilizados para el análisis, con otros jóvenes, de varios de los temas tratados en el curso.

Contribuyó también a otro resultado del Centro de Investigaciones Jurídicas: la elaboración por el colectivo que investigadores y especialistas que participaron en el proyecto de un libro titulado *Hacia la prevención comunitaria de las drogodependencias*.

La evaluación de la experiencia por sus protagonistas

El proceso investigativo, en cada una de sus fases, incluidos los talleres-curso lograron despertar su interés. Las reflexiones promovidas durante su desarrollo evidenciaron su participación e implicación activa en la construcción de los conocimientos. Varios de los trabajadores sociales que asistieron se comunicaron espontáneamente con sus provincias de procedencia y solicitaron datos, cifras e información, asociados a los temas tratados. Gestiones que, según ellos mismos manifestaron, no habían realizado antes. Cada uno, desde sus saberes, experiencias y formación aportaron al análisis y reflexión grupal. Los trabajos realizados en equipo y el diagnóstico por el grupo, acerca de la actividad preventiva, constituyeron resultados del proyecto, útiles para la continuidad del trabajo que desempeñan y para el incremento de su efectividad.

Se logró que todos identificaran como acciones posibles, las relacionadas con las funciones de: orientar, capacitar, educar,

acompañar, gestionar ayuda especializada, prevenir, concienciar, informar, diagnosticar y evaluar.

La experiencia fue útil también para informarlos acerca de la existencia de la Comisión Nacional de Drogas, su estructura y funciones, para divulgar los propósitos y contenido, tanto del Programa Nacional Integral de Prevención del Uso Indebido de Drogas, de la República de Cuba, como de los Programas Nacionales de Prevención de los Ministerios de Salud Pública y Educación y, sobre todo, para que los propios cursistas reflexionaran acerca de las maneras en que los trabajadores sociales pueden participar de las acciones definidas en estos Programas Nacionales.

A continuación reproducimos sus propias expresiones, en las que se observa el logro de la satisfacción de expectativas:

-Me ayudará a un mejor desempeño de mis funciones.

-Aprendí cómo hacer un proyecto de prevención y evaluarlo.

-El curso me dio herramientas para la realización de diagnósticos certeros del problema.

-Adquirí conciencia sobre el problema.

-Me ha motivado a trabajar mejor.

Algunos destacaron la organización de los talleres, la diversidad de temas incluidos, la atención recibida, el interés despertado por temas específicos y la cohesión y entusiasmo del grupo:

-La profesionalidad y preparación de los profesores.

-La forma amena de impartir las clases.

-La creatividad de los profesores.

-La posibilidad de construir juntos el conocimiento.

-A pesar de ser temas complejos los profesores lograron despertar nuestro interés.

-Las clases participativas.

Bibliografía

María Soledad Soñora, Daile Simon y Yenisei Bombino: *Gestión y evaluación de proyectos de prevención de las drogodependencias,* Informe de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Ministerio de Justicia, La Habana, 2010.

Sóñora, M., M. Chang, P. Mesa. y otros: *Evaluación del uso indebido de drogas en la población cubana*, Informes de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Ministerio de Justicia, La Habana, (2004-2006).

ACIJ
2009-2010
No. 10

Control social informal, un camino a recorrer en el trabajo comunitario

Informal social control a path to walk in the community social work

Celia Marta Riera Vázquez

Resumen

La problemática del control social adquiere cada vez más creciente significación dado el papel regulador en torno a la desviación social y la delictividad o criminalidad. El presente artículo comenta el debate en torno al tema y las propuestas que apuntan a favorecer la integración social privilegiando procesos comunitarios de desarrollo humano.

La autora afirma como el control social informal puede transformarse en un instrumento para la reconstrucción del tejido social -fragmentado y fragmentador- a través, de distintos procesos y mecanismos sociales. Todo ello posibilita dar coherencia estructural y funcional a los procesos emancipatorios de nuestro tiempo.

Palabras claves

Control social, control social informal, criminalidad, antisocialidad, desviación social, delincuencia, prevención, resiliencia, trabajo social comunitario.

Abstract

The problem of social control is gaining increasing significance given the regulator role around social deviance and criminality or crime. The present article comments the debate of around the issue and proposals that aim to promote social integration processes favoring human development community.

The author states how Informal Social Control can become a tool for reconstruction of social fabric - fragmented and shredder-through different processes and social mechanisms. All this allows to give structural and functional coherence for the emancipatory processes of our time.

Keywords

Informal social control, social prevention, prevention of antisociality and crime, marginalization, resilience, social integration and social community work.

Asistimos a un proceso en que los sueños de un desarrollo social armónico y proporcional es la meta, al cual el acercamiento rápido, en tanto, plena expresión de las potencialidades del hombre[1] se vinieron abajo hace ya bastante tiempo. Se tornó subalterno el ser humano en esos esfuerzos. Donde esperábamos logros, se revelaron males: el revés de la individualización, la tecnificación y del bienestar al decir de EDGAR MORÍN.[2]

El desarrollo surgió y favoreció la formación de enormes maquinarias tecno-burocráticas que por un lado dominan y aplastan todos los problemas singulares, concretos y por otro lado, producen irresponsabilidad.[3] La competitividad por el crecimiento económico y tecnológico tiene un costo humano, la depredación en la calidad de la vida, subestimación y muerte de todo lo que no se somete a la competencia.[4] Bajo este yugo se monetariza la vida, se genera la necesidad de sistemas crecientes de dinero para sólo sobrevivir, y mengua el servicio gratuito, la cooperación, fundados en la ética de la solidaridad humana y la amistad.

La tecnología irrumpe en la vida cotidiana y hace de la vida social una gigantesca máquina automática. La tecnificación impone la lógica de la máquina artificial que sustituye crecientemente, la comunicación persona a persona, con secuelas de exclusión y alienación para aquellos sectores e individuos que no pueden acceder a las PC, Internet, celulares, etc. Por otro lado sirve como "grillete" a un control social aún más deshumanizado.

La individualización, resultante de la modernidad, se ha diluido en sobregenaralizaciones, trastocándose en la cosificación y atomización de las personas al ser abandonadas y degradadas, gracias al mercado, las antiguas solidaridades. La familia nuclear tiende a confinarse de manera protectora frente a la sociedad, encapsulándose, a la vez que sufre de una crisis debido a la fragilidad de la institución matrimonio y los valores que median el sentimiento amoroso. De esta manera se acrecientan y agravan las soledades en todas las clases de la sociedad, más horribles allí donde hay pobreza. Las estrategias individualistas de salida de esta crisis se presentan como la alternativa más viable.

[1] ERICH FROMM: *El miedo a la libertad,* p. 28 y ss.

[2] EDGAR MORÍN: "Una política de civilización", *Revista Complejidad*, año 1, no. 1, sep. -nov., 1995.

[3] Ibidem.

[4] Según JUAN LUIS MARTÍN, "El primer factor que condiciona este rasgo es que las distintas sociedades entran a ella... [a la globalización como forma en el trayecto de desarrollo del capital. (Acotación de la autora del presente trabajo)] ...desde puntos de partida muy diversos: escala, posición geográfica, dotación de recursos naturales, pero sobre todo condiciones históricas: víctimas o victimarias de una etapa colonial...Sus secuelas han sido para unos, destrucción de estructuras socioeconómicas, avasallamiento de culturas, saqueo de recursos naturales, y reducción o extinción de recursos humanos; para otros, mecanismos de acumulación de riquezas, desarrollo de infraestructura y apropiación de conocimientos". *Razones del peligro*, p. 3.

Se reproduce ampliamente la delincuencia marginal. La delincuencia ocupacional -la de "cuello blanco"- gana en *status quo* y estrecha sus vínculos con la marginal. Se mercantilizan.

La problemática del control social adquiere por tanto una connotación que va más allá de mantener a raya, en niveles discretos la desviación social y la delictividad o criminalidad.

El principio del panóptico[5] que nos descubre FOUCAULT, lindante con la demostrada inefectividad preventiva y lo dañoso, inherente a la acción penal están vinculados a perspectivas algorítmicas y esquemáticas impuestas a la realidad desde la consideración de las personas de modo unilateral, sometidas a clasificaciones disyuntivas, elementos sustantivos de controles disciplinarios de la actividad, a través de técnicas de sujeción.

En la búsqueda de soluciones urgentes a la problemática criminal se pone énfasis en los resultados cuantificables, medibles y no en los procesos que permitan la sostenibilidad y sustentabilidad de las mismas. En contextos tan cargados por el control social punitivo se crea un campo propicio para menoscabar más la condición humana a instancias de un ejercicio arbitrario del poder.

[5] MICHEL FOUCAULT en entrevista ofrecida en relación a *El Panóptico* de JEREMÍAS BENTHAM - obra editada a finales del siglo XVIII- se ha referido a ella con frases tales como: "Un acontecimiento en la historia del espíritu humano", "Una especie de huevo de Colón en el campo de la política» y en lo que se refiere a su autor, el jurista inglés, lo ha presentado como el "Fourier de una sociedad policial". En dicha entrevista refiere que: En el estudio de los orígenes de la medicina clínica; había pensado hacer un análisis sobre la arquitectura hospitalaria de la segunda mitad del siglo XVIII, en la época en que se desarrolla el gran movimiento de reforma de esas instituciones. Quería saber cómo se había institucionalizado la mirada médica; e inscrito realmente en el espacio social; cómo la nueva forma hospitalaria era a la vez el efecto y el soporte de un nuevo tipo de mirada... Después, estudiando los problemas de la penalidad, he visto que todos los grandes proyectos de remozamiento de las prisiones (que dicho sea de paso aparecen un poco más tarde, en la primera mitad del siglo XIX), retornaban al mismo tema, pero ahora refiriéndose casi siempre a BENTHAM. Casi no existían textos ni proyectos acerca de las prisiones en los que no se encontrase el "invento" de BENTHAM, es decir, el "panóptico".El principio era: en la periferia un edificio circular; en el centro una torre; ésta aparece atravesada por amplias ventanas que se abren sobre la cara interior del círculo. Ese edificio está dividido en celdas, cada una de las cuales ocupa todo el espesor del edificio. Estas celdas tienen dos ventanas: una abierta hacia el interior que se corresponde con las ventanas de la torre; y otra hacia el exterior que deja pasar la luz de un lado al otro de la celda. Basta pues situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda un loco, enfermo, condenado, obrero o alumno. Mediante el efecto de contra-luz se pueden captar desde la torre las siluetas prisioneras en las celdas de la periferia proyectadas y recortadas en la luz. En suma, se invierte el principio de la mazmorra. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra que en último término cumplía una función protectora. En "El ojo del poder", entrevista con MICHEL FOUCAULT, JEREMÍAS BENTHAM: *El Panóptico*.

Pero estos sistemas controladores, a pesar de sus rigideces, no actúan de forma monolítica. Permiten espacios para instalar formas diferentes de acción social, alternativas a las lógicas represivas. Se demanda, entonces, para el control social una perspectiva más humana que contribuya a un enfoque de enfrentamiento socializador y preventivo, que evite en lo posible las posiciones reactivas-represoras propias del Derecho Penal.

¿En qué sentido humana? En primer lugar, como favorecedor de la integración social, que privilegie procesos comunitarios de desarrollo humano. El control social informal puede transformarse en un instrumento para la reconstrucción del tejido social -fragmentado y fragmentador- a través de redes de solidaridad y cooperación entre las personas en procesos de educación social, favorecedores de aprendizajes colectivos, a través de los cuales los involucrados puedan apropiarse y reconstruir conocimientos, habilidades, destrezas, valores, etc. Para reducir vulnerabilidades a partir de asumir y reconstruir una disciplina social-personal de manera crítica y consciente. Esto posibilita dar coherencia estructural y funcional a los procesos emancipatorios sociales. Los argumentos que sustentan esta respuesta será el eje articulador del presente capítulo.

La necesidad del cambio y la posibilidad

En nuestra opinión es una necesidad y un reto para el *control social informal* ir ganado espacio frente al control social formal, de entrar a deconstruir fundamentos de su práctica que lo limitan en la consecución de objetivos más edificadores y humanos. Reconsideración esencial es la de hacer explícitos los presupuestos de partida en los que se ancla y que dan cuenta de la concepción del hombre y sus relaciones sociales, de las cuales se derivan sus formulaciones y lógicas de actuación.

Se le puede asumir como mecanismo universal -para todos los espacios y los tiempos sociales- pero hay que prevenirse contra abordajes abstractos que desde diferentes ciencias, disciplinas y vertientes han intentado dar luz, sobre factores asociados a la aparición y permanencia de la antisocialidad, la delincuencia, el delito -objetos de dicho control-, así como los procedimientos para hacerlo efectivo.

Se asuma o no, las teorizaciones y prácticas de control social informal, son resultado de una concepción de la sociedad y la naturaleza humana así como de los "instrumentos", a través de los cuales se piensa la realidad, los cuales pueden producir "lo impensable de facto", "lo que el aparato del pensamiento no permite pensar".[6]

Las visiones mecanicistas, positivistas de las ciencias sociales no han sido superadas en nuestros días, de ahí que, por ejemplo, muchas veces,

[5] Pierre Bourdieu: "Para una Sociología de los sociólogos", *Le mal de voir* Cahiers Jussieu 2, Université de Paris VII, coll. 10/18, pp. 416, 427.

se actúe a partir lógicas clasificatorias que reducen la naturaleza humana a factores de riesgo, vulnerabilidad. Desestiman la complejidad de la misma, tanto en el plano del individuo como de los grupos, y se les adjudica el *status* de problema y no se consideran parte de las soluciones. Tal simplificación de lo social y unilateralización de la esencia humana, conduce a obstaculizar procesos emancipatorios y de dignificación social personal de inclusión al reproducir procesos excluyentes en una sociedad concreta.

Si el eje inclusión-exclusión es tangencial al control social informal, será muy difícil que pueda cumplir con su misión de alternativa viable y preferible frente a las reactivo-represoras. Sería una intención más noble, pero sólo eso.

La comprensión de lo social para la prevención

Delito y medidas para contrarrestarlo son construcciones sociales, históricas y culturales, fuertemente ligadas a los mecanismos de poder político, donde inciden múltiples mediaciones, tanto de corte racional-cognitivo, como afectivo e ideológica, por tanto modificables. Cada época refleja sus racionalidades y sensibilidades, deja su impronta en la construcción de los sistemas de control y en la instrumentalización de las sanciones para quienes transgreden las normas penales o van en camino de ello.

Los sistemas teóricos de la Sociología y la Criminología han recorrido un largo trecho en la búsqueda de explicaciones y comprensiones a tales fenómenos y situaciones de la realidad social. Esta imbricación es obvia si partimos de sus respectivos objetos de estudio.

Sus producciones han estado marcadas por enfoques unilaterales bajo la racionalidad, por un lado de lo jurídico penal -que clasifica los hechos de la realidad de acuerdo a la clasificación penal en delitos, familias de delitos- y por otro de las consideraciones de la naturaleza humana y el orden social.

Estos juicios, objetivados en conceptos, tanto en la historia de la Sociología como de la Criminología, recurrentemente han entrado en el cuerpo teórico de estas ciencias y dedicado más atención a la articulación de nociones y de epistemologías que a principios sustantivos en los cuales quede captada la esencia de la realidad que reflejan, al aspecto existencial que circunscriben y que significa una diferencia en la aprehensión de la causalidad.

Así por ejemplo, el concepto de anomia de Durkheim ha sido definido y medido en multitudes de sentidos, pero es sociológica y criminológicamente importante sólo desde la concepción del hombre que le da sustento. Lo mismo cabe decir, de la noción de legitimidad de Weber, que consideró tan importante sobre todo porque la gente quiere sentirlo, y, en segundo lugar, porque el tipo de legitimidad que la gente invoca tiene consecuencias para la organización de su acción; criterio particularmente válido para visualizar las especificidades de las relaciones victima-victimario.

MARX, por su parte concebía a los seres humanos como sujetos cuyo verdadero potencial -su "ser genérico"- se realiza sólo en la vida social, concretada esta en modos de producción, contentivo de contradicciones internas producidas necesariamente y fuentes de la alienación humana y su superación definitiva. Él convirtió la teoría social en un principio ordenador de la *praxis*, e integró así la teoría con la transformación social. El marxismo reconoce que la sociedad es «el producto de los actos recíprocos del hombre», que son expresión de las relaciones sociales en que vive, y que por tanto tienen un carácter activo y creador. El hombre es no sólo parte de la realidad, sino que él mismo la crea continuamente.

Una de las mayores críticas que se le puede hacer a algunas teorías socio-criminológicas es que pretenden dar explicación al delito en la sociedad en forma genérica, misión imposible dada la heterogeneidad del fenómeno y su dinámica histórica, así como por la incidencia de factores vinculados al poder, poco reconocidos en muchas elaboraciones teoréticas, además de generalizar conclusiones a partir de estudios de causas y condiciones que no explican por qué individuos y grupos expuestos a similares circunstancias no cometen delitos.

La naturalización de la criminalidad, su apreciación como patología social, el considerarla como un proceso de aprendizaje o de la combinación de características del sujeto con oportunidades de contextos que ofrecen beneficio o de de las prácticas disciplinares que tienen lugar en la familia, por enumerar solo algunas perspectivas explicativas, nos muestran un cuadro desarticulado de lo social y por tanto nos ponen en el peligro de un operar con un concepto engañoso, cosificado, de la sociedad y los seres humanos.

El estudio de la criminalidad, como totalidad, comprende a los autores y a sus delitos, además del elemento victimal y la penalización administrada, por lo que puede analizarse en su vertiente jurídica, criminológica y sociológica. Para la prevención, en tanto modalidad del control social informal, es vital privilegiar el análisis desde la vertiente social, en las circunstancias de hoy, ya que la esencia social de este fenómeno está contenida en particulares formas de existencia de procesos y hechos delictivos -incluidos en diferentes lógicas clasificatorias- que han generado desarticulaciones en las acciones en relación a su reducción y evitación.[7]

[7] FERNANDO BARRAL ARRANZ en *Modelación Sociológica de la delincuencia* plantea que: "La delictividad puede analizarse en su vertiente jurídica, que clasifica los hechos de la realidad de acuerdo a la clasificación penal en delitos, familias, etc. en los diferentes Códigos Penales. Nuestro objetivo en cambio es analizar la vertiente social, la esencia social que permita esa clasificación, y la esencia no puede captarse en los hechos individuales, aislados y fuera de su movimiento. Así pues, sustentamos dos conceptos que expresan conjuntamente la esencia antisocial por la que una serie de hechos se tipifican como delitos y son sancionados penalmente: Parasitismo y Violencia. Ellos reflejan o denotan la vertiente no penal, social, de la Delictividad".

Por esta principal razón, no consideramos ocioso hacer consideraciones generales desde estas ciencias que han abordado la problemática del control social informal, aunque no lo hayan hecho de manera explícita, en tanto desde las perspectivas en que se aproximan a la sociedad y al fenómeno de la criminalidad, les impide promover visiones que apunten hacia estrategias previsoras y proyectivas en relación a dicho fenómeno social, pues en las condiciones de la modernidad y la posmodernidad –contexto en que ellas aparecen y superviven- la comprensión del hombre y la sociedad están ligadas a la "naturalización" de la criminalidad en uno u otro sentido.

Una síntesis del cuadro de sus perspectivas puede conducirnos a una reflexión autocrítica en relación a los puntos de partida –quizás inconscientes- en que a veces se sustentan criterios en relación a la delincuencia y la antisocialidad, tanto en la academia, como en la política y en la conciencia cotidiana y de las cuales se derivan propuestas de solución o atenuación de las conductas peligrosas y dañosas.

Es así que:

- En las concepciones de los clásicos de la Sociología y algunos de sus seguidores y renovadores, existen elementos de carácter conceptual y de valor metodológico para comprender los procesos de desviación social[8] y delictividad o criminalidad, anomia, y la correlación

[8] DURKHEIM plantea que: "[…] *los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación*, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales. Desde este punto de vista, la desviación *no* es una cualidad del acto cometido por la persona, sino una consecuencia de la aplicación que los otros hacen de las reglas y sanciones para un "ofensor". El desviado es una persona a quien se ha podido aplicar con éxito dicha calificación; la conducta desviada es la conducta así llamada por la gente".

En La división del trabajo social DURKHEIM expuso el concepto sociológico anomia, el cual se refiere a la ausencia de normas en el individuo, o sea, la no existencia de una regulación moral de la conducta. En el plano grupal, afirmaba, que el estado de anomia es un fenómeno morboso porque causa enfermedad, provoca reacciones mentales moralmente insanas, genera conflictos, desórdenes, pérdida de libertad y todo tipo de perturbaciones. Por lo contrario, en una sociedad sana, roles y aptitudes muestran una clara armonía, y ejercen el control social los mejores dotados biológicamente, de ahí concluye que, en una sociedad enferma, el conflicto surgido por la inadecuación entre rol social y aptitudes originará un estado anómico, por tanto, la conducta desviada. En *Las reglas del método sociológico DURKHEIM nos refiere que:* "Si hay un hecho cuyo carácter patológico parece indiscutible, este hecho es el delito. Todos los criminalistas están de acuerdo en este punto. Aunque explican esta morbilidad de distintas maneras, se muestran unánimes en reconocerla. Sin embargo, el problema exigía que lo trataran con menos celeridad". Tomado de GEORGE RITZER: *Teoría sociológica clásica*, pp. 224-231 y de ERNESTO COY Y MA. DEL CARMEN MARTÍNEZ: "Desviación social: una aproximación a la teoría y la intervención", *Aproximaciones sociológicas*, p.33.

entre metas y medios[9] para su explicación, la problemática del contagio social[10] y el fenómeno de parasitismo, las particularidades del acto desviado como proceso de aprendizaje criminal,[11] los procesos de desviación primaria y secundaria y su interrelación, la estigmatización y etiquetamiento[12] de los sujetos criminalizados, etc.

- La problemática de las llamadas desviaciones sociales aparecen como consustanciales a la vida social y, por consiguiente, las formas de regularlas están en dependencia de aquellos estados agudos que pongan en riesgo la estabilidad de los sistemas sociales, dígase el capitalismo, para los contextos de aparición y desarrollo de estas teorías.
- Se puede deducir, a partir de estas consideraciones de "naturalización" de las desviaciones y su forma madura —la delincuencia—, que no se ha estructurado una concepción preventiva en la dirección y el sentido de impedir, evitar el "antes de", de prever. Sólo es posible entresacar de

[9] La anomia, según MERTON, se produce cuando hay una separación aguda entre las normas, los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquellos. En correspondencia con la posición que ocupan en la estructura social, algunas personas son incapaces de actuar de acuerdo con los valores normativos que la sociedad estableció para disciplinar su funcionamiento. La cultura exige cierto tipo de conducta que la estructura social impide que se produzca, ya que para lograr el éxito económico y social, en ciertas ocasiones puede aparecer la anomia y darse una tendencia hacia la conducta desviada como un medio alternativo no aceptado, y a veces ilegal, con el fin de ocupar un mejor lugar en la sociedad. La sociedad perfecta será aquella en la que se respeten las normas para conseguir el éxito y donde las oportunidades de lograrlo sean iguales para los que posean el mérito suficiente. En las sociedades en las que se conceda más importancia a las metas que a los medios se producirá un estado de anomia. En COY ERNESTO. MARTÍNEZ MA. DEL CARMEN: *Ob. cit.*, pp. 38-39.

[10] Para la Escuela de Chicago los comportamientos delictivos se transmiten entre los individuos que presentan características semejantes, es decir, por contagio social. La desorganización social produce el comportamiento desviado en la medida en que el conjunto de reglas normativas necesarias para una organización social sana no llegan a los distintos niveles de la sociedad. En estas condiciones las zonas de delincuencia constituyen un fenómeno de parasitismo respecto a la organización social dominante. Ibídem, p.41. MEAD Y HAECKEL, a su vez, tratan de establecer en qué medida el incremento de la criminalidad coincide con la creciente movilidad de la población y hasta qué punto una está en función de la otra. Toman como ejemplo la situación de los inmigrantes que llegados a las ciudades, deben aprender nuevos roles o se les considerará incompetentes y, por no haber internalizado el contrato social, acabarían exhibiendo conductas delictivas. Además, si la situación económica es desfavorable producto del desempleo, los roles mantenidos hasta ese momento dejan de ser útiles y deben aprenderse otros. En este proceso de aprendizaje pueden aparecer conductas desviadas. Ibídem, pp.42-43.

[11] SUTHERLAN explica la conducta delictiva a partir de que el comportamiento criminal es siempre aprendido como resultado de la interacción con otros individuos con los que se mantienen estrechas relaciones interpersonales. Ibídem, p. 50.

[12] En la tesis de BECKER los grupos sociales son los creadores de las desviaciones: elaboran reglas y proponen sanciones, por lo que, quien las viole, es catalogado de marginal. Al ser etiquetado de desviado el individuo sufre un cambio en su identidad pública, de forma que cada acto que realice en el futuro será revisado según este *status* impuesto. Ibídem, p. 52.

entre líneas aquellas ideas de naturaleza preventiva que están relacionas con el crecimiento de los niveles de la criminalidad, el paso de la misma de su estado «normal» al agudo. Se asumen los procesos de socialización -con sus agentes familia y escuela-, los culturales, entre otros, como mecanismos que pueden ser accionados en función de evitar dichos estados críticos.

Estas conclusiones develan por un lado, que para la sociología y la criminología clásicas, el sujeto es un mero receptor de influencias del medio social, pasivo frente a las influencias de «los desviados», por el otro la delincuencia es consecuencia, efecto de la pobreza, la desestructuración de la familia, la violencia, etc. y no es vista como causa. El comprender la causalidad como lineal hace abstracta y superficial la explicación de dicho fenómeno ya que, como THORNBERRY aborda en su Teoría Interaccional, el sujeto no es receptor pasivo sino actor decisivo en la construcción de las relaciones con su medio, y además que las propias conductas infractoras de los individuos «deterioran el clima familiar, disminuyen las posibilidades de éxito escolar, impulsan a los sujetos a buscar amigos desviados y crispan las relaciones sociales».[13]

Sumemos a las consideraciones anteriores las posturas conservadoras y reformistas que transversalizan estas elaboraciones –aunque no explícitamente- al ofrecer postulados teóricos para orientar el control de la antisocialidad y delincuencia sin deconstruir radicalmente los condicionamientos generales que les dan origen, las perpetúan y reproducen.

No es introducida en sus análisis la variable clave, modo de producción y por consiguiente el reconocimiento de la necesidad de -como primer paso para la modificación radical de estos procesos- la transformación de las relaciones sociales de explotación e inequidad, de cosificación de las personas, con cuya modificación se sientan la bases para iniciar la promoción de procesos, que progresiva y paulatinamente, puedan disminuir en cantidad y cualidad, los efectos-causas negativos de las inequidades y desigualdades sociales, la competencia que supervivan o se generen en condiciones específicas de los procesos revolucionarios y que limitan la consecución de los fines emancipatorios de dichos proyectos políticos.

La complejidad de la vida social, la comprensión de la esencia contradictoria del desarrollo humano, la dialéctica alienación-emancipación no son tangenciales a la comprensión de la criminalidad ni a las consideraciones de su control tanto formal como informal. Contextualizar las formas de control a partir de lo real posible imprime credibilidad a las teorías que lo argumentan y hace menos utópica y frustrante las acciones en condiciones donde la polarización de las riquezas es extrema y

[13]ESTRELLA ROMERO: «Teorías sobre delincuencia en los '90", en *Anuario de Psicología Jurídica,* p. 53, citada por DIEGO SILVA BALERIO en «La acción educativa liberadora en contextos de control social», p. 238.

allí donde se transita hacia formas más justas de distribución y de dignificación personal-social.

Coincidimos con RAÚL ZAFFARONI: "la única función racional de la Criminología (y de la Sociología en el estudio de la criminalidad) en nuestro margen es la de impulsar un movimiento contrario, es decir reductor de la violencia estructural, abriendo muchas vías de solución a conflictos no violenta, o menos violenta".[14]

El término margen -que forma parte del título del texto de donde es tomada esta cita- constituye en nuestra interpretación la adecuación de la acción al "poder ser", a la potencialidad de cambio contenida en la realidad social concreta y en la teoría que puede ser construida como base orientadora de las acciones de control social informal.

Contradicciones internas del control social informal y la prevención

En opinión de la autora las contradicciones en las que se mueve hoy el control social informal y la prevención se pueden encontrar en la intencionalidad humana y dignificadora que pretenden alcanzar, frente a los dogmas del control social formal, expresos en:

- No situar como nuclear el eje inclusión-exclusión, para la consecución de sus fines.
- Una cultura clasificatoria que tiene su raíz en la absolutización de la negatividad –riesgo, vulnerabilidad- de condiciones y efectos.
- Apreciar a los "clasificados" como problemas y no como potencialidad del cambio, fortalezas para su solución.
- La prevención desde el riesgo no está articulada con la promoción de mecanismos y factores protectores.
- La ponderación del tratamiento individualizador a los "clasificados en riesgo", es decir la subestimación del papel positivo que puede desempeñar lo grupal cuya cualidad de vínculos sea comunitaria.

La lógica clasificatoria como mediación del control social

Según GEOFFREY C. BOWKER Y SUSAN LEIGH STAR,[15] la clasificación es un método utilizado solamente por los humanos ya que todos pasamos en esto gran parte del tiempo, como una forma de comprender e interpretar la cultura, los modos de vida, de actuar, de manifestarse y comportarse las personas.

[14] RAÚL ZAFFARONI: *Criminología: aproximación desde un margen*, p.95. citado por DIEGO SILVA BALERIO en "La acción educativa liberadora en contextos de control social", p. 239.

[15] C.GEOFFREY BOWKER Y SUSAN LEIGH STAR: *Sorting things out: classification and its consequences.*

Asimismo, plantean que la fuerza material de las categorías clasificatorias aparece siempre e instantáneamente. No tiene definición formal, es parcial, temporal, segmentada, burocrática o de producción de conocimiento; tiene forma abstracta, es ideal.

Además de que son constituyentes, las categorías son mutuamente exclusivas. La distinción es una forma que utiliza el sistema para establecer a las personas bajo el principio genético del ordenamiento y de operación. Por ejemplo; al clasificar a los individuos por su origen y descendencia se basan en el mapa genealógico -matrimonio, nacimiento, muerte en el sentido genético, incluye hijos adoptivos, en el orden temporal o funcional-.

Los autores citados anteriormente manifiestan que el sistema clasificatorio es completo. El trabajo de hacerlo, mantenerlo y analizarlo está contextualizado. Esto es un medio, según ellos, de control de la vida social.

Los procesos clasificatorios se fundamentan en visiones positivistas y no dialécticas de la relación individuo-sociedad, debido a que son esquemáticos y pretenden reducir la sociedad a una serie de parámetros que debe identificar a cada ciudadano, sin reconocer que esta relación dialéctica no puede simplificarse, porque la sociedad no es una abstracción frente al individuo, sino la acción recíproca de la vida que la compone.[16] Desde esta perspectiva puede entenderse que la personalidad está expresada como la asimilación y objetivación de los contenidos sociales válidos, que se logran en el transcurso de la *praxis* social. Cada persona o grupo es igual y diferente a otros. Todos somos iguales porque somos diferentes. Tal es la dialéctica de lo general y lo particular al exponer que lo esencial es general, pero que lo general no es lo particular.

En las clasificaciones se constatan particularizaciones muy elaboradas que generan desintegración clasificatoria, tanto más cuando estas son disyuntivas y polarizan rasgos generales de naturaleza negativa, cuando en lo particular de individuos y grupos humanos coexisten con ellos otros de signo positivo. La lógica deductiva busca lo que es común para todos y a partir de aquí, el clasificador, el instrumento para clasificar.

Así entonces, para ejemplificar lo afirmado, la institución escolar[17] -instancia de socialización y por tanto mecanismo del control social informal- clasifica

[16] A. Blanco Pérez: "Introducción a la Sociología de la educación", *Socialización e individualización del sujeto*, pp. 27-32.

[17] En nuestro país la prevención desde la escuela se regula a partir de la llamada Pirámide Social que estructura las categorías: universo, factor de riesgo, desventaja social, proclives medidas individualizadas, escuela de conducta, para las estrategias de trabajo con los estudiantes. Tomado de: *Elementos a tener en cuenta para la elaboración y actualización sistemática del censo de alumnos en desventaja social y determinación de alumnos proclives de cada centro educacional*. Sin datos editoriales. Ver trabajo de diploma: *Socialización, prevención social y procesos clasificatorios. Aproximación al estudio de la prevención desde la escuela cubana*. de Dayana Olivera Gómez, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Central de Las Villas. 2007.

a los estudiantes en correspondencia con sus características biológicas, educativas, psicológicas, económicas, para ubicarles en el *status* que ocupa dentro de ella. A partir de esta clasificación es que se trabaja con el fin de modular y crear un ser que se corresponda con los intereses de la sociedad.[18] Aquí se expresa de forma concreta la tendencia a la homogeneización que subsume la diversidad cualitativa generada, tanto por la socialización primaria como por la secundaria.

Las acciones entonces desde el control social informal, digamos particularmente preventivas, se estructuran teniendo en cuenta clasificadores tales como vulnerabilidad, riesgo, desventaja social, asociados a la consideración simple de que la delictividad y la antisocialidad son resultados de la pobreza, la monoparentalidad de las familias, entre otros, descontextualiza la estructura social, las mediaciones culturales, ideológicas y políticas que hacen de lo particular procesos complejos.

Los procesos clasificatorios -en la sociedad en general y para el control social en particular- tienen carácter operativo para el diagnóstico y la intervención pero se percibe inmediatamente su indispensabilidad, sobre todo, para la evaluación de los resultados de las acciones de control ya que viabiliza la cuantificación como criterio de eficiencia, y es allí donde están cifradas las esperanzas de mejorar los criterios «objetivos» de medición en relación a los avances y retrocesos de los efectos de las acciones de control o de otra naturaleza.[19]

La clasificación de las personas y de sus actos, plantea HACKING, afecta a las personas y a sus actos, lo cual a su vez afectará nuestro conocimiento sobre ellos y la clasificación de ellos.[20]

En tanto nuestra cultura es clasificatoria el control social, genéricamente, es siempre selectivo, incluye o excluye. Es por ello que lo abordado en este epígrafe alerta sobre la relación entre la concepción del hombre y la sociedad y los clasificadores que se construyen como momentos, como compartimentos estanco de los procesos reales de vida de la gente y de los riesgos de asumirlos acríticamente para la práctica preventiva y para aquellas que conscientemente favorecen socializaciones más eficientes en dependencia del modelo social en que se producen.

[18]Para A. MEIER, en lo que coincidimos plenamente "el carácter único y social son igualmente fundamentales y esenciales para todo individuo. El desarrollo de su individualidad tiene lugar por la asimilación activa del carácter social, por su socialización. La individualidad no se produce a pesar del carácter social, sino a causa de él". Debemos reconocer que el simple hecho de pertenecer, por origen, a una u otra clase social, grupo, etnia, cultura no significa que el sujeto represente fielmente la concepción del mundo, los intereses y necesidades de "su" clase, grupo, etnia, cultura. A. MEIER: *Sociología de la Educación*. p.11. Tomado de A. BLANCO: *Introducción a la Sociología de la Educación,* 1997.

[19]RENÉ LOUREAU : *La lógica clasificatoria*.

[20]COLECTIVO DE AUTORES: *Prevención social: contribuciones teóricas y prácticas desde Cuba*, p. 49.

El eje inclusión y exclusión social en el control social informal

La socialización, tal y como se apunta en el capitulo anterior, constituye un proceso propio de la vida social ya que a través de ella permanece en el tiempo la sociedad como tal. Mediante este proceso se produce la transmisión de generación en generación de valores, normas, actitudes, conductas y conocimientos que dan como resultado un determinado grado de cohesión social, es decir que los diferentes grupos, sectores se mantengan integrados en si mismos y con el resto de la sociedad. La socialización no es un proceso de adaptación pasiva del individuo a su civilización, es también reacción y creación, conflicto y cambio.

La inclusión es la base de la integración, de los lazos que permiten a una nación, un pueblo ser una unidad y se traduce en el hecho de que personas, grupos y sectores socializados de diferentes maneras puedan participar con sus criterios y actuaciones propias en la sociedad. Los procesos de inclusión, como medios e instrumentos de una socialización eficiente, nos indican la orientación y la intencionalidad que una sociedad da a las acciones dirigidas a favorecer la incorporación de individuos, grupos, territorios, a la vida social a pesar de sus diferencias resultantes de contenidos y formas heterogéneas de socialización en sus contextos específicos de formación como sujetos.

La integración supone tolerancia, colaboración entre diferentes, supera los intentos de integración por homogenización. Trata de aceptar la diversidad y se opone a toda discriminación, exclusión y marginación.

Para ello, la integración requiere crear estructuras de inserción social que permitan satisfacer las necesidades básicas de la mayoría, sin esto es prácticamente imposible lograr una integración en la esfera de los valores. Si los grupos no se insertan, no pueden compartir valores comunes.[21]

Una sociedad estará más o menos integrada según sus miembros participen de sus bienes efectivamente o tengan al menos oportunidades de hacerlo. No existirá tal integración en la medida que ciertos sectores no tengan dicha posibilidad.[22]

Según María Isabel Domínguez y María Elena Ferrer:

> ...un contexto donde predominen la justicia social y la participación abre espacios para una mayor inserción de los grupos e individuos, lo que implica mayores posibilidades para una reproducción democrática de la estructura social, es decir, oportunidades similares para formar cualquier clase, capa o grupo social,

[21] María Isabel Domínguez y María Elena Ferrer: *La Integración Social, reflexión teórica y aproximación empírica*.

[22] Íbídem.

> lo que constituye un contexto más adecuado para una socialización en normas y valores que favorezcan la solidaridad y reduzcan el individualismo...[23]

La sociedad no se debe reducir a una serie de parámetros que identifica a cada ciudadano en tanto, debe reconocer, que cada persona es diferente, negar la diversidad humana produce exclusiones sociales.

La exclusión social -la otra cara- corresponde a una ruptura, un quiebre, a una separación entre una «clase de individuos», «los diferentes», «los desviados»,[24] los que no son como la norma o la mayoría -exreclusos, reclusos, niños en desventaja social, adolescentes y jóvenes ostentosos, enfermos mentales, homosexuales, roqueros, etc.- y la sociedad.

Ella se puede apreciar como una limitación o privación de acceso -en dependencia del tipo de sociedad- a las redes de intercambio en los ámbitos económicos-productivo (al trabajo, tipo de trabajo, etc.), político-ciudadano (participación en procesos democráticos de toma de decisiones, de aportaciones desde la opinión, vivencias y experiencias propias, etc. a la obra colectiva) y sociocultural (acceso real a la educación general y especializada, al deporte, la cultura artística, etc.)

Aun cuando, no existe una relación de igualdad entre desinserción y desintegración, no cabe dudas de que la primera es terreno propicio para la segunda, pues en la medida que los sujetos no encuentran un espacio social donde insertarse de forma provechosa, se pierden los nexos colectivos y los compromisos hacia el conjunto; se resiente la cohesión y pierde efecto la presión de las normas sociales.[25]

Como podemos apreciar el eje inclusión-exclusión forma una unidad contradictoria. La sociedad tiende a homogeneizar comportamientos, actitudes, formas de pensar y junto a ello los individuos y grupos asumen y desarrollan las suyas propias que de hecho pueden no coincidir con lo generalizado socialmente. Se produce una tensión entre lo generalizado asumido socialmente y lo particularmente aceptado. Aunque queramos obviarla, no tenerla en cuenta, esta tensión, contradicción genera espacios sociales concretos, actitudes de justicia, solidaridad, cooperación y dignificación humanas o de marginación, estigmatización, escarnio.

Se hace imprescindible superar críticamente el fundamentado –consciente o inconscientemente- en procesos clasificatorios disyuntivos -que marcan, etiquetan a las personas, grupos en positivo y negativos, en blanco y negro- porque es excluyente y nada tiene que ver con las aspiraciones de la sociedad cubana.

[23]Ibídem.

[24]La desviación es una construcción social, una categoría peyorativa utilizada para controlar a aquellos/as que desafían el *status quo*, lo establecido como normal. Representa un pacto socialmente construido dirigido a marginar a determinadas personas. Atañe a cualquier actividad que no sirva a los intereses de los que definen y controlan los parámetros de la convencionalidad.

[25]María Isabel Domínguez y María Elena Ferrer: *Ob. cit.*

Prevenir socialmente en la corrección de procesos de vida cotidiana, reproductores de procesos sociales desintegradores, hacer que las personas, en esas situaciones, participen como sujetos activos de su transformación, de su autotransformación y autodesarrollo, constituye nuclear en una perspectiva humanista del control social informal.

Alternativas para trasformar la posibilidad en realidad

El desarrollo humano liberador, el control social informal y la prevención

La respuesta a la interrogante con que cierra la introducción de este capítulo tiene que ser contextualizada, es decir tenemos que saber las potencialidades de la contradictoria realidad en que están inmersas las personas controladas en medio de proyectos sociales, también concretos que o son consustanciales a la perpetuación y apología del capital o aquellos cuya esencia y fines apuntan hacia el proceso que anula y supera la alineación fundada en el principio de la vendibilidad universal, donde todo se compra y todo se vende, enajenación que implica, por tanto la conversión de todas las cosas en mercancía, de los seres humanos en cosas.[26]

Es por ello que no bastan los debates académicos entorno a la ineficiencia del control penal y la ineficacia del informal, se necesita también de una conciencia y voluntad políticas para transformar la realidad que es productora de criminalidad y que a su vez, en esta materia no solo sea reactiva, sino esencialmente preventiva en el sentido de evitar a tiempo y prioritariamente en el sentido de prever.

Estas circunstancias comprometen a pensar que la correlación entre metas y medios para el abordaje de la antisocialidad y la delincuencia obliga a una comprensión de lo humano, de penetrar en la esencia del proceso de desarrollo.[27]

La esencia del desarrollo, por tanto tiene su clave en la comprensión de la enajenación. Esta posición no admite una concepción del desarrollo ni atemporal ni lineal, antes al contrario, busca y encuentra sus contradicciones.

[26]Hoy está muy en boga el concepto de capital humano, es la extensión de esta reificación a las potencialidades de generar conocimientos de los seres humanos. Instituto de Filosofía de La Habana: *Aproximación a las pautas teóricas y metodológicas para la conceptualización del desarrollo*.

[27]Marx se encarga de demostrar el carácter histórico y por ende necesario de la enajenación y califica al desarrollo humano como enajenado, pero también demuestra que esta puede y debe ser suprimida y superada, pues no es una condición eterna del desarrollo humano. La recuperación de esa esencia es el comunismo. Esta visión ha sido tildada de teleologismo, pero uno de los puntos de la superación crítica llevada a cabo por Marx y Engels del pensamiento filosófico anterior es su interpretación de la finalidad, como la adecuación consciente a un fin, atributo de los seres humanos como sujetos de la actividad. Desde esta perspectiva el fin queda vinculado al futuro que entra en contradicción con el presente, por tanto, no es una anticipación sin fundamento.

Esta comprensión del desarrollo humano, que se mueve en la contradicción alienación-desalienación, como propuesta teórica y práctica permite poner en cuestionamiento los fundamentos sociales y políticos enraizados en la cultura del control social informal y posibilita, dada la deconstrucción de los mismos, orientar y co-construir, desde la ciencia y la política, las alternativas de cambio del estado de cosas existente en razón de control social al servicio de los fines de una práctica social que impacte y quiebre los enfoques que, explícita o implícitamente, conscientes o ingenuamente, tienden a la reproducción de hábitos de sobregeneralización -desde clasificadores que fragmentan la totalidad social- cuya salida instrumental es la refuncionalización como única alternativa de cambio tanto de la realidad social y como de sus sistemas y mecanismos de control, amén de que en su presente estén refundidas las premisas de un permanente proceso de transformación revolucionaria democrática, dignificadora y emancipadora en el pensar, el decir y el hacer en materia de control social y de desarrollo humano

Esto implicaría considerar las potencialidades desalienadoras contenidas en los contextos particulares y en las personas y grupos[28] o producirlas, situando a los mismos como sujetos –individuales y colectivos- de su autotrasformación y desarrollo a partir de promover la confianza en la reflexividad y conducta (auto)-crítica y creativa de todos los que estén dispuestos a cambiar en función de la reconstrucción de sus proyectos de vida individuales y colectivos.

Entre estas potencialidades, en el orden estructural funcional macro, están:

- La voluntad política a favor de la justicia y equidad social respaldada por el ordenamiento jurídico.
- El sistema institucionalizado de valores.
- La inserción social real que posibilita el modelo social, la inserción alcanzada por los grupos e individuos como expresión concreta en el plano estructural de la justicia social y la participación.[29]
- El carácter no compacto del sistema de control penal que permite formas alternativas y espacios de socialización y crecimiento humano.

Estos descriptores dan cuenta sólo de un lado de procesos realmente contradictorios y dialécticos entre ideología–psicología social, sociedad política-

[28]En la literatura sociológica contemporánea el concepto de grupo se aplica como designación genérica de gran número de asociaciones sociales mas o menos fijas e institucionalizadas, así como ciertas agrupaciones sociales temporales mas o menos duraderas, las cuales no se caracterizan como fuerza social, ciertamente, por un sistema reglamentado, fijo, de relaciones internas, pero que pueden desempeñar un papel de extrema importancia en la conversión y configuración de relaciones sociales y muchas veces constituyen la base social e inmediata para una acción históricamente significativa del individuo. Ver E. Hank: *Realidad social y conocimiento sociológico, Sociología*, p. 261 y ss.

[29]María Isabel Domínguez y María Elena Ferrer: *Ob. cit.*

sociedad civil-vida cotidiana que tiene que ser enfrentados para que dichas potencialidades sean reales y no formales o «empujarlas» para que así lo sean.[30]

Lo comunitario en la perspectiva del control social informal y la prevención

Los esfuerzos de integración, de inversión de la exclusión van a veces, pero demasiado raramente, en el sentido de la reconstitución de una comunidad vivible para los clasificados. Estos esfuerzos chocan contra el carácter no vivible de las anticomunitarias instituciones, grupos, barrios, sujetados a la particularización, al atomismo, «al sálvese quien pueda», a la muerte del valor «trabajo», de la solidaridad, de la co-responsabilidad. Recordemos que no solo las relaciones de propiedad, sino también las de distribución ejercen una pedagogía invisible

Por ello es justa la afirmación de P. González Casanova cuando considera que la comunidad es retórica, se imagina, pero no se vive como relación real, como vínculo de compañerismo y cooperación implicada, participativa, incluyente, integrada, el saberse y sentirse coparticipe del poder, de las propiedades y los beneficios que esa pertenencia entraña, como imagineria o experiencia en un proceso siempre emergente y superador.

Teniendo en cuenta estas reflexiones considero que en el proceso de evolución del pensamiento en relación a la comunidad como epistema que da cuenta de un estado queda «congelada» la esencia misma de un proceso siempre contradictorio que comprende la interacción, la inclusión, la combinación y también el aislamiento de lo propio, la disyuntiva entre identidades, la uniformidad y distinción de los incluidos;

[30] Miguel Limia en *Epistemología de la transición socialista en Cuba*, al referirse al proceso de construcción socialista en Cuba destaca que las paradojas se hacen manifiestas y se expresan en múltiples contradicciones y antinomias palpables sobre todo en la relación psicología social-ideología durante la vida cotidiana. En la solución progresiva diaria de estas contradicciones de desarrollo se encierra una de las claves del devenir histórico de la sociedad socialista alternativa al capitalismo. Y resalta la necesidad de configurar paulatina pero indeclinablemente un nuevo modo de participación popular (y de discurso) que sea apto, por una parte, para mantener la capacidad movilizativa alcanzada por el antiguo a fin de proveer la defensa del proceso y sus premisas económicas, sociales, políticas y espirituales básicas; y por otra, para garantizar el involucramiento actual de masas y personas raigalmente modificadas, a la «cosa pública», en su especificidad constructiva contemporánea, es un profundo reto al pensamiento científico, a la ideología revolucionaria y a la práctica política consuetudinaria. Afirma además, que desde el ámbito de la ideología esto requiere construir las conclusiones que necesariamente se derivan del cambio objetivamente ocurrido en la correlación de los intereses personales, colectivos particulares y sociales generales en la vida de la sociedad revolucionaria. Si en los inicios los primeros se subordinan a los últimos en el mismo orden, cada vez más deviene una condición de desarrollo progresivo elemental de la sociedad que la realización de los últimos pase por la consideración práctica e ideológica diferenciada de los primeros.

la discriminación y exclusión del otro, la cohesión de lo uno y la interacción recíproca –presencial y en red- que se produce sobre la base de simpatías-diferencias, empatías-oposiciones, expresa afinidades y antagonismos en la confrontación de intereses, bienes, tradiciones, sentimientos, creencias, ideas. No es disolución del uno en el otro sino articulación, cooperación y lucha, un proceso de desarrollo humano contradictorio y liberador.

La comunidad existe solo en el momento en que sus integrantes deciden a entablar relaciones, no pasajeras, sino permanentes, cuyas potencialidades son infinitas. La condición previa es un reconocimiento por parte de los miembros de la sociedad del carácter personal de los demás: ver en los otros realmente a personas, es decir, seres humanos que comparten la dignidad humana, con todo lo que ello implica. De este modo sostenemos un concepto de comunidad que es armónico con la importancia de la individualidad, aunque -vale decirlo- no es una individualidad cerrada en sí misma, sino, por el contrario, abierta hacia los demás.

En la gestación de relaciones comunitarias las personas deciden someterse no ya a rígidas reglas creadas por las estructuras a los efectos de lograr seguridad y previsibilidad, sino a la ética propia de una relación en la que dos o más personas van a respetarse en sus diferencias, pero manifiestan el firme compromiso de compartir un destino común y superar los rígidos parámetros utilitaristas y racionalistas.

El ámbito puede ser cualquiera -escuela, familia, institución laboral, vecindad- mientras exista una predisposición en tal sentido nacida del reconocimiento, identificación de las contradicciones que son la base de sus malestares de vida cotidiana.

La naturaleza comunitaria del vínculo entre las personas, si es emancipador no puede ser autárquico ya que por muy positivas que puedan resultar las relaciones "comunitarias" para los protagonistas de un grupo podría ocurrir que hacia lo público el grupo mostrara un espíritu individualista o funcionasen en dicho ámbito como verdaderos "lobbies" de sus intereses sectoriales, entonces tales comportamientos ni son realmente comunitarios ni emancipadores pues se fundan en el aplastamiento de otros dado el privilegio de una nueva fortaleza.

La gestación de lo comunitario es un proceso, una experiencia en la que las personas se asumen como individuos y comunidad. Plantea P. FREIRE:..."como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador, creador, realizador de sueños, capaz de tener rabia porque es capaz de amar. Asumirse como sujeto porque es capaz de reconocerse como objeto. La asunción de nosotros mismos no significa la exclusión de los otros".[31]

[31] PABLO FREIRE: *Pedagogía de la autonomía; saberes necesarios para la práctica educativa*, p. 46.

Lo comunitario, como categoría, entra a dar cuenta de la dinámica infinita de la gestación de comunidades, contiene el proceso crítico de anulación y superación del orden de cosas existentes con la finalidad de generar lo realmente humano.

Como cualidad del sistema de relaciones sociales que se puede producir en la misma medida en que se enfrenten y se solucionen las contradicciones que mantienen alienada a la sociedad, a los grupos y a los individuos. Esencialmente lo comunitario siempre tiene una mediación política.

Los investigadores del Centro de Estudios Comunitarios hemos consensuado que desde la perspectiva en que reflejamos lo comunitario, la participación y la cooperación constituyen variables esenciales. Aquí la participación es entendida como la implicación sentida de los actores comunitarios en la identificación de contradicciones; mientras la cooperación se asume como forma de la actividad coordinada de dichos actores con arreglo a un plan.

Una y otra suponen actividad conjunta y una actitud dialéctica frente a la realidad, pues las contradicciones sociales, en lugar de asumirse desde esquemas valorativos como fenómenos negativos, pasan a reconocerse en su realidad ontológica como fuente de desarrollo de la propia comunidad. Entonces, para propiciar tal posibilidad es necesario movilizar el factor subjetivo, desplegar una reflexión crítica sobre la propia realidad y jerarquizar el papel de lo conciente en el devenir comunitario.

Como se observa la gestación de una comunidad constituye un proceso de integración científica y comunitaria, cuyos ejes fundamentales son la participación y la cooperación. Tal integración tiene por base la comunicación abierta, franca, auténtica y sin límites, y su concreción se refleja, como entidad mediadora, en el proyecto que elabora la propia comunidad, cuyo núcleo central tiene como elementos fundamentales la toma, realización y control de decisiones. En los tres momentos están presentes la participación y la cooperación acompañadas de la reflexión-valoración de los sujetos.

Lograr la unidad valorativa y de significación de sentido es lo que convierte el proyecto comunitario en un valor en sí y posibilita su avance en el ideal del autodesarrollo.[32]

En este sentido es que lo comunitario como cualidad del desarrollo entra a desempeñar un rol cardinal en las acciones del control social informal y de la prevención, ratificamos como cualidad del vínculo, de las relaciones sociales simétricas, con independencia de su locación –el barrio, la escuela, la familia, etc.- Es esencia de los procesos de socialización y vector de los de prevención en los sentidos antes apuntados.

[32]J. Alonso y otros: *Autodesarrollo comunitario: crítica a las mediaciones sociales recurrente para la emancipación humana*, p.p.12-13.

Deconstruir la inercial perspectiva individualizadora en el tratamiento de la criminalidad y la reconstrucción de la correlación individuo-sociedad mediada por lo comunitario permite dotar de una visión y misión diferentes al control social informal en tanto se potencie desde lo grupal la reflexión critica sobre el sistema de contradicciones en que se afincan los malestares cotidianos de vida, para gestar procesos de trasformación del estado de cosas presentes desde la cooperación, la corresponsabilidad, la participación consciente, la autotransformación grupal-individual, un autodesarrollo que se produzca desde el poder ser y no desde el deber, desde aquellas pautas externas y sujetadoras de los sujetos en que se ha afincado tradicionalmente las variantes de control social. En esencia es potenciar la condición de sujetos de la transformación y la autotransformación a los «objetos» del control.

Entonces desde la gestación de lo comunitario se puede establecer una relación educativa que promueva los vínculos grupales de participación, cooperación al sujeto, a través de la transmisión-reconstrucción-aprobación de contenidos culturales que favorecerán su inclusión autónoma y critica en la sociedad.

Como práctica social tiene dos elementos constituyentes en tensión que le confieren dinamismo: la conservación de saberes y valores presentes de la sociedad y por otro el cambio, en la posibilidad, en la lucha contra las exclusiones que limitan el pleno desarrollo de los sujetos. La educación social a promover desde la gestación de lo comunitario da sustento a una tarea pedagógica, de aprendizajes mutuos, que involucra estrategias inclusivas a través de la generación de espacios de encuentro de personas que de una u otra forma estén en conflicto con la ley penal y otras que no. Un espacio en el que en la gestación del vínculo comunitario «los hombres y las mujeres...descubrirán las posibilidades que implica necesariamente la libertad, que no recibirán más que luchando por ella».[33] Es decir, asumir con responsabilidad, mediante una reflexión crítica, las consecuencias de los actos tanto para infractores como para víctimas y proyectar, con la ayuda y la cooperación de otros las posibilidades y potencialidades, donde los propios sujetos vayan rescatando su autoestima y la autonomía como procesos obstaculizadores de la vulnerabilidad.

La confianza en los sujetos tiene un primer escalón en los procesos grupales de co-construcción de la cualidad comunitaria de sus relaciones, se generarán caminos para una *praxis* que les lleve a superar los impactos de las condiciones de exclusión y de estas condiciones.

En la relación grupal comunitaria se pueden construir armas contra el paternalismo que promueve y consolida la dominación de los que «saben» sobre los que supuestamente «no saben» y que subestima la capacidad de los sujetos de protagonizar sus cambios y también frente a las secuelas de políticas asistencialistas que a la larga han convertido a las personas y los grupos en incapaces para hacer algo por si mismos, para si mismos y para los demás.

[33] Paulo Freire: «Educación y participación comunitaria», *Nuevas Perspectivas Críticas en Educación*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997, p. 86.

La condición primera para cambiar es querer hacerlo, esto es importante para desmitificar y librar de tintes utópicos a un control social informal y la prevención desde la gestación de lo comunitario.

La posibilidad real de un control social informal superador de las visiones polares en el tratamiento individual, la recurrencia a la causalidad lineal, las contradicciones que en los agentes de dicho control se pueden presentar en el plano de sus roles y funciones está en la conversión de lo espontáneo en hecho consciente.

Dicho más explícitamente, promover un control social informal articulado con los fines de un proyecto social justo y dignificador tendrá que traducirse en el conocimiento de las contradicciones internas que lo han marcado históricamente como proceso de control y lo han obstaculizado como resultado de multitud de atravesamientos ideoinstitucionales, por deficiencias e insuficiencias, debilidades en la acción real de hacer participar y cooperar comunitariamente a las personas bajo su examen y vigilancia.

Vincúlese entonces al desarrollo -como autodesarrollo- teórico e instrumental del control social informal, la potencialidad que para su tránsito a una nueva cualidad significa la gestación de lo comunitario que permanece en la realidad social de individuos, grupos e instituciones, en estado de latencia, como potencialidad de desarrollo humano no realizado.

El devenir de lo comunitario, desde nuestra concepción, se despliega cuando la disposición al cambio de la realidad "comunitaria" se concreta en un proyecto comunitario, a través del cual se enfrenta a las variadas formas concretas de manifestación de la contradicción entre la potencialidad de cambio y el estado presente de las relaciones sociales en la vida cotidiana y cuyas disímiles soluciones son expresión de actos creativos, de crecimiento, de autodesarrollo desde el poder ser.

Dicha transformación -según los investigadores del Centro de Estudios Comunitarios- se expresa en una concepción de salud, entendida como la mayor o menor capacidad de identificación y superación de contradicciones. Así, cuando se habla de un crecimiento en salud se hace referencia al proceso de permanentes adquisiciones y desprendimientos, que expresan contradicciones, que el ser humano elabora y enfrenta con capacidad crítica y posición activa.

Por consiguiente el autodesarrollo comunitario conceptualmente se asume como el proceso de gestación de lo comunitario expresado en un crecimiento en salud[34] donde la participación y la cooperación son cada vez más concientes.

[34] Según Edgar Morín, con el bienestar, se desarrolla el malestar. La mayoría de las enfermedades tienen una doble entrada, una somática y otra psíquica. No hay que olvidar la tercera entrada, social y civilizacional. Asimismo, las tragedias de la adolescencia de los suburbios no constituyen un mal local y periférico, pero sí la expresión local y periférica de un mal general más difuso. Lo que se llama el mal de los suburbios y problema de la ciudad son traducciones de simplificaciones en términos topográficos de los problemas de unacivilización que se hatornado casiexclusivamente urbana y suburbana. Ver además J. Alonso y otros: *Ob. cit.*, p. 24.

Tal constructo epistémico deriva en principio de análisis, evaluación e intervención comunitaria desde la concepción del Centro de Estudios Comunitarios y se concreta en la asunción de:

- La conciencia crítica como premisa de la disposición al cambio y una nueva actitud ante la realidad.
- La modificación de la realidad comunitaria como acto creativo teniendo en cuenta las circunstancias y las potencialidades internas de los sujetos individuales y colectivos.
- La autogestión y la sostenibilidad se conciben de modo integral, a largo plazo y mediante el aprovechamiento y potenciación de los recursos disponibles tanto materiales como espirituales.
- El avance inmediato como realización de la potencialidad latente y premisa del futuro.
- La multicondicionalidad de los procesos sociales comunitarios

Se hace necesario entonces develar, hacer conciente el potencial de desarrollo no realizado de lo comunitario y ajustar la acción transformadora a las zonas de desarrollo próximo del grupo social bajo las disímiles formas de control con la finalidad de gestar lo comunitario y desde estos procesos posibilitar una socialización y prevención ajustadas a las dinámicas sociales de una sociedad que en la misma medida que lucha por la justicia social y la equidad lucha por la desenajenación.

En síntesis, toda intencionalidad en pos del desarrollo comunitario exige:

- El conocimiento de las reales potencialidades del grupo para la participación y la cooperación.
- La identificación de las fuerzas que desde el entramado social las obstaculizan.[35]

[35]Para **J.** Alonso y otros: *Ob. cit.* Tal proceso tiene además como requerimiento el ser proyectado conscientemente por quienes tienen que ser sus protagonistas. Ello supone para la intervención comunitaria la consideración de la dialéctica de lo espontáneo y lo consciente, y la elaboración de proyectos de autodesarrollo. En el universo espiritual comunitario está presente una contradicción esencial a toda la sociedad, cuyo transcurso se produce entre los niveles de la conciencia social. Como se conoce tales niveles son la ideología y la psicología social. Ambos expresan una diferencia cualitativa y de inmediatez en el reflejo del ser social, pues a nivel de ideología este reflejo es más profundo e integrador por intervenir en el mismo la producción científica e intelectual acumulada en el orden cultural por la sociedad, mientras a nivel de psicología social el reflejo se produce de modo espontáneo. Ello genera un desfazaje en los resultados del proceso de reflejo de la realidad social entre ambos niveles pues la intervención de las mediaciones culturales en el reflejo ideológico lo retrasan frente a la espontaneidad conque el mismo transcurre en la psicología social. Tales diferencias devienen en contradicción cuando se correlaciona la orientación que realmente le imprime a la actividad humana la experiencia psíquica producida por la vida cotidiana y aquella que le prescribe la ideología explícitamente formulada y sancionada en la sociedad. Tal contradicción es fuente de profundos malestares personales y sociales presentes en los procesos comunitarios porque sobre las actitudes y comportamientos de la gente se ejerce una doble regulación, una proveniente de la ideología portadora de valores enraizados en el devenir histórico de la sociedad, y otra proveniente de la Psicología

.

Estas exigencias se convierten en punto de partida y atraviesa todo el proceso de intervención social comunitaria, fundamento de una perspectiva renovada del control social informal.

La gestación de lo comunitario no tiene como finalidad poner a los sujetos en situación boyante, al contrario no se puede generar lo comunitario si las personas involucradas no parten de identificar los malestares recurrentes a su cotidianeidad y descubrir tras ellas las contradicciones de la vida social que se los generan. La finalidad es actuar desde lo grupal sobre esas contradicciones una vez asumidas y disponerse conscientemente al cambio contando con la condición de iguales, de co-participes, también para enfrentarlas.

Lo grupal para la gestación de lo comunitario no es un espacio psicoterapéutico es un espacio para la reflexión critica de la realidad vivenciada como enemiga, hostil, culposa, estigmatizadora, excluyente y facilitar desde el encuentro, en esa misma realidad los elementos contrarios con la finalidad de construir proyectos grupales de cambio a partir de sus fortalezas como grupo y como individuos. Las potencialidades se multiplican con la participación y la cooperación porque se vive la fuerza de lo colectivo frente a lo individual promoviendo el ajuste de los medios a los fines en tanto en comunidad se viabiliza la visualización de lo que se puede y no lo que se debe cambiar, como imperativo categórico.

La tarea que este grupo se proponga realizar para superar progresivamente sus contradicciones se transformara en proyecto grupal en el entorno barrial, familiar institucional, etc.

La comunidad dejará de ser desde esta perspectiva lo dado y se le asumirá en lo por acontecer en la que los miembros implicados se enfrentarán y batallarán por, desde sus potencialidades, transformar-transformándose en dirección de la emancipación y la dignificación personal. El control social informal, a partir de lo comunitario, saldrá de los espacios políticos administrativos e institucionales para articularse desde ellos y producir una cualidad del desarrollo humano mediante la socialización, la prevención, etc. que permita el encuentro y la actuación de conjunto de personas diferentes –incluidos los que tienen el encargo social de ejecutarlo- para reencontrarse con su esencia humana dadas las circunstancias concretas del desarrollo social.

Apostar por lo que se puede hacer, contribuye a superar críticamente las visiones utópico-abstractas de las acciones del control social y a su vez dejar de ser aditivos sociales de contención y progresivamente transformarse en medios para contribuir al polo desalienante del desarrollo humano en escenarios particulares acotados por criterios geográficos, político-administrativos, urbanísticos, institucionales, etc.

social con criterios formados por aprendizajes adquiridos al desarrollar estrategias de supervivencia cotidiana. En situaciones de crisis tal contradicción se profundiza, pues la rapidez y profundidad de los cambios que se producen en las relaciones sociales aumenta el desfazaje entre ambos niveles de la conciencia social surgiendo una imagen de que el discurso ideológico se ha hecho obsoleto, pero sin que su lugar pueda ser ocupado por el reflejo espontáneo producido a nivel psicológico dada su inmediatez

El control social informal desde la resiliencia

Generalmente lo que se previene socialmente parte de la clasificación de lo negativo, de lo dañoso para la sociedad y los individuos y eso es correcto, en tanto se promueva desde aquí salud, no como evitación de enfermedades sino, como la mayor o menor capacidad de las personas de identificar y disponerse a superar el sistema de contradicciones existentes en la estructura social a la cual pertenecen[36] y de la que son, en última instancia, sus efectos.

Esta actitud de transformación y autotransformación se corresponde con los grados de libertad que pueden adquirir los seres humanos en su medio social, por ello está vinculada por su contenido al de socialización eficiente.

Desde esta definición lo negativo y dañoso es no tener ni social, ni institucional, ni individualmente conciencia de las contradicciones y tensiones en que se mueven cotidianamente la vida social-individual, o una vez identificadas no transformarlas(nos). Cambiar, haciendo que cambien también las circunstancias es saludable, es libertad. El inmovilismo, la rutina, los brazos caídos, las pocas ganas, el seguir la corriente, el "no coger lucha", el "aprovechar la ocasión", son algunas de las formas concretas de lo clasificado como negativo para nuestro contexto social.

Lo clasificado son comportamientos y conductas, modos de ser y estar que de hecho pueden coexistir con comportamientos, modos de pensar y actuar positivos en otros diversos planos de la vida del individuo o grupo.

El reconocimiento de la coexistencia de "luces y sombras" en sujetos individuales y colectivos así como en los diferentes contextos, el riesgo y la potencialidad de cambio en tanto contradicción, permitirían promover políticas sociales y modos de actuación[37] desde control social informal que proporcionen procesos inclusión e integración social y salud.

Se ha podido constatar que en la dimensión preventiva de dicho control predomina el enfoque desde el riesgo,[38] por haberse enfatizado las variables que de forma negativa -factor de riesgo[39]- favorecen los procesos de

[36] J. Alonso y otros: *Ob. cit.*, p. 249.

[37] Los autores del artículo: "La prevención en Cuba" consideran que con la implantación a nivel macrosocial de políticas sociales concretas en las esferas de la educación, la salud, el empleo, se incide en la estructura, estado y evolución de la criminalidad a nivel global, por lo que si en lugar de centrarse las acciones contra ella en el aislamiento, la marginación y la exclusión –como ocurre en la mayor parte del mundo de hoy- se promovieran procesos orientados a garantizar los derechos humanos a todos por igual, se promoverían acciones preventivas que posibilitarían desde estadios primarios ir solucionando las afectaciones sociales y personales que la criminalidad genera. En *Selección de Lecturas sobre Sociología y Trabajo Social*, Curso de Formación de Trabajadores Sociales, p. 3.

[38] C. M. Riera y A. Betancourt: *La prevención temprana de la antisocialidad y la delincuencia: prolegómenos para una reflexión epistemológica.*

antisocialidad y la delincuencia. Esta perspectiva puede fortalecer la desintegración en tanto se delinean acciones "preventivas" que reproducen el punto de partida de estigmatización y exclusión social o que refuerzan los condicionamientos "negativos" en dependencia de las necesidades insatisfechas en una dirección positiva, por parte de los sujetos se satisfagan, como compensación, en una dirección negativa, la disciplina autoritaria son una muestra. Por ello, es importante que se evalúen por los sujetos encargados de potenciar el auto desarrollo de las personas y los grupos sociales, particularmente niños y adolescentes y sus grupos, aquellos factores de signos positivos que le permitan crecer conservando su integridad.

La marginación, la estigmatización y la automarginación, (el asumirse como diferente) conllevan a que personas y grupos en esta situación experimenten sentimientos de minusvalía e inferioridad, lo que provoca la pérdida de aquellos factores personales o grupales de naturaleza positiva.

Para un control social informal eficiente en general y en particular en el contexto social cubano se hace necesario comprender la existencia en los escenarios de "riesgo", en los individuos en "riesgo", la coexistencia de factores de signo positivo, llamados también factores protectores,[40] que se constituyen en potencialidades de desarrollo social-personal, en las fuerzas internas y externas operantes en las personas y colectivos humanos para mitigar y resistir los efectos de riesgo o lo que es igual, reduce la posibilidad de disfunción y problemas bajo estas circunstancias, posibilita el crecimiento en la dirección humana-libre, de los sujetos individuales y colectivos.

A esta capacidad humana de crecer en medio de la adversidad, a pesar de inconvenientes personales, familiares, sociales, que se puede descubrir y emplear para la prevención y el trabajo social en general se le ha denominado resiliencia. Ella entonces se puede comprender como la capacidad de mantenerse integrado a pesar de la adversidad y lograr un desarrollo positivo de acuerdo a las metas de la propia cultura y como actores sociales frente a otras.

Este concepto implica, según la síntesis de diferentes autores:

· Capacidad o habilidad de individuos o comunidades que expuestos a adversidades físicas, psicológicas y/o sociales, pueden enfrentarlas, superarlas y acceder a una vida significativa y productiva.

[39]Factores de riesgo: Son aquellos que elevan la probabilidad de inicio de trastornos de diversos grados o que se mantengan en el tiempo, determinados problemas. Estos son de naturaleza multicausal, sus incidencias pueden ser biológicas, psicológicas y sociales Su poder crónico y acumulativo es considerado su característica más significativa. A. Torres: *Desde la psicología de frontera, cuestionamientos al concepto de resiliencia.* p. 6-9.

[40]A. Gino Raffo: *La resiliencia*.

· Una resistencia frente a la destrucción, capacidad de proteger su propia integridad bajo presión y, además, una capacidad de construir positivamente pese a circunstancias difíciles.

· Capacidad que tiene que ver con características propias del modo de ser de la persona, grupo social o comunidad, las condiciones de su ambiente, de la interacción de ambas, es decir entre los procesos intrapsíquicos y los procesos sociales.

Tiene por consiguiente que ver con factores y mecanismos personales y sociales, con la particular relación de las personas y el medio social y natural. Es una capacidad considerada como no definitiva o estable.

La resiliencia al ser una capacidad humana no es una cuestión individual, es el signo visible de un tejido de relaciones y experiencias que enseñan a las personas dominio, arte de vencer obstáculos, amor, moral, coraje y esperanza, sustentada en la interacción entre la persona y el entorno. Por consiguiente, promover, estimular la resiliencia implica fortalecer factores o condiciones positivas para lograr el desarrollo humano.

En esencia este concepto se puede equiparar al de inmunidad, teniendo en cuenta los derechos de los pueblos y dentro de ellos los diferentes grupos sociales, principalmente los niños, a una vida digna, productiva y participativa, quienes, a pesar de vivir en situaciones de alto riesgo, se puedan desarrollar sanos y exitosos.

Lo que hace resiliente a las personas, grupos, comunidades, países (Cuba es un ejemplo de ello) son factores internos como la autoestima, optimismo, fe, confianza en sí mismo, responsabilidad, capacidad de elegir sobre la base del conocimiento, la cultura, el sentido del humor.[41]

[41]En los individuos se expresa como poder personal interno. A continuación detallamos diez puntos que fortalecen internamente el poder personal

1. Trato estable con al menos uno de los padres u otra persona de referencia.
2. Apoyo social desde dentro y fuera de la familia
3. Clima educativo emocionalmente positivo, abierto, orientador y regido por normas.
4. Modelos sociales que estimulen un conductismo constructivo.
5. Balance de responsabilidades sociales y exigencia de resultados.
6. Competencias cognoscitivas.
7. Rasgos conductistas que favorecen a una actitud eficaz.
8. Experiencia de autoeficacia, confianza en uno mismo y concepto positivo de uno mismo.
9. Actuación positiva frente a los inductores del stress.
10. Ejercicio de sentido, estructura y significado en el propio crecimiento.

Es importante, además de desarrollar factores internos, afianzar los apoyos externos de carácter social, económico, familiar, institucional, espiritual, recreativo, etc. los cuales son promovidos o facilitados por el ambiente, las personas, las instituciones y las familias que intervienen en la atención, el trato y el tratamiento de los grupos e individuos que están en situación de riesgo y vulnerabilidad. Muy especialmente por parte de los trabajadores sociales.

La intervención por parte de los profesionales de la prevención en la vida de las personas que se encuentran en situación de riesgo puede ser concebida como un intento de alterar su balance presente ya sea con disminuir la exposición frente a situaciones de riesgo y/o bien al aumentar o reforzar el número de factores protectores presentes en una situación dada. Pero el enfoque, a partir de la resiliencia señala, que debemos aprovechar y aprender de todo lo bueno, de las soluciones que estas personas hallan para sí mismos antes de cualquier intervención profesional. Puede que estas intervenciones se aparten de la opinión mayoritaria de la sociedad, pero siguen a menudo una estrategia ajustada a sus circunstancias.

Por lo tanto conviene observar atentamente tales soluciones y averiguar como aprovecharlas antes de intentar cambiarlas. Esto puede contribuir al diseño de las acciones de intervención preventiva en el ámbito de la promoción de los factores protectores y la prevención de los factores de riesgo.

La resiliencia indica a quienes trabajan con los sectores de riesgo que en vez de detectar problemas y defectos, se debe focalizar la búsqueda de los recursos personales y ambientales con que cuentan los sujetos sociales y colectivos objetos de control –el niño, el joven, sus familia, sus grupos de pertenencia y referencia, el entorno vecinal-. Se pasa de un trabajo asistencial y de disciplina coercitivo destinados por un lado a suplir carencias, y por el otro a «contener» hacia un trabajo que busca descubrir y fortalecer capacidades y recursos en las personas, los grupos y las instituciones.

El fomentar la resiliencia es un proceso estructural profundo que se inicia de adentro hacia fuera, en el cual cambiamos primero nuestra forma de pensar para poder percibir a los «clasificados» como recurso, como potencialidad de cambio y transformación y no como problemas.

Para la intervención desde la perspectiva del control social informal no hay recetas; la acción debe estar ajustada a la realidad de los individuos en su diversidad al igual que con los grupos, entornos barriales, e institucionales pero la rige un principio ético y científico: la intencionalidad de facilitar, promover e incentivar el desarrollo libre de las personas, su crecimiento en salud.

Es aquí donde radica el punto de inflexión entre la necesidad y la posibilidad de un control social más humano y por ende más eficiente para la sociedad y las personas.

Conclusiones

Las visiones teóricas que desde las ciencias sociales se encargaron de dar cuenta de los futuros rosa y aquellas que comprendieron que todo proceso de desarrollo trae en su seno su contrario, nos ofrecen un cuadro teórico-

metodológico contradictorio como la realidad que nos toca vivir y desde ellas y por urgencias de una práctica civilizatoria (¿eufemismo?) buscan reacomodos en relación a las formas, medios y vías de control social que posibiliten, desde lo socio institucional y estructural llenar de contenido humano, dignificador y emancipatorio, prácticas que garanticen progresiva y paulatinamente, promover y lograr, junto a la protección de la sociedad de si misma, procesos de inserción social frente a los de exclusión, resultantes de socializaciones hijas legítimas y espurias de los desarrollos de nuestra historia.

El factor humano, por tanto, es un elemento esencialmente dinámico del proceso histórico por lo que la cualidad comunitaria del vínculo entre los encargados-sujetos del control social informal y sus destinatarios-sujetos debe posibilitar la gestación de un nuevo espacio donde el límite esté en la producción de vínculos sociales desde las potencialidades para el cambio de dichos sujetos y sus contextos.

Poner al descubierto las fuerzas favorecedoras y obstaculizadoras -resultantes de las dinámicas y estructuras sociales- de los espacios inclusivos de encuentro de las personas en su diversidad se traduce en hacer conscientes las contradicciones intrínsecas de la vida social y de los contextos particulares donde los destinatarios-sujetos y los encargados-sujetos del control social informal, realizan su cotidianeidad. Ello en función de (auto)transformar su vida real a partir de comprender las potencialidades de cambio contenidas en sí mismos y en la realidad en que viven, de las cuales son producto y creadores a la vez. Finalmente nuestra visión entra en una reconceptualización de la prevención mediante el desarrollo social al declarar que su esencia está en el contenido emancipador de lo comunitario.

Bibliografía

ALONSO FREYRE J. Y OTROS: *Autodesarrollo comunitario: crítica a las mediaciones sociales recurrente para la emancipación humana,* Ed. Feijoo, 2004.

BLANCO PÉREZ, A.: *Introducción a la Sociología de la Educación,* Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, La Habana. 1997.

BOURDIEU, PIERRE: "Para una sociología de los sociólogos", *Le mal de voir* Cahiers Jussieu 2, Université de Paris VII, coll. 10/18, Union générale d'éditions, Paris, 1976.

BOWKER GEOFFREY, C. Y SUSAN LEIGH STAR: *Sorting things out: classification and its consequences,* University of California, San Diego, [s. a.].

COLECTIVO DE AUTORES: *Prevención social: contribuciones teóricas y prácticas desde Cuba*. Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.

COY, ERNESTO Y MA. DEL CARMEN MARTÍNEZ: "Desviación social: una aproximación a la teoría y la intervención", *Aproximaciones sociológicas*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

DOMÍNGUEZ MARÍA ISABEL Y MARÍA ELENA FERRER: *La Integración Social, reflexión teórica y aproximación empírica*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, La Habana, Cuba, 2001.

FOUCAULT, MICHEL: *El ojo del poder*, entrevista, en BENTHAM, JEREMÍAS: "El Panóptico", trad. JULIA VARELA Y FERNANDO ALVAREZ-URÍA, Ed. La Piqueta, Barcelona, 1980.

FREIRE, PABLO: *Pedagogía de la autonomía; saberes necesarios para la práctica educativa*, Ed. Paz y Tierra, Río de Janeiro, 1996.

…..: «Educación y participación comunitaria», *Nuevas Perspectivas Críticas en Educación*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997.
Fromm, Erich: *El miedo a la libertad,* 3ra ed., Ed. Paidós, Buenos Aires, 1957. p. 28 y ss.
Gino Raffo, A.: *La resiliencia*, Universidad del desarrollo, Chile. Tomado de http:// www.monografias.com.
Hank, E.: *Realidad social y conocimiento sociológico, Sociología*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1985.
Instituto de Filosofía de La Habana: *Aproximación a las pautas teóricas y metodológicas para la conceptualización del desarrollo*, Informe de investigación, La Habana, 2006.
Limia, Miguel: *Epistemología de la transición socialista en Cuba,* [s. n.], [s. a.].
Martín, Juan Luis: *Razones del peligro*, Ed. Ciencias Sociales, 2006, p. 3.
Meier, A.: *Sociología de la Educación*. Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1984.
Morín, Edgar: «Una política de civilización», *Revista Complejidad*, año 1, no. 1, sep. /nov., 1995.
Olivera Gómez, Dayana: *Socialización, Prevención Social y Procesos Clasificatorios. Aproximación al estudio de la prevención desde la escuela*, trabajo de diploma, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Central de las Villas, 2007.
Riera, C. M.; Betancourt, A.: *La prevención temprana de la antisocialidad y la delincuencia: prolegómenos para una reflexión epistemológica.* Ponencia presentada al Evento Internacional PENJUS, 2003.
Ritzer, George: *Teoría sociológica clásica*, 3ra ed., Ed. McGraw-Hill/ Interamericana de España, S.A.U.
Romero, Estrella: «Teorías sobre delincuencia en los '90», *Anuario de Psicología Jurídica,* Universidad Santiago de Compostela, 1998.
Silva Balerio, Diego: «La acción educativa liberadora en contextos de control social», *Lecciones P. Freire*, Colección Campo Virtual de CLACSO, Buenos Aires, 2003.
Torres, A.:*Desde la psicología de frontera, cuestionamientos al concepto de resiliencia*, Congreso Argentino de psicología, Buemos Aires, 2000.
Zaffaroni, Raúl: *Criminología: aproximación desde un margen*, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

Derecho Económico, Administrativo y Registral

ACIJ
2009-2010
No. 11

La frontera entre marcas tridimensionales y diseños industriales

The border three-dimensional marks and industrial designs

Milkos Lázaro Gual Díaz
Yeney Acea Valdés

Resumen

Consiste en un análisis entre los diseños industriales y las marcas tridimensionales y hace referencia a las diversas maneras de protección que se pueden utilizar en los diferentes ordenamientos jurídicos de los distintos países, se puntualiza en los conceptos de marca tridimensional y de diseños industriales que se reconocen en la legislación de diferentes países como Brasil, Canadá, Costa Rica y Japón, se brinda una definición por el autor del trabajo acerca de los conceptos marca tridimensional y diseños industriales haciéndose referencia a los elementos del concepto en cada caso.

Se hace una distinción entre lo que se reconoce por marcas tridimensionales y diseños industriales y la relación que existe entre ambos y la conveniencia de su protección jurídica, ya sea por una vía u otra en dependencia de lo que se pretenda dar prioridad al momento de su protección bien sea a la apariencia estética del producto o para identificar al signo en el mercado e identificarlo de sus similares en el espacio a favor de su titular (protección por derecho de marcas) se aborda también el tratamiento legislativo brindado por la OMPI a este tema y la solución brindado al mismo.

Palabras Claves

Marcas, Diseños Industriales, Ordenamientos Jurídicos

Abstract

The present work seeks to carry out an analysis between the industrial designs and the three-dimensional marks mentioning the diverse protection ways that can be used in the juridical classifications of the different countries, reference it is made to different concepts that conceptualize the three-dimensional mark and to the concepts of industrial designs that are recognized in the legislation of countries like Brazil, Canada, Costa Rica and Japan, you offers a definition for the author of the work about the concepts three-dimensional mark and industrial designs making it is indexed to the elements of the concept in each case.

A distinction is made among what is recognized by three-dimensional marks and industrial designs and the relationship that it exists between both and the convenience of its artificial protection, either for a road or another in dependence of what is sought to give priority well to the moment of its protection is to the aesthetic

appearance of the product or to identify to the sign in the market and to identify it of its similar ones in the market in favor of its holder (protection for right of marks) the legislative treatment toasted by the OMPI to this topic and the solution toasted to the same one is also approached.

Key words

Mark, Industrial Designs, Juridical Classifications

La polémica acerca de decidir si las formas tridimensionales deben ser protegidas mediante el sistema de marcas o por medio de las normas aplicables a los diseños industriales es compleja, ya que las posibilidades de interferencia entre las marcas y los dibujos y diseños industriales son muy grandes. Pues, aunque no aportan implicación tecnológica, refieren el aspecto externo de los productos industriales, sobre objetos tridimensionales, que al ser considerados signos distintivos[1] pueden ser protegidos como marcas.

Es por eso interesante, destacar el régimen jurídico aplicable a marcas y diseños industriales, y tratar otro elemento polémico en esa interferencia entre ellos, en cuanto a la novedad u originalidad. Para ello, analizaremos los conceptos e instrumentos jurídicos que las regulan, entre otros.

Comenzaremos por el Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial[2] del 20 de marzo de 1883, el *Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, conocidos en forma abreviada como ADPIC,[3] así como los conceptos y legislaciones de otros países.

Son las marcas tridimensionales, «...una de las figuras más novedosas de la protección a los signos distintivos en diversas legislaciones y apunta a convertirse en una de las más recurridas e importantes». Parafraseando a MAURICIO JALIFE este tipo de cobertura se le puede brindar u otorgar a las formas volumétricas que posean las tres dimensiones (alto, ancho y profundidad) y que pueden gravitar sobre los diferentes productos o servicios que amparen o en los envases o embalajes que protejan estos productos y

[1] Signos distintivos: cualquier signo que constituya una marca, un nombre comercial, un emblema empresarial, un rótulo de establecimiento o un lema comercial. Tomado del Decreto ley 203 *De Marcas y otros Signos Distintivos* de 24 Diciembre de 1999, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria no. 3 de 2 de mayo del 2000.

[2] En lo adelante cuando hagamos referencia al Convenio de Paris, entiéndase Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883.

[3] Entiéndase en el transcurso de este trabajo ADPIC como *Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.*

que sean además registrables, y le brinden distintividad al producto o servicio. A pesar de esto, hay que agregar también que la oportunidad de reconocer una marca tridimensional no se circunscribe solo a emblemas o signos distintivos ya que el producto en si mismo debe ser peculiar y es cuando puede optar por este tipo de cobertura jurídica.

Las posibilidades de interferencia entre las marcas y los dibujos y diseños industriales son muy grandes. Por eso, interesa destacar el marco legal aplicable a marcas y diseños industriales,[4] para poder decidir, si las formas tridimensionales deben ser protegidas mediante un sistema u otro. También, la posible interferencia en cuanto a la novedad u originalidad (un signo protegido como marca puede destruir la novedad u originalidad de un modelo o diseño industrial que pretenda protegerse con posterioridad a la concesión de aquella).[5]

Para eso debemos analizar conceptos como el de marcas y diseños industriales en los instrumentos jurídicos que las regulan, entre otros.

Comenzaremos por el Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883, en su artículo 1, numeral 2, que plantea lo siguiente: «La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal».[6]

Se desprende que, desde época tan temprana ya el legislador se preocupó por brindarle cobertura jurídica a los diseños industriales: «...los Diseños Industriales son un objeto específico de protección, y está reconocido en todas las legislaciones modernas, aunque su tratamiento puede variar de un país a otro. Las diferencias obedecen principalmente a la manera en que se percibe el objeto o la creación intelectual que debe protegerse...» [7]

Nótese que el Convenio de Paris se refiere a *los dibujos o modelos industriales* y que en legislaciones posteriores van a ser identificados como diseños industriales. Ahora bien, la primera pregunta sería: ¿Qué se entiende por marca?, para poder brindar después una definición de marcas tridimensionales y luego definir los diseños industriales. Al analizar ese

[4] MARTA MORENO CRUZ Y EMILIA HORTA HERRERA*: Selección de Lecturas de Propiedad Industrial*, p. 291.

[5] Además, habría que analizar si la protección doble que se pretende es solicitada por la misma persona u otra persona natural o jurídica, pues debe ser solicitada por un mismo titular la protección por las dos vías.

[6] Convenio de Paris: Artículo 1, numeral 2, MARTA MORENO CRUZ Y EMILIA HORTA HERRERA*: Ob. cit.*

[7] OFICINA CUBANA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: «Los Diseños Industriales» del Departamento de Invenciones, Modelos y Dibujos Industriales.

instrumento jurídico, es necesario señalar que no define marca; ni marcas tridimensionales. Quizás la omisión conceptual se debió a que en la fecha de la promulgación este tipo de marcas no tenía el auge que adquirieron posteriormente, no define tampoco, que se entiende por diseños industriales.

Otros conceptos de diseños industriales

Brasil: Se entiende por diseño industrial la forma ornamental de un objeto o la combinación ornamental de líneas y colores que se aplica a un producto para obtener un resultado visual nuevo y original en la configuración externa que pueda servir de modelo para la producción industrial.[8]

Canadá: Por diseño industrial se entiende las características de la forma, configuración, estructura u ornamento y toda combinación de esas características que, en el artículo acabado, puedan apreciarse exclusivamente por medios visuales.[9]

Costa Rica: Se entiende por dibujo industrial toda reunión de líneas o de colores, por modelo industrial toda forma plástica, asociada o no a líneas o colores, siempre que esa reunión o esa forma den una apariencia especial a un producto industrial o de artesanía y pueda servir de tipo para su fabricación.[10]

Japón: Por diseño se entiende toda forma, estructura o color o cualquier combinación de esos elementos en un artículo (incluida toda parte de un artículo) que tenga efectos estéticos visualmente apreciables.[11]

Cuba: Como modelo industrial[12] susceptible de ser protegido se reconoce toda forma volumétrica o plana destinada a dar una apariencia exterior especial a un producto industrial o artesanal, siempre que dicha forma pueda servir de prototipo de fabricación industrial o artesanal, y se diferencie de sus similares por su forma, configuración u ornamentación, lo cual le confiere novedad y progresividad.[13]

Se entiende del análisis de los ejemplos anteriores de diseños industrial los siguientes elementos del concepto:

[8] Ley de PI, 1996

[9] Ley de Diseños Industriales, 1996

[10]Ley de Patentes de Inv. D. y M. I. y M. U., 1999.

[11]Ley de Diseños, Japón, 2001

[12]El Convenio de Paris al referirse a *los dibujos o modelos industriales* hace referencia a diseños industriales y es por eso que en legislaciones posteriores van a ser identificados como diseños industriales, o como en el caso de la norma cubana que establece "toda forma volumétrica o plana".

[13] Tomado del Decreto Ley 68 de 14 de Mayo de 1983, art 108, Titulo IV. (Derogado parcialmente)

. Es una forma ornamental (configuración, estructura u ornamento).

. La combinación de líneas o combinación de colores.

. Que sea apreciable visualmente, que no cambie el destino o finalidad de dicho producto, que esa reunión o esa forma dé una apariencia especial a un producto industrial o de artesanía.

. Que pueda servir para su fabricación.

Nuestro concepto[14] de diseños industriales entiende una configuración, figura o estructura con carácter ornamental y que de la combinación de líneas, trazos, contornos o colores resulte apreciable a la vista o al tacto, con el propósito de resaltar el producto sin alterar o cambiar la finalidad de los mismos, cuya apariencia otorga una novedad u originalidad sobrevenida y pueden servir para fabricarse.

A pesar de las diversas definiciones de diseños industriales, se establece en el Convenio de Paris, artículo 5 quinquies[15] del Convenio de París la obligación de protegerlos en los términos siguientes: Los dibujos y modelos industriales serán protegidos en todos los países de la Unión.[16]

En los ADPIC se refrenda este mismo derecho en su artículo 1:

> Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos.
>
> ...A los efectos del presente Acuerdo, la expresión «propiedad intelectual» abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte I.I.[17]

Estas normas nos muestran que la cobertura jurídica brindada a esta figura ha sido internacionalmente reconocida.

Los diseños industriales

La doble naturaleza de estos radica en ser una creación que responde simultáneamente a criterios *utilitarios* (funcionales) y *estéticos*. Por tanto,

[14] Este es el concepto de los autores de este trabajo, es decir lo que entendemos por diseños industriales

[15] Numeral latino que significa cinco veces, y que añadido a cualquier número entero indica que tal número se ha repetido por quinta vez.

[16] Convenio de Paris, artículo 5 *quinquies*.

[17] ADPIC, artículo 1, numeral 2.

independientemente de la forma que se le dé al producto, el mismo debe servir para su finalidad funcional. Así, primeramente atenderá a imperativos técnicos, funcionales, ergonómicos y económicos indispensables para que el producto pueda cumplir su función y servir como modelo para su fabricación en serie.

El diseñador también necesita tomar en cuenta factores estéticos en la definición de diseño industrial. Cuidar que el aspecto del producto, al que se incorpora sea atractivo y agradable al usuario. Se trata de diferenciar y hacer más atractivo el producto ante los ojos del consumidor, frente a los otros productos sustitutos y equivalentes presentes en el mercado. A calidad, funcionamiento y precio iguales, el aspecto estético del producto resulta determinante para que el producto sea preferido frente a los que ofrecen los competidores.[18]

El Diseño Industrial se delimita al *aspecto* o *apariencia* de un producto utilitario. Derivado de los efectos que se apliquen a la superficie del producto (características bidimensionales), de la forma (características tridimensionales) o, lo que es más común, de una combinación de ambos tipos de características.[19]

La calidad de un producto puede estar reconocida en su diseño e influir en su capacidad competitiva en el mercado nacional y mundial. En la selección de los productos en el mercado, lo primero que llama la atención a los ojos del consumidor es el diseño que llevan incorporados. La calidad del diseño es lo que determina la decisión del consumidor de comprarlo o no.

Los diseños industriales al mismo tiempo que embellecen el entorno y hacen la vida de las personas más agradable y confortable, ganan mercados y consumidores. La calidad de los diseños de los productos industriales refleja el nivel de desarrollo social, cultural y artístico de una nación, al mismo tiempo que, constituyen un indicador de su desarrollo industrial.

Por tanto, el Diseño Industrial necesita ser visto como el centro de las actividades de las empresas (en especial las PYMES). Su uso exitoso depende de la prioridad y la alta consideración que se le dé dentro de la actividad empresarial.

Definición de marca tridimensional y elementos del concepto

Aunque, conocemos ya los conceptos de estas figuras y analizamos estos artículos, aún no se define que es una marca tridimensional. Cabe hacerse las siguientes interrogantes ¿Existe algún texto internacional que defina que se

[18]Departamento de Dibujos y modelos Industriales de la OCPI: *Los Diseños Industriales en Cuba*.

[19]Ibídem

entiende por marcas tridimensionales?[20] ¿Cuáles son las normas que se les aplican? ¿Qué se entiende por marca tridimensional?

Debemos recordar que la marca es un bien patrimonial de naturaleza inmaterial, le pertenece a una persona natural o jurídica y cuya finalidad es identificar productos o servicios de esa persona.

Tiene naturaleza patrimonial porque es susceptible de ser valorada como un activo de la empresa. Inmaterial, por cuanto no tiene una forma física sino que pertenece a los bienes que representa y se pueden clasificar como incorporales y consisten en el reconocimiento de un derecho.[21]

Puede constituirse en una marca tridimensional, la forma de un producto, sus envases o envolturas siempre y cuando distinga el producto y no corresponda a una forma usual en el mercado. El signo debe gozar de distintividad frente al producto. El derecho conferido es virtualmente perpetuo, en tanto se renueve de conformidad con las disposiciones legales.

Otra definición más escueta de marcas tridimensionales es: Las marcas tridimensionales se corresponden con cuerpos representados en tres dimensiones, como envases, envoltorios, botellas, cajas, la forma de un producto, siempre y cuando distinga el producto y no corresponda a una forma usual en el mercado

Una tercera definición de marca tridimensional, en la que se hace referencia a las dimensiones o medidas que ocupa la marca en el espacio es: Aquel signo que posee volumen (alto, ancho y profundidad), o sea, que ocupa *per se* un espacio determinado.[22]

Para Cuba, las marcas tridimensionales son «las formas tridimensionales, siempre que puedan ser delimitadas del producto, entre las que se incluyen los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación».[23]

Como se puede apreciar, en casi todas las definiciones hay elementos que se repiten como son: la forma del producto, envases o envoltorios, que otorgue o brinde distintividad al producto y que no corresponda con una forma usual en el mercado.

[20] En el estudio de los artículos del Convenio de Paris de fecha 20 de Marzo de 1883, y ADPIC *Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, no se pudo hallar un concepto de marca tridimensional.

[21] Algunos autores como Germán Marín en el trabajo *La marca como un bien de la empresa*, la consideran un bien que no tiene forma física. No creemos que sea así, ya que la marca si tiene forma véase aquí el concepto.

[22] Maylen Marcos Martínez: *La Protección de las Marcas Tridimensionales, controversias y desafíos*, OCPI, pp. 29-30.

[23] Tomado del Decreto Ley 203 de 24 de diciembre de 1999, art. 3.1 «De Marcas y otros Signos Distintivos» publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* no. 3 de 2 de mayo del 2000.

Los elementos del concepto son:

En primer lugar: La forma de un producto (por lo que mayormente las marcas tridimensionales van a representar productos y en menor grado servicios).

En segundo lugar sus envases o envolturas (este aspecto refuerza mas la idea que las marcas tridimensionales van a representar productos en el mercado ya que son estos los que requieren de envases o envolturas para diferenciarlos y hacerlos más atractivos al público al que van dirigidos).[24]

En tercer lugar: Que distinga al producto (debe brindarle distintividad al producto, adquirida mediante el uso en el tráfico mercantil de la marca tridimensional o puede que ya le venga sobrevenida por ser una marca prestigiosa o notoria, en ocasiones las marcas renombradas se valen de marcas tridimensionales para afianzar mas la distintividad de sus productos).[25]

Y como cuarto elemento: Que no corresponda a una forma usual en el mercado (la marca tridimensional debe ser algún objeto o forma que aunque exista en la realidad no se conozca en el mercado como marca, debe ser inusual, aquí influye el hecho que en la medida que la marca se dé a conocer en el mercado la forma del producto se hará más conocida entre el consumidor).

Al elaborar una definición conceptual, entendemos los autores de este trabajo por marca tridimensional los cuerpos representados en tres dimensiones, alto, ancho y profundidad, que ocupan un espacio determinado por si mismos y pueden estar representados por envases, envoltorios, botellas, el entorno o forma del producto, siempre y cuando distinga el producto y no corresponda a una forma usual en el mercado.

A nuestra definición agregamos la palabra forma, pues hay marcas tridimensionales que no son embases.[26]

Aunque, prácticamente la totalidad de las disposiciones en materia de marcas se aplican a las marcas tridimensionales, debido a su propia naturaleza hay aspectos que nos conducen a un régimen especifico para este tipo de signos distintivos.

[24]Ver teoría psicológica de la marca.

[25]Existen numerosas marcas tradicionales que ejemplifican lo planteado, así por ejemplo Coca Cola tiene en su embotellado una marca tridimensional que refuerza la imagen del producto.

[26]Un ejemplos de marcas tridimensionales que no son embases es la parte delantera de algunos vehículos con el emblema de la empresa (Mercedes Benz, que utiliza su famosa estrella, o en el símbolo de un automóvil como en el caso de la camioneta Ram Charger utiliza la cabeza de un carnero o los famosos arcos de las McDonalds)

El examen de una marca tridimensional transcurre por tres etapas fundamentales:[27]

1. Si el signo tiene capacidad distintiva *per se,* en tanto cumple con los requisitos y funciones inherentes a la marca.

2. Si no incurre en las prohibiciones al registro específicas para las formas tridimensionales.

3. Si no incurre en cualquier otra prohibición absoluta[28] o relativa al registro.

También cuenta con impedimentos como en el caso de las marcas tradicionales. Impedimentos al registro exclusivos para las formas tridimensionales.

· La forma usual o habitual de los productos o envases o la impuesta por la naturaleza de los productos.

· La forma necesaria para obtener un resultado funcional o técnico.

. La forma que da un valor sustancial al producto.

Estas tres causales son excepciones que se aplican para considerar como no registrable un objeto tridimensional como marca.[29]

Las pautas para determinar la funcionalidad utilitaria o presencia de una forma técnicamente necesaria son:

- Si la forma ha sido objeto de una solicitud o registro de patente, vigente o caducado.

- Si el solicitante resalta en la publicidad las ventajas en cuanto a la duración, resistencia o eficacia del producto o envase.

- Si la forma puede obtenerse mediante procesos de producción más económicos o simples.

- Si no existen formas alternativas que proporcionen igual ventaja utilitaria.

[27]MAYLEN MARCOS MARTÍNEZ: *Ob. cit.*

[28]Los artículos 16 y 17 numerales 1 y 2 del citado Decreto Ley 203 de 24 de diciembre de 1999, establecen las prohibiciones absolutas y relativas para el registro de una Marca según la norma cubana.

[29]La ley española, la legislación del Benelux y las directivas de la Unión Europea siguen estos preceptos.

Tratamiento legislativo del problema

De los elementos conceptuales de las marcas tridimensionales, se aprecia que pueden ser protegidas, bien como diseño industrial o por la legislación marcaria.[30]

Los diseños industriales son un objeto específico de protección, reconocido en todas las legislaciones modernas, aunque su tratamiento puede variar de un país a otro. Las diferencias obedecen principalmente a la manera en que se percibe el objeto o la creación intelectual que debe protegerse. Por su condición mixta, que aglutina en diferentes correlaciones, elementos estéticos y elementos funcionales o utilitarios, la forma y características de la protección dependerán según se privilegie uno u otro de esos aspectos.

Esta obligación queda cumplida al reconocer jurídicamente la institución del diseño industrial como forma especial de protección, pone a disposición de los diseñadores o creadores los medios legales para hacerla efectiva. El Convenio de París deja en libertad a los Estados para determinar las características del sistema de protección de los diseños industriales y los medios para hacerla efectiva.

En consecuencia, un Estado puede cumplir su obligación de dar protección al diseño industrial, no sólo mediante una normativa especial en el marco de la Propiedad Industrial, sino también por la vía de la legislación sobre el Derecho de Autor, considerando al diseño industrial como una obra de arte aplicado; o por la vía de la represión de la competencia desleal, que considera desleal la copia servil de los diseños industriales ajenos. Es decir brindarle una protección jurídica acumulada.

Diferencia entre una marca tridimensional y un diseño industrial

Mediante el diseño industrial se protege una configuración, figura o estructura con carácter ornamental y que de la combinación de líneas, trazos, contornos o colores resulte apreciable a la vista o al tacto, con el propósito de resaltar el producto sin alterar o cambiar la finalidad de los mismos, cuya apariencia otorga una novedad u originalidad sobrevenida y pueden servir para fabricarse. Debe gozar de novedad, es decir no presentar diferencias simplemente secundarias o ser igual a los existentes. El derecho conferido es esencialmente temporal, es decir que se hace público una vez agotado el término por el que se concede.

De acuerdo con esto, la diferencia es que una marca tridimensional debe distinguir el producto en el mercado, mientras en el diseño se protege la forma externa o la apariencia especial de un objeto y no necesita sino ser novedosa u original.

[30] Se entiende por legislación marcaria los temas relacionados o regulados por normas de marcas.

Las funciones primordiales que cumplen son diferentes:

- Un dibujo o modelo está destinado esencialmente a determinar la forma de un producto (principalmente, a decorar un producto).
- Una marca también se aplica al producto. La función primordial de una marca es identificar el origen comercial concreto en relación con productos y/o servicios específicos.

Relación entre marcas tridimensionales y diseños industriales

Tanto el régimen tutelar de la marca tridimensional como de los diseños industriales puede recaer en el mismo objeto (protección acumulada o doble protección).

En el caso de las marcas tridimensionales, la protección se manifiesta como en el de cualquier marca, en la función distintiva que el signo cumple en el mercado, identificar el producto a favor de su titular y limitar la tutela al grupo de productos o servicios comprendidos en el registro.

Para los diseños industriales, la protección se origina al salvaguardarlo de copias serviles de la que pueda ser objeto la creación y para ofrecer un estimulo al inventor de nuevas formas industriales. Esto se convierte en la recompensa de explotación temporal. El registro de una marca tridimensional puede ofrecer la ventaja de versar sobre derechos renovables periódicamente e indefinidamente mientras que los diseños industriales ofrece la ventaja de la universalidad, es decir, el derecho de oponerse a que terceros fabriquen la forma protegida en ningún género de productos.

Un diseño industrial añade valor al producto, lo hace más atractivo y llamativo a los clientes y puede incluso convertirse en el principal motivo de compra del producto. Por lo tanto, la protección de aquellos valiosos y atractivos objetos suele ser una parte fundamental de la estrategia comercial de cualquier diseñador o fabricante.

Al proteger un diseño industrial mediante su registro en una oficina de propiedad industrial de ámbito nacional o regional, el titular obtiene los derechos exclusivos de impedir su reproducción o imitación no autorizada por parte de terceros. Se trata de una práctica que responde a la lógica empresarial, pues mejora la competitividad de una empresa y suele aportar ganancias adicionales mediante una o varias de las formas que se indican a continuación.

- Al registrar un diseño se adquiere el derecho de impedir su reproducción o imitación por parte de la competencia, con lo que se fortalece la posición competitiva.
- El registro de un diseño valioso contribuye a obtener un mejor rendimiento del capital invertido en crear y comercializar el producto y, por lo tanto, supone una mejora de los beneficios.

- Los diseños industriales son activos empresariales que pueden incrementar el valor comercial de una empresa y sus productos. Cuanto más éxito tiene un diseño, mayor es su valor comercial para la empresa.

- Un diseño protegido puede también cederse (o venderse) a otros mediante la concesión de una licencia y el pago de un cantidad determinada, modo que permite acceder a mercados inabordables de otra manera.

- El registro de los diseños industriales fomenta la competencia leal y las prácticas comerciales honradas, lo que, a su vez, promueve la producción de una amplia diversidad de productos atractivos por su forma.

Los dibujos y modelos industriales se protegen para impedir que los copien, adelantarse a la competencia, por política de la empresa y cuestión de prestigio.

Tratamiento brindado por la OMPI

Este tema ha sido objeto de seguimiento legislativo por la OMPI. Así el Comité Ejecutivo de Sorrento, Italia, que sesionó entre los días 8 al 15 de abril 2000 en su Cuestión Q148, referentes a «Marcas tridimensionales: la frontera entre marcas y diseños industriales» mediante resolución acordó en su exposición de motivos:

> c) Se acepta que las formas tridimensionales podrán ser objeto de protección y registro como marcas, tal y como ya sucede en muchas legislaciones nacionales, siempre que las mismas cumplan la función de marca.
>
> d) El derecho de marcas y el derecho de diseños industriales han sido concebidos con el fin de cumplir objetivos legales relacionados pero distintos, y por tanto son diferentes entre sí por lo que respecta a los requisitos de protección, a sus limitaciones, alcance de protección y en otros aspectos.[31]

Y en su numeral primera esclarece, que:

> Las formas tridimensionales pueden protegerse tanto por medio de diseños Industriales como por medio de marcas, siempre y cuando satisfagan los requisitos usuales para cada modalidad de protección. La protección del diseño industrial, por lo general, es limitada en el tiempo, pero la protección por marca puede continuar indefinidamente, mientras se cumplan los requisitos legales aplicables relativos a su uso y/o registro. Junto a estos requisitos primarios, para obtener y mantener la protección por marca pueden existir otros requisitos que deban ser observados.[32]

[31]Cuestión 148, del Comité Ejecutivo de Sorrento, Italia, que sesionó entre los días 8 y 15 de abril 2000, referida a "Marcas tridimensionales: la frontera entre marcas y diseños industriales".

[32]Ibídem.

Posteriormente explica cuando es que disfrutaran de esas diversas formas de protección:

> 2. Para que una forma tridimensional pueda obtener protección como diseño industrial, debe ser nueva, aunque el grado exigible de novedad no sea el mismo para cada país o territorio. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones se requiere novedad absoluta o mundial y en otra novedad relativa o local.
>
> 3. Para obtener protección como marca, la forma tridimensional debe tener carácter distintivo y no ser únicamente funcional o necesaria, y debe satisfacer otras condiciones generalmente aplicables a las marcas.[33]
>
> 6. Es posible obtener para una misma forma tridimensional una protección acumulada a través del derecho de marcas y del derecho de diseños industriales, siempre y cuando se satisfagan las condiciones exigibles para cada tipo de protección. No hay reglas específicas que excluyan la posibilidad de obtener protección como marca de una forma tridimensional actualmente protegida o protegida anteriormente como diseño industrial o según cualquier otra modalidad de propiedad industrial o intelectual.[34]

La decimoquinta sesión del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, celebrada en Ginebra del 28 de noviembre al 2 de diciembre de 2005, continuó este tratamiento legislativo. Solicitó a la Oficina Internacional un instrumento que sirviera de base al debate sobre los nuevos tipos de marcas.

Por tal motivo, la Secretaría elaboró un documento,[35] en el que se describen varios tipos nuevos de marcas y se comentan aspectos particulares relacionados con estos. Se basa en gran medida en información proporcionada en las respuestas al cuestionario de la OMPI sobre la legislación y la práctica en materia de marcas, y sirvió como base para dicho trabajo[36], así como en aportes específicos de determinados miembros del Comité Permanente. En su anexo se ofrecen ejemplos concretos de los tipos de marcas con un carácter meramente ilustrativo y no deben considerarse representativos de la legislación o la práctica en materia de marcas de ningún miembro en concreto de ese comité.

[33]Ibídem.

[34]Ibídem.

[35]Comité Permanente sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. SCT 9/6 de fecha 11-15 de noviembre del 2002, novena sesión. Ginebra. Sobre nombres de Dominio de Internet. SCT 14/4 de fecha 18 al 22 de Abril 2005, SCT 15/2 de fecha 28 de noviembre al 2 de diciembre de 2005, SCT 15/4 de igual fecha.

[36]Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas: SCT 16/4 de fecha 13 al 17 de noviembre de 2006.

Este tema ha sido tan polémico que en un comité de la OMPI prosigue la labor sobre varias cuestiones relativas a las marcas y los diseños industriales. En el ámbito internacional, se reunieron en Ginebra del 13 al 17 de noviembre de 2006, bajo los auspicios del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas y examinaron varias cuestiones relativas a la legislación, a las prácticas relativas a las marcas y a los diseños industriales en los Estados miembros de la OMPI. Participaron en la reunión delegaciones representantes de ochenta y nueve Estados miembros de la OMPI y diecisiete organizaciones observadoras, con relación a los diseños industriales

En cuanto a los diseños industriales, el SCT[37] acordó promover una comprensión más adecuada de los distintos sistemas de registro y elaborar un cuestionario relativo a esas formalidades en los Estados miembros. Además, acordó estudiar los límites entre todos los tipos de marcas y los diseños industriales y continuar el examen de la jurisprudencia en relación con la superposición del derecho de autor con el derecho de marcas, incluidos los nuevos tipos, con especial hincapié en la identificación de los problemas y aquellos que puedan surgir.

Análisis legislativo de la protección de los diseños industriales en Cuba y su relación con las marcas tridimensionales

Real Decreto de 21 de agosto de 1884

Publicado en la Gaceta de La Habana el 4 de octubre de 1884, es la primera expresión en el territorio nacional de protección a la Propiedad Industrial, para la concesión y uso de las marcas de fábrica, de comercio y de la industria en general.

Como su nombre lo indica se trataba de una normativa cuyo objeto de protección eran las marcas, no obstante, se advierte una pequeña referencia a los diseños industriales, tal es el caso del «artículo 2: Quedan comprendidos en los beneficios de este Decreto, los dibujos destinados a la estampación de telas y papeles. Los de esta clase pintados para el decorado, los modelos de joyería, ebanistería, talla y en general todos los dibujos y modelos industriales».

Asimismo, en lo referido a la titularidad de los diseños industriales solo se concedía certificado de propiedad a los comerciantes o fabricantes españoles y excluía a los criollos. Consecuencia de la discriminación a que eran sometidos los cubanos respecto a los colonizadores en aquella época.[38]

[37]Véase en la bibliografía referencias a los documentos referentes al Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas.

[38]El certificado de propiedad de un dibujo o modelo industrial sólo podía obtenerlo el fabricante, comerciante, agricultor o cualquier industrial de distinta clase que fuera español y los extranjeros que tuviesen establecimiento industrial en las Provincias de Ultramar siempre que llenaran sus prescripciones y aquellos que habitarán fuera de España estarían amparados por los convenios celebrados entre ambas naciones o por el derecho de reciprocidad.

Los derechos que se derivaban de la titularidad sobre diseños industriales tenían importantes efectos en el orden civil y penal, entre ellos, la persecución criminal ante los tribunales de justicia y la aplicación del Código Penal ante la falsificación, imitación y usos sin la debida autorización. Las penas abarcaban desde el arresto hasta multas superiores al triple del monto del perjuicio causado.

Las acciones civiles incluían la indemnización de los daños y perjuicios causados y el decomiso en las aduanas españolas de los productos extranjeros falsificados.

Las formas de transmisión de estos derechos eran asimiladas a las de la propiedad sobre bienes reales y la duración, según el artículo 17, era de 15 años con posibilidad de renovación.

El proceso de solicitud de los certificados era ante los gobernadores de las provincias y en el propio Gobierno se encontraba el libro-registro, donde se anotaban los datos del titular y su domicilio, el día y la hora de la presentación de la solicitud, la esfera de la industria a la que sería aplicado y una descripción detallada del dibujo o modelo, al que se pegaba además un dibujo del mismo.

Con posterioridad a la concesión se publicaba en la Gaceta Oficial de una frecuencia trimestral y luego los gobernadores de provincias indicaban su reproducción en los boletines oficiales, periódicos locales o anuncios accesibles al público. Las descripciones contenidas en los certificados eran públicas y se exponían en las Secretarías de las Reales Sociedades Económicas durante el tiempo que fijaran sus presidentes.

No es posible encontrar en esta norma referencia a la posibilidad de acumulación de protección entre marcas tridimensionales y modelos industriales por la ausencia de tal reconocimiento en la época.

Decreto-Ley 805 del 4 de abril de 1936

En esta normativa los diseños industriales fueron objeto de una regulación más detallada y novedosa en lo que atañe a la definición de las variantes comprendidas en esta modalidad, a saber, el modelo y el dibujo industrial,[39]así como la incorporación de los creadores no españoles dentro de la lista de titulares.

Como ejemplo de sus definiciones tenemos:

> Artículo 202: Se considera modelo industrial toda forma plástica nueva, todo objeto o utensilio de uso industrial, comercial o doméstico y que se diferencia de sus similares por su forma, configuración u ornamentación distinta que le confiara cierto carácter

[39]La expresión dibujos y modelos industriales deriva de la terminología en idioma francés *dessins et modèles industrielles*. En este idioma no existe ningún término que abarque los conceptos de *dessin* y de *modèle*, a diferencia de lo que ocurre con el inglés *design* y en el español, diseño. Oficina Internacional de la OMPI: *Definición de Diseño Industrial: Diferencias con otros objetos de Propiedad Intelectual*, 1997. pp. 3 y 4.

de novedad, sea por uno o más efectos exteriores que le den una fisonomía propia, nueva. Pueden ser considerados modelos industriales los envases.

Artículo 203: Se entenderá por dibujo industrial toda disposición o conjunto de líneas o colores, aplicables con un fin comercial a la ornamentación de un producto, empleándose cualquier medio natural, mecánico, químico o combinados.

Artículo 204: Se entenderán comprendidos en este grupo los modelos y dibujos que, constituyendo la reproducción de una obra de arte, se exploten con un fin industrial. Por tanto, están comprendidos en este capítulo, las obras ornamentales, las empleadas para el embellecimiento de un producto fabricado, etcétera. Independientemente de los derechos que pudieran corresponder en concepto de propiedad intelectual, y la ornamentación de las fachadas de edificios o construcciones.

En este sentido se evidencia la posibilidad de proteger de manera simultánea una misma creación por derecho de autor o legislación de diseños industriales, siempre que, en el último caso, el fin fuese la reproducción en serie para el comercio.[40]

En lo que respecta a las marcas, el artículo 93 las definía como "todo signo o medio material, cualquiera que sea su clase y forma destinado a señalar o distinguir de sus similares, los productos de la industria, el comercio, la agricultura y el trabajo"; a partir de la cual pudieran quedar comprendidas las marcas tridimensionales, lo que era respaldado con la lista no taxativa de elementos que podían constituir marcas presentes en el artículo 94.

Sin embargo, el artículo 209. 2, establecía que podía denegarse una solicitud "(...) Cuando por los elementos distintivos del modelo o dibujo industrial se deduzca que la solicitud esté comprendida en otra de las solicitudes de este Decreto-Ley"; tal redacción obedece a separar el régimen de protección de los diseños industriales del que poseen los signos distintivos, especialmente las marcas, como el signo por excelencia.

Decreto-Ley 68 del 14 de mayo de 1983

Reconocido como: "Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen" y publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* no. 10 de 14 de mayo de 1983, dedica el título IV a los diseños industriales. Sin embargo, no ofrece distinción entre dibujos y modelos industriales al colocar bajo la denominación modelos industriales la variante tridimensional y bidimensional, no conforme a la proyección de

[40] Para conocer sobre el análisis de la protección acumulada entre derecho de autor y diseños industriales en esta norma consúltese MARIANELA CABAÑAS AFON: *La protección acumulada de los diseños industriales en Cuba*, tesis de licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba, 2010.

las normas internacionales. El Artículo 108 define los diseños industriales como: «…toda forma volumétrica o plana destinada a dar una apariencia exterior especial a un producto industrial o artesanal, siempre que dicha forma pueda servir de prototipo de fabricación industrial o artesanal, y se diferencie de sus similares por su forma, configuración u ornamentación, lo cual le confiere novedad y progresividad».

El Artículo 114 exige como requisitos de protección la novedad, la progresividad y la reproducción por medios industriales o artesanales.

La novedad es atribuida a aquellas creaciones que al momento de la solicitud no forman parte del estado del arte,[41] la reproducción industrial implica la posibilidad de fabricación y la progresividad, según el artículo 109, es asociada a la mayor funcionalidad o diseño estético más ventajoso.

En cuanto a la progresividad, como requisito de protección exigido para los diseños industriales, se considera un desacierto legislativo, ya que la definición ofrecida obedece a las características del modelo de utilidad,[42] figura que no aparece refrendada en la norma. Por tal motivo no es apreciado por los especialistas en los exámenes para la concesión de protección.[43]

Por su parte el Artículo 115.1, no confiere protección a: «Los objetos que se relacionan exclusivamente con la realización de una función», establece así la diferencia en torno a la protección entre un objeto meramente utilitario y otro con elementos decorativos o artísticos incorporados.

Entre las novedades del Decreto-ley 68 encontramos la inclusión del certificado de autor de modelo industrial, que como rasgo esencial es que versa sobre el derecho exclusivo del Estado de explotar el modelo, aunque entraña otros derechos tales como, el de paternidad del autor o coautores, el derecho a la remuneración, la prioridad y la prioridad convencional. También, como forma de protección se reconoce el certificado de patente

[41]Artículo 116: Un modelo industrial se reconoce como nuevo, si en el momento de la presentación de la solicitud éste no ha sido conocido en Cuba o en el extranjero hasta tal punto que sea posible su reproducción, aunque haya sido exhibido en una exposición internacional oficial u oficialmente reconocida dentro de los seis meses anteriores a la fecha de prioridad.

[42]Lo modelos de utilidad son entendidos como invenciones menores que solucionan un problema técnico se basan en la forma conferida al objeto o artículo, en cuyo caso existen características de forma y se exige además la realización técnica.

[43]En relación al tema del estatuto español sobre Propiedad Industrial dispone en su artículo 169: «Con objeto de establecer las reglas para diferenciar lo que puede ser objeto de modelo industrial y modelo de utilidad, habrá de servir de norma lo que es objeto de protección; esto es, que el modelo de utilidad protege la forma en que se ejecuta y que da origen a un resultado industrial y el modelo industrial únicamente la forma». José Manuel Otero Lastres: "La protección a los Diseños Industriales: una forma de protección a la artesanía", *Seminario Nacional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual para funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador,* p. 15.

de modelo industrial, que otorga todos los derechos antes referidos con la salvedad que la explotación recae en manos del titular.

Otros elementos a añadir son, el establecimiento del uso de la clasificación internacional de los modelos industriales, el Arreglo de Locarno, que entró en vigor para Cuba en octubre de 1998, y el no reconocimiento de la protección acumulada al excluir como objeto de protección de esta modalidad las obras de arte que están indisolublemente unidas a un modelo industrial.[44]

En lo concerniente al procedimiento para garantizar la observancia de los derechos, se encuentra lo refrendado en el artículo 183, referido a los litigios a tramitar ante la sala de lo civil con motivo de la remuneración a otorgar al titular de certificado de autor de modelo o dibujo industrial, el cual nunca fue objeto de aplicación, pues el reglamento complementario de tales disposiciones nunca se dictó, y es de aplicación por extensión en este supuesto lo preceptuado en torno a las invenciones laborales.[45]

Pese a los elementos relevantes y positivos existe un grupo de elementos a tomar en cuenta para futuras modificaciones, entre ellas, el artículo 179 contentivo de los actos que pudieran infringir derechos de los titulares sobre diseños industriales no es tan amplio como la regulación que ofrece el Acuerdo sobre los ADPIC en su artículo 26, asimismo se ha de precisar las acciones a ejercer por los legítimos titulares ante violaciones, a saber, el cese de los actos infractores, la indemnización por daños y perjuicios, el embargo de los objetos contentivos de la infracción, la publicación de la reclamación condenatoria del infractor, la retractación pública del infractor u otras.

En relación con lo anterior habrá de fijarse la jurisdicción competente para el conocimiento de tales asuntos, pues la aparición del Decreto- ley 241/06 referido al procedimiento económico[46] merece una especial atención en torno al tema, ya que los conflictos de Propiedad Industrial son de índole

[44] A pesar de ello, la legislación autoral sí permite la protección y el registro facultativo de las obras de arte aplicado, manifestación que llevada al campo de la Propiedad Industrial podría constituir un diseño industrial, si además reúne los requisitos exigidos por esta figura. Por esta razón la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial ha desarrollado una práctica en la cual brinda protección y registra un sinnúmero de productos y piezas que a todas luces pudieran también recibir protección a través del régimen consagrado por el Derecho de Autor para las obras de arte.

[45] MARTA MORENO CRUZ Y EMILIA HORTA HERRERA: *Selección de lecturas de Propiedad Industrial*, p. 172.

[46] Decreto-Ley no. 241 de 2006, "Del Procedimiento económico". Publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 27 de septiembre de 2006, año CIV, no. 33. Según establece el artículo 742 Las salas de lo Económico conocen asimismo de los litigios de carácter extracontractual que surjan con motivo de los daños y perjuicios originados a terceros en su actividad económica por persona jurídica o natural, cubana o extranjera, en ocasión del desarrollo de su actividad productiva, comercial o de servicios en territorio nacional, de manera quetodos aquellos actos ilícitos que violen derechos de Propiedad Industrial podrán ser

económica, sin embargo el Decreto- ley 68 solo se refiere a la jurisdicción civil, lo que responde por supuesto, a su año de creación.

La cancelación es un efecto resultante de cualquier proceso de caducidad, nulidad o renuncia, sin embargo en el Decreto- ley 68 es analizada como un proceso independiente con causales y características propias de la nulidad, lo que deberá ser enmendado en futuras revisiones.

La publicación de la solicitud ofrece la posibilidad de oponerse ante la infracción de derechos preexistentes, cuestión que a diferencia de su antecesor (Decreto- ley 805) el actual decreto- ley obvió.

Otra ausencia que reclama revisión es el plazo que tiene la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial para pronunciarse respecto a las reclamaciones que se le presentan, pues su ausencia provoca incertidumbre para los solicitantes.

En lo que respecta a la acumulación de protección es clara la norma cuando excluye la protección de creaciones ligadas a obras meramente artísticas, desviando la protección a la esfera del Derecho de Autor, aunque en la práctica el análisis es contrario, sin embargo en sede de marcas tridimensionales no ofrece pronunciamiento alguno, ni en el derogado título referido a las marcas, de manera que puede interpretarse como acumulación tácita de protección.

Decreto- ley 203 de marcas y otros signos distintivos

Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria, el 2 de mayo de 2000, establece en el artículo 3.1d, que pueden constituir marcas las formas tridimensionales, siempre que puedan ser delimitadas del producto, entre las que se incluyen los envoltorios, envases, formas del producto o su presentación.

De manera que en correspondencia con la clase 9 del Arreglo de Locarno, destinada a los envases y recipientes, estaríamos en presencia de una acumulación de protección, si el grado de distintividad alcanzado permitiera su protección a través de la marca tridimensional. No obstante, es necesario hacer mención al artículo 16.1 e,[47] cuya redacción ha llevado a un grupo de interpretaciones, asociadas a la teoría norteamericana

conocidos por las Salas de lo Económico. Sin embargo hay que tener en cuenta determinados aspectos. En primer lugar, dichos actos ilícitos de carácter extracontractual recaerán sobre la actividad económica de personas naturales o jurídicas, quedando excluidos los consumidores, asimismo es posición de los magistrados del Tribunal Supremo Popular que tales asuntos relativos al consumo sean conocidos por las salas civiles; de manera que desde el punto de vista legal, un trabajador por cuenta propia, una sociedad mercantil cubana o una empresa estatal de subordinación local pueden acudir a las salas de lo económico invocando un derecho de Propiedad Industrial.

[47]Artículo 16 e): (…) no se pueden registrar como marca un signo que: consista en una forma que dé una ventaja meramente funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplique.

de la funcionalidad,[48]lo que daría al traste con la pretendida acumulación, sin embargo, la posición de los examinadores es admitir la acumulación y reservar este artículo a aquellos casos relacionados con las invenciones.

Conclusiones

- La mayoría de los ordenamientos jurídicos marcarios contemporáneos, incluida la normativa cubana, reconocen la posibilidad de registrar como marcas las formas tridimensionales de los productos y servicios; siempre y cuando no incurran en las prohibiciones de registro establecidas.
- Son registrables las formas fantasiosas, arbitrarias, sugestivas y evocativas, siempre que cumplan con la función esencial de la marca y, para ello, es necesario sensibilizar a los consumidores de la presencia de otros signos en el comercio que sirven para orientar su selección y constituyen indicadores del origen empresarial.
- Las causales de denegación no tienen aplicación abstracta, en tanto se prohíben para aquellos productos o servicios con los cuales la forma guarda estrecha relación.
- En algunos países las causales de denegación resultan superables en casos en que, junto a la forma tridimensional básica aparezcan elementos distintivos (denominaciones, colores, etc.) que deriven un conjunto apto para convertirse en marca, aún cuando el *ius prohibendi* no contemple tal forma, sino el conjunto distintivo; sin embargo, la mixtura de signos que incorporen formas tridimensionales no ha sido prevista en el Artículo 3 del Decreto-Ley 203.

[48]La misma sostiene que la forma de un producto como marca tridimensional resultará funcional si al omitir su forma, el producto pierde algún aspecto esencial para el uso o función a la cual estaba destinado. Dicha doctrina tiene dos vertientes fundamentales: la funcionalidad utilitaria y la funcionalidad estética. La funcionalidad utilitaria puede identificarse cuando la forma que adquiere determinado producto o su envase aporta una ventaja competitiva al mismo, aumentando sus características y condiciones técnicas o abaratando en alguna medida los costos de comercialización y producción. Generalmente las solicitudes de este tipo de formas son denegadas para evitar así posibles colisiones con el derecho de patentes. La funcionalidad estética, sin embargo, alude a formas decorativas y estéticamente más agradables que coadyuvan a mejorar el aspecto visible de producto, es decir, su apariencia, lo cual redundará en el incremento de su valor competitivo y de su demanda. Esta prohibición persigue evitar que se desvirtúe el aspecto distintivo e indicador de la procedencia empresarial que caracteriza a las marcas y reduce las posibilidades de que esta asuma además funciones estéticas. En estos casos, el ornamento funcionaría como un valor agregado que se convertiría en un gancho para fomentar las compras, por ello otorgar al titular de la marca derechos exclusivos sobre la forma de la misma privaría a la competencia del uso de estas formas, las cuales por demás podrían quedar tuteladas mediante el Derecho de Autor o de Diseños Industriales MAYLEN MARCOS MARTÍNEZ: *Ob. cit.,* pp. 29-30.

- Es posible la concurrencia de protección sobre una misma forma tridimensional en virtud del Derecho de marcas, del Derecho sobre modelos industriales y Derecho de Autor como obra de arte aplicado; siempre que se trate del mismo titular o medie consentimiento de éste.

Bibliografía

CABAÑAS AFON, MARIANELA: *La protección acumulada de los diseños industriales en Cuba*, tesis de licenciatura de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, Cuba, 2010

JALIFE, MAURICIO: *Consideraciones sobre la tutela a la Marca tridimensional*, México.

LLORET Y ROMÁN, MANUEL: *Propiedad Industrial*, Editorial La Moderna Poesía, La Habana, Cuba, 1940.MORENO CRUZ, MARTA Y EMILIA HORTA HERRERA: *Selección de Lecturas de Propiedad Industrial*, 2t, t. II, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

MARCOS MARTÍNEZ, Maylen: *La protección de las marcas tridimensionales. Controversias y desafíos,* OCPI, [s.n.].

MINISTERIO DE JUSTICIA:Decreto-Ley no. 68 de 1983: "De Invenciones, Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen", *Gaceta Oficial Extraordinaria,* no. 10, 14 de Mayo de 1983.

. :Decreto-Ley no. 203 de 2000: "De Marcas y Otros Signos Distintivos", 24 Diciembre de 1999, *Gaceta Oficial Extraordinaria,* no. 3, de 2 de mayo del 2000.

OCPI: Los Diseños Industriales, Documento preparado por el Departamento de Invenciones, Modelos y Dibujos Industriales.

OMPI: *Definición de Diseño Industrial: Diferencias con otros objetos de Propiedad Intelectual*, Documento preparado por la Oficina Internacional, 1997.

OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL: "La protección a los Diseños Industriales: una forma de protección a la artesanía", *Seminario Nacional de la OMPI sobre Propiedad Intelectual para funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador*, 16 octubre 2002, Guayaquil, 2002.

Legislación Internacional

Convenio de Paris de 1883 Para la Protección de la Propiedad Industrial. Tomado de www.wipo.org , 6 de junio 2013

Arreglo de Locarno sobre la Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales de 8 de octubre de 1968. Disponible en sitio web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, tomado el 6 de junio 2013.

Documentos del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas:

Comité Permanente sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. SCT 9/6 de fecha 11-15 de noviembre del 2002, novena sesión. Ginebra. Sobre nombres de Dominio de Internet.

Comité Permanente sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. SCT 14/4 de fecha 18 al 22 de Abril 2005, decimo cuarta sesión. Ginebra. Notas relativas al proyecto de tratado revisado sobre el Derecho de Marcas y proyecto de reglamento revisado.

Comité Permanente sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. SCT 15/2 de fecha 28 de Noviembre al 2 de Diciembre de 2005, decimo quinta sesión. Ginebra. Compilación de propuestas rela-

tivas a la labor futura del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas.
Comité Permanente sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. SCT 15/4 de fecha 28 de Noviembre al 2 de Diciembre de 2005, decimo quinta sesión. Ginebra. Palabras del Presidente.
Comité Permanente sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas. SCT 16/4 de fecha 13 al 17 de Noviembre 2006, decimo sexta sesión. Ginebra. Procedimiento de Oposición de Marca.

ACIJ
2009-2010
No. 12

El rol del Registro de la Propiedad cubano, en la garantía de la seguridad jurídica de los actos de transmisión del dominio

The role of the Cuban Property Registry in the guarantee of legal certainty of acts of transfer of ownership

Elena Rojas Estévez
Liliam Fiallo Monedero

Resumen

El estudio de los factores que deben tributar a la consolidación de la función del Registro de la Propiedad en el fortalecimiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio de las viviendas y solares yermos de propiedad personal en Cuba, es un tema de importancia vital en el objetivos de contribuir al perfeccionamiento de la legalidad y de toda la legislación existente en este ámbito. En el presente artículo solo se esbozan algunas ideas de investigación que deben guiar la investigación del tema y algunas reflexiones que lo avalan.

Palabras clave

Ordenamiento jurídico, seguridad jurídica, Registro de la Propiedad, tráfico inmobiliario, seguridad jurídica del tráfico, actos de transmisión de dominio, viviendas y solares yermos de propiedad personal

Abstract

The study of the factors that should tax to the consolidation of the role of the Property Registry in strengthening legal certainty of acts of transfer of ownership of housing and vacant lots of personal property in Cuba, is an issue of vital importance in the objectives of contributing to the improvement of the law and of all existing legislation in this area. This article only outlines some ideas that should guide research on the topic and some reflexions that speaks for itself.

Keywords

Legal order, legal security, Property Registry, Good roots Traffic, Legal Traffic Safety, acts of transfer of ownership, Real and personal property vacant lots.

El presente artículo está basado en los resultados parciales de la investigación que finalizó en el 2010, titulada *"El fortalecimiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles en Cuba".* Por su extensión, no se tratarán aquí, todos los temas que se incluyeron en la misma, por lo cual, quedará acotada a dar respuesta sobre el rol funcional del Registro de la Propiedad, señalada posteriormente.

El Ministerio de Justicia inmerso en la responsabilidad de elaborar un proyecto de Ley y Reglamento, solicitó al Centro de Investigaciones Jurídicas profundizar en los diferentes temas que gravitan en el funcionamiento del Registro de la Propiedad. El estudio se insertó en el marco del perfil de proyecto: *Estudio socio-jurídico sobre la propiedad personal en Cuba*

La investigación se enmarca además, en los presupuestos establecidos en la Ley no. 65, Ley General de la Vivienda cuando especifica que:

> La propiedad personal de la vivienda debe entenderse en el verdadero sentido de esa forma de propiedad en las condiciones concretas de la construcción del socialismo en nuestro país, es decir, esencialmente como el derecho de disfrutar de una vivienda por el propietario, y su familia sin pago alguno después de abonar su precio, sin que en ningún caso puede el derecho de propiedad personal de la vivienda convertirse en un mecanismo de enriquecimiento y explotación,

Parte de la concepción o idea ya expresada en la Ley de Reforma Urbana cuando atacaba la inversión del capital privado en la fabricación de edificios rentables en centros urbanos, con fundamento en el lucro desmedido, al margen de la función social de la propiedad y en su artículo 2 expresamente, proscribía el arrendamiento de inmuebles urbanos u otro negocio o contrato que implicara la cesión del uso total o parcial de un inmueble urbano.

Incluso, la Resolución RU-2 de 24 de agosto de 1967, sobre transmisión de inmuebles urbanos, reflejó la intención del Estado de que con el transcurso del tiempo todas las familias cubanas obtuvieran y disfrutaran de las viviendas absolutamente gratis. Por eso el mayor número de inmuebles debían quedar comprendidos en el régimen de distribución estatal y establecer para ello la función de comprador preferente de las viviendas y los terrenos yermos que pudieran ser necesarios a los planes de futuras edificaciones. Cuando los propietarios tuvieran la intención de transmitir el dominio, los ofrecerían en venta al Estado por conducto del Ministerio de Justicia.

Como excepción se establecieron las transmisiones de dominio por fallecimiento del propietario, donación, liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, permuta, transmisiones de solares yermos o terrenos para lo cual sería indispensable la autorización del Ministerio de Justicia en la formalización de esos trámites.

Son en estas coordenadas establecidas desde la primera Ley de Reforma Urbana que consideramos sobre los actos de transmisión de dominio de bienes inmuebles, el funcionamiento del Registro de la Propiedad y la

conceptuada como Seguridad Jurídica de los Actos de Transmisión del Dominio.

Por otra parte, si bien el tema del Registro de la Propiedad no ha estado ausente de las políticas de los órganos rectores de la actividad inmobiliaria, no fue hasta la promulgación del Decreto-Ley no. 185 de fecha 28 de mayo de 1998, que se inició a cargo del Ministerio de Justicia, un proceso paulatino de rescate del sistema registral en el país, el cual heredó deficiencias tales, como la pérdida notoria de la cultura registral inmobiliaria, diversidad de títulos domínicos substantivamente imperfectos, interrupción abismal del tracto sucesivo, aspectos que aún conspiran contra la llamada seguridad jurídica del tráfico.

Hace falta hoy tener un diagnóstico lo más completo posible (desde múltiples miradas: población, expertos, registradores de la propiedad) de los factores que podrían incidir en la consolidación de la función del Registro de la Propiedad y el fortalecimiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio de los bienes inmuebles. En este caso, permuta, donación y herencia de viviendas y solares yermos de propiedad personal. Este diagnostico podrá servir de punto de partida para futuros análisis sobre el tema, de manera que no se pierda el tracto en el estudio de las insuficiencias y problemas desde posiciones constructivas y revolucionarias y, por ello, necesariamente críticas.

El problema que se planteó el grupo de investigación fue: ¿Cuáles son los factores que deben tributar a la consolidación de la función del Registro de la Propiedad en el fortalecimiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio de las viviendas y solares yermos de propiedad personal en Cuba?

Como objetivo general, el equipo de investigación se propuso contribuir al perfeccionamiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio de las viviendas y solares yermos de propiedad personal en Cuba, así como a la proyección un Registro de la Propiedad activo y revolucionario.

Como pregunta de investigación, de relevancia a los efectos del presente artículo, se realizó la siguiente: ¿Cuáles son las posibilidades efectivas del Registro de la Propiedad para garantizar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario? ¿Cuáles son sus límites?

Las variables utilizadas fueron:

·Factores del fortalecimiento de la Seguridad Jurídica.

[1] JOSEFINA CHINEA GUEVARA: *La seguridad jurídica contractual en Cuba*. www.fgr.cu/ Biblioteca Jurídica, p 2.

[2] Ibídem.

Se entendió por factores, a los efectos de esta investigación, el conjunto de elementos teóricos, legislativos, materiales y de capacitación que deben tributar a la consolidación de la función del Registro de la Propiedad en el fortalecimiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio de las viviendas y solares yermos de propiedad personal en Cuba.

Respecto a la seguridad jurídica, se analizaron criterios diversos a la hora de enfocar el término, y se estudió la misma en los ámbitos de:

- El ordenamiento jurídico en su conjunto o en ramas determinadas del mismo.

- Las relaciones del individuo con el Estado y entre individuos; es decir, aquellas emanadas del sistema de garantías organizado por el ordenamiento estatal o de los negocios jurídicos celebrados por los particulares.

De esta forma, la seguridad jurídica se analiza desde las dimensiones del Derecho objetivo y la del Derecho subjetivo, designa el término, bien la certeza del Derecho objetivo, bien la garantía del Derecho subjetivo.

En este sentido se pronuncia JOSEFINA CHINEA GUEVARA:

> La seguridad jurídica del Derecho objetivo está integrada por un conjunto de elementos que proyectan la certeza en la determinación y aplicación de la norma. La certeza en la determinación de la norma se hace efectiva a través de la publicidad, la legalidad y la jerarquía normativa. La certeza en la aplicación se traduce en irretroactividad y prohibición de lo arbitrario.
>
> (…) La seguridad jurídica de los derechos subjetivos – lo que más interesa a los efectos del tema- centra sus mecanismos de acción en la intervención de funcionarios públicos, notarios, registradores, jueces, que –previo control de la legalidad de las actuaciones privadas- consignan las declaraciones de voluntad, los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas en un documento público (instrumento, inscripción, resolución).[1]

La propia autora, ubica como elemento imprescindible de la seguridad jurídica, el conocimiento que se tenga de la norma, así como la racionalidad de la misma. Junto a estos elementos, se erige el mantenimiento de los derechos

[3] Ibídem, p. 3.

[4] Ibídem, p 5.

[5] RICARDO GARCÍA MANRIQUE: *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*, p. 479.

adquiridos: «lo que puede generar duda o inseguridad es la conservación del Derecho durante el tiempo en que se ostenta su titularidad».[2]

Agrega, cuando cita a VALLET DE GOYTISOLO:

> (…)la seguridad jurídica, soporte imprescindible de la justicia y del orden social, presenta dos caras. Una atiende al aspecto dinámico de la vida contractual, y otra cuida de las situaciones estáticas, que duran, aunque en un momento dado pueden insertarse en aquella actividad contractual. Por eso, en su doble actuación debe producir una armonización, nunca una contraposición, entre uno y otro aspecto de la seguridad jurídica.[3]

Otra referencia es la de PAZ-ARES, quien declara sobre la «hipótesis de la repelencia»: «…que la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico constituyen la expresión doctrinal de valores normativos que se repelen mutuamente y que por consiguiente conviven dentro del derecho privado en conflicto y tensión permanentes»… y sugiere una segunda hipótesis, la llamada «hipótesis de la atracción»…»que invita a contemplar la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, más que como categorías antagónicas, como piezas distintas de un idéntico mecanismo; como el anverso y el reverso de un mismo fenómeno, que no es otro que el de la facilitación al titular originario – y no al tercer adquirente- del aprovechamiento del valor económico de su derecho subjetivo».[4]

Por su parte, DIEZ-PICAZO también trata el tema de la estática y la dinámica de los derechos y sobre el conflicto entre la seguridad en la tenencia de los derechos y la seguridad en su adquisición. Plantea, que la estática de los derechos subjetivos impone que ningún titular pueda ser privado de ellos sin su consentimiento, y su dinámica impone que el adquiriente de un derecho subjetivo no pueda ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo.

Otro de los criterios con respecto a la seguridad jurídica es el de ELÍAS DÍAZ, quien apunta que el Derecho proporciona una seguridad mínima de poder saber con certeza lo que está prohibido y lo que está permitido, lo cual siempre mejor que la total arbitrariedad o la absoluta inseguridad del no-Derecho. Sin embargo, agrega que la certeza en el ordenamiento jurídico no puede ser elemento suficiente para garantizar la seguridad jurídica. Además de ello, el mismo debe comportar una cierta legitimidad:

> Tener seguridad jurídica es (…) es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista

[6] FRÍAS, PEDRO: *La Seguridad Jurídica*, p.1.

[7] Ibídem.

histórica irreversible: la seguridad no sólo es un *hecho*, es también, sobre todo, un *valor* (...) No habrá, en este sentido, seguridad si no existe, al propio tiempo, un suficiente respeto a las exigencias de la libertad y de la igualdad.[5]

A decir de PEDRO FRÍAS:

> Cuando la sociedad está desgarrada por la subversión o por la corrupción o cualesquiera de los otros males posibles, el descreimiento social se traduce en «anomia», (...). Esto quiere decir que desaparece o se va debilitando, «todo marco de referencia, todo parámetro que permita valorar, que permita computar las conductas». El relativismo moral conduce asimismo a la anomia. Y cuando el descreimiento abarca a los Poderes públicos, a los poderes de hecho, a las principales relaciones sociales, también la seguridad jurídica parece desvanecerse, aunque las culpas no sean del sistema normativo ni del Poder Judicial. La ausencia de confianza generalizada –si es generalizada- pone en cuestión la seguridad jurídica (...) los que nos interesamos por la seguridad jurídica, como producto del sistema normativo, debemos interesarnos por los valores y por los contravalores de nuestra sociedad.[6]

Continúa el autor que: "La seguridad es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la "lógica de las reglas" y no según la "lógica de la discrecionalidad".[7].

En el marcos de esta investigación resultó categoría central la seguridad jurídica de los actos de transmisión del dominio, a cuyos efectos se definió operacionalmente como la eficacia jurídica del sistema de adquisición y transmisión de los derechos reales inmobiliarios que centra sus mecanismos de acción en la intervención de funcionarios públicos, notarios, registradores, jueces, que –previo control de la legalidad de las actuaciones privadas- consignan las declaraciones de voluntad, los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas en un documento público (instrumento, inscripción, resolución).

Es decir, que nuestra noción de la seguridad jurídica no se limita a la seguridad jurídica registral. A nuestro juicio es una categoría más amplia, que engloba la acción de todos los organismos que inciden de una u otra forma en el tráfico inmobiliario.

En cuanto a las variables, resultaron medidas del modo siguiente:

Indicadores

1. Seguridad Jurídica del Tráfico

1.1. Dimensión Registral
- Principios del Registro
- Efectos del Registro

1.2. Dimensión Legislativa: legislación sustantiva de donación, permuta y herencia
- Eficacia jurídica

2. Factores.

2.1. Capacitación

2.2. Colaboración entre los organismos que intervienen en el tráfico inmobiliario

2.3. Legislativos (Registral)

2.4. Teóricos

En el curso de la investigación se aplicaron diferentes técnicas, entre ellas la entrevista a expertos (en virtud de la cual resultaron consultados 17 especialistas del Registro de la Propiedad, notaría, instituciones de la vivienda y tribunales), la encuesta a la población y el análisis de documentos. La actual ponencia integra los resultados de las mismas, en función de dar respuesta precitada: ¿Cuáles son las posibilidades efectivas del Registro de la Propiedad para garantizar la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario? ¿Cuáles son sus límites?

Análisis de resultados. Entrevista a expertos

Quedó demostrado que el Registro de la Propiedad es un pilar básico en la consecución de la seguridad jurídica, aun cuando no sea el único órgano que interviene en la misma. Este criterio resultó, tanto del criterio de los expertos como de la población.

En este sentido, los especialistas expresaron que el Registro de la Propiedad:

- Es el último eslabón en la cadena de adquisición o transmisiones sobre un inmueble, por lo cual su papel es velar por la legalidad de cada instrumento que llegue al mismo.
- Vela por la legalidad en el tracto del inmueble.
- Es el único órgano que puede otorgar la publicidad registral, la cual, en su más amplio sentido, está dirigida a dar seguridad jurídica a los usuarios, al establecer toda una serie de mecanismos que posibilitan conocer el *status* legal de los inmuebles.

  Uno de los efectos de la publicidad registral, es presumir que lo que publica el Registro es veraz, lo cual no quiere decir que no sea *iuris tantum*, por lo cual tiene un papel clave en la seguridad del tráfico jurídico. De esta forma debe proteger, tanto a los titulares ante posibles perturbaciones del bien inmueble por parte de terceros como a los terceros, adquirentes de buena fe.
- Una de las funciones del Registro, será llevar el control sobre los bienes inmuebles del país.

A pesar del desconocimiento, la encuesta a la población arrojó como resultado, bastante generalizado, que la mayoría de los encuestados (209 – 75.4%) pensaban que inscribir un inmueble en el Registro brinda mayor seguridad al propietario, cobertura que debe ser aprovechada por la divulgación sobre el mismo. No obstante, 70 de estos encuestados (25%) no pudieron explicar por qué. (Anexo 1, p. 265).

Sin embargo, a pesar de este rol estratégico, se percibe que en nuestra *praxis* jurídica no juega un papel demasiado fuerte. En este sentido, los factores que influyen son los siguientes:

Factores externos al funcionamiento del registro

Cultura registral de la población

La mayoría de los especialistas plantean que es deficiente, lo cual influye negativamente en el rol que puede desarrollar el Registro en pos de garantizar la seguridad jurídica de los actos de transmisión del dominio. Este criterio fue corroborado por la encuesta a la población, la cual dio como resultado preliminar el profundo desconocimiento de la misma sobre la propia existencia y las funciones de la Institución.

La mayoría de los encuestados (21,4 – 76.4%) refirieron saber qué es el Registro de la Propiedad. (Anexo 2, p. 266). Sin embargo, a pesar del alto porcentaje de lo aparente, a través de preguntas más específicas, se constató un gran desconocimiento sobre su función, expreso básicamente en la confusión entre estos servicios y los trámites realizados en otros órganos que intervienen en la política inmobiliaria, principalmente con las instituciones de la vivienda. (Anexo 3, p. 267).

Relaciones de colaboración de los organismos que intervienen en el tráfico

La mayoría de los especialistas entrevistados refieren que existe falta de coordinación entre los organismos que intervienen en la política inmobiliaria del país. En este caso es mayoritario entre los especialistas el criterio de que el hecho de que el Instituto Nacional de la Vivienda

[8] Un ejemplo de estos problemas se encuentra en la Resolución 50 del INV. Los especialistas refieren que la misma se publicó en *La Gaceta Oficial* y, supuestamente, a partir del 10 de marzo del 2009 debía comenzar a surtir efectos. Uno de los puntos centrales era quitar de las Direcciones Municipales de la Vivienda la competencia de complementar y subsanar los títulos, es decir, las descripciones que hasta ahora hacía, al amparo de la Resolución 620 y fueron eliminadas. Al no vincular el Instituto Nacional de la Vivienda a las notarías, estas se abstuvieron de actuar, ya vigente la 50. Lo dicho, trajo aparejado que existiera un plazo en que el usuario no sabía, ni tenía a donde ir y por tanto cayó en un estado de inseguridad jurídica. Muchos trámites quedaron en el aire y la Resolución 50 no contaba con una Disposición Transitoria que le diera respuesta. Metodológicamente se reunieron el Instituto Nacional, las direcciones provinciales y municipales de la vivienda (sin incluir al MINJUS, aunque se le dio parte de los resultados y consecuentemente el organismo emitió el Dictamen 1/09 para regular la actividad notarial a partir de dicha resolución). Sin embargo, ya derogada la Resolución 620 y en vigor la 50, las direcciones municipales de la Vivienda tuvieron que seguir al amparo la primera para garantizar que no se interrumpiera la actividad jurídica.

esté subordinado al Ministerio de la Construcción, y notarías y registros al Ministerio de Justicia, constituye un error del diseño.

No obstante, coincidir o no con este criterio, desde la *praxis* del Derecho resulta evidente que las relaciones entre el Registro y el Instituto Nacional de la Vivienda presentan problemas de interés, mientras que aquellas entre el Registro y las notarías, aunque perfectibles, son óptimas.

En el transcurso de la investigación se comprobó que la legislación emitida por el Instituto Nacional de la Vivienda, como organismo rector de la materia inmobiliaria en el país, no siempre es conocida por todos los operadores jurídicos que de alguna manera intervienen en el tráfico inmobiliario. Entre las causas de esta situación se señalan:

- La utilización inadecuada de los instrumentos jurídicos
- Problemas con la publicidad de la normativa y la coordinación horizontal de los organismos involucrados con la materia inmobiliaria, lo que afecta su validez.
- Problemas con la circulación de la misma.[8]

Asimismo, los especialistas refirieron que a los encuentros técnicos no asisten con regularidad funcionarios de las instituciones de la vivienda, lo que dificulta el trabajo en común y la interpretación de la normativa vigente. En consecuencia, cuando la norma se va a implementar en la base, los criterios del registrador, del notario y del especialista de vivienda, puede que no coincidan, lo cual, atenta también, contra la seguridad jurídica.

Aunque se señale que el sistema es perfectible, se advierte que las relaciones entre la Notaría y el Registro son excelentes, lo cual se refleja en:

- La coherencia que existe en la legislación del Registro de la Propiedad y la Notaría y, por ende, su interpretación uniforme.
- La comunicación excelente que existe entre ambas dependencias, lo cual permite que los usuarios vayan directamente de la Notaría al Registro para inscribir, o que cualquier duda entre los operadores de las mismas sean saldadas con rapidez.
- Se logra una uniformidad respecto a la reducción de trámites a la población.

Idoneidad de los documentos inscribibles

Contrario al criterio predominante en la doctrina, la mayoría de los especialistas entrevistados piensa que la diversidad de títulos domínicos no es un factor que atente contra la seguridad jurídica de los actos de transmisión del dominio.

No obstante, algunos de los expertos entrevistados, los cuales constituyen una minoría, piensan que la diversidad de títulos sí atenta contra la misma. En este sentido aducen que:

- Cuando existen tantas instituciones con la posibilidad de emitir títulos domínicos es más fácil la comisión de ilegalidades,
- La posible coexistencia de títulos de diferente naturaleza puede ser una situación aprovechada por las personas para ocultar alguno que haya sido cancelado con anterioridad, del cual no exista constancia.
- Que la diversidad de títulos hace difícil la actividad registral, pues el Registrador debe conocer las características de cada uno de estos títulos y, además, las legislaciones en que se amparan, para determinar si acceden o no al Registro.
- Piensan que esta diversidad crea confusión entre los ciudadanos, los cuales, dada la poca información jurídica con que cuentan, no saben en qué instrumento jurídico está contenido su título.

Otra razón en pro de la unificación es que no existe uniformidad en el contenido de todos los títulos, por lo que, cuando concurren al Registro, algunos adolecen de determinados requisito que impiden o retardan su inscripción. En este caso, la situación más grave se encuentra en las resoluciones-títulos de vivienda, que muchas veces deben devolverse para ser subsanadas, contrariamente a lo que pasa con las escrituras notariales, las cuales, en su mayoría, llegan al registro con los requisitos de orden. Se destaca con frecuencia que esta situación ha mejorado desde la Resolución 50.

Sin embargo, la mayor parte de los especialistas plantean que la diversidad de títulos no atenta contra la seguridad del tráfico ya que puede existir, siempre que se garantice la uniformidad en el contenido de los mismos. Es decir, los requisitos para que un título sea válido deben ser comunes para todas las instancias que los expidan. Además, se arguye que la diversidad de títulos refleja diversidad de órganos emisores y de contenido de los mismos. Esta situación ha sido producto de una necesidad estatal, ya que han sido variados los organismos que se han tenido que involucrar en el tema inmobiliario.

Algunos de los especialistas que mantienen esta postura plantean que, aun cuando esta diversidad no sea lesiva, sería mejor si todos los actos salieran por escritura pública notarial o, si fueran ratificados posteriormente por el notario.

La eficacia de la legislación sustantiva en materia de vivienda y solar yermo de propiedad personal

Esta legislación, al introducir tantas restricciones a la propiedad personal que afectan las facultades dispositivas sobre la misma, es percibida en la gran mayoría de los casos, por los propios operadores del Derecho y por la población, como una legislación injusta y al margen de las necesidades de la población cubana, lo cual atenta contra su eficacia.

En la encuesta a la población, resultó de marcado interés el hecho de que las personas, aun cuando se les preguntara directamente por asuntos vinculados al

funcionamiento del Registro de la Propiedad, manifestaran su inconformidad con las restricciones sobre las facultades dispositivas de los propietarios de inmuebles de propiedad personal.

Por su parte, gran parte de los expertos encuestados planteó no poder obviar el fundamento político de la Ley General de la Vivienda y su intento por garantizar que cada persona tenga una casa propia. No obstante, piensan que existe un error en la propia concepción de la propiedad personal, cuyo germen se encuentra en la Ley de Reforma Urbana y que ha sido reconocido y desarrollado por las Leyes Generales de la Vivienda (no. 48/84 y 65/88) y el Decreto Ley 233/03.

Refieren que esta legislación limita en exceso el derecho de los propietarios, por lo que consideran desacertada la política de restringir excesivamente las facultades dispositivas del propietario y por tanto, la autonomía de la voluntad del titular. En correspondencia con esta postura, los especialistas plantean que:

- Existe una total administrativización del Derecho Civil.
- El derecho de propiedad personal, a pesar de las limitaciones intrínsecas que entraña la figura, se ha vaciado de su contenido esencial, es decir, de la posibilidad de disponer libremente del inmueble.
- El principio de presunción de inocencia se vulnera, al presumir la mala fe en muchos de los actos dispositivos que se realizan. Si quien vive en una casa no es familiar del titular, el tratamiento de la Dirección Municipal de la Vivienda se deduce sobre la base de una operación de compraventa ilícita. Es criterio de la mayoría de los encuestados que la práctica en la actualidad no es la de probarle al ciudadano el acto ilícito, sino lo contrario, es decir, es el quien tiene que probar la buena fe.[9]
- El hecho de que en la práctica se realicen tantos negocios simulados, para efectuar principalmente actos de compra-venta de viviendas, a causa de las razones planteadas anteriormente, da la posibilidad de que, al acudir al Registro, puedan resultar inscriptos por tener todos los documentos en orden aparente. Esto da la medida de que este último no resulta suficientemente eficaz.
- La prohibición de los actos de compra-venta de viviendas, es la causa de la mayoría de las ilegalidades y de los negocios simulados. Las consecuencias de la restricción son nocivas ya que, de ese hecho , que constituye un ilícito administrativo, se cae en otras conductas que constituyen delitos más graves.
- Existe la percepción entre los especialistas de que los funcionarios del sistema de la vivienda constituyen el principal elemento corrupto, que

[9] A propósito, uno de los especialistas cita un postgrado que cursó en el año 1988, con Rodolfo Dávalos, en el Instituto Nacional de la Vivienda cuando éste era su Director Jurídico y en el cual decía que era imposible probar cuando, a través de una permuta había una compraventa, o a través de un acto ilícito probar la compraventa. Refiere que, sin embargo, ahora, lo que hay que probar es la buena fe.

han encontrado mecanismos para encubrir las compra-ventas y cuando no han podido, aplican la confiscación y posteriormente arrendamiento.

- Con esta prohibición se frena la satisfacción de las necesidades sociales, dado que la mayoría de las personas que compran una vivienda es para satisfacer una carencia habitacional real, no para lucrar.
- Respecto a las confiscaciones por salidas del país, la mayoría de los especialistas la señalan como otra violación a la propiedad personal. En sus argumentos recuerdan el surgimiento de la Ley 989/61 en otro contexto, con conceptos que no operan en la actualidad. Opinan que no deben ser confiscados aquellos bienes sin valor patrimonial y de interés para el Estado.
- También se muestran en desacuerdo con lo establecido en relación a la posibilidad que tiene la Dirección Municipal de la Vivienda de cambiar una casa por otra cuando aquella sea un «gran inmueble», en los casos en que el heredero no sea de los llamados por ley para la sucesión intestada.[10]
- Consideran que no debería existir la figura de la incapacitación para heredar de aquellas personas que abandonen el territorio nacional.
- Tampoco están de acuerdo con la retroacción de los negocios dispositivos de la vivienda dentro del plazo de cuatro años por salida del país.
- Algunos de los especialistas muestran su desavenencia con la Dispo-

[10]Artículo 76 de la Ley General de la Vivienda. «El propietario de una vivienda de residencia permanente podrá testar sobre ella, pero el heredero o legatario instituido, siempre que no se encuentre comprendido dentro de las incapacidades para heredar previstas en el Código Civil, sólo podrá adjudicarse la vivienda en los casos siguientes:

a) si ocupa la vivienda al fallecimiento del causante; y

b) si la vivienda quedare vacía al fallecimiento del testador por haber sido el propietario su único ocupante.

Cuando se trate de grandes inmuebles u otros que puedan servir de utilidad pública o interés social, u otro uso más justo y razonable en beneficio de la comunidad, y el heredero o legatario no fuera, al mismo tiempo, de los llamados por la ley para herencia intestada, para la adjudicación se requerirá el parecer favorable de la Dirección Municipal de la Vivienda correspondiente, la que también podrá, en representación del Estado, asignar otra vivienda al beneficiario y adquirir para sí el inmueble».

[11] Antes de ser modificada por el Decreto-Ley 211/00, esta disposición sancionaba con la pérdida de la vivienda a las personas que la han cedido con ánimo de lucro. Con este nuevo Decreto-Ley, los efectos de esta disposición se ampliaron a las permutas ilegales, es decir, que se comenzaron a sancionar a las personas que, con ánimo de lucro, o con violación de los requisitos y trámites, realizaban un acto traslativo en relación con la vivienda. Refiere que se realizó otra modificación a la Ley General de la Vivienda con el Decreto-Ley 233 se amplió su ámbito sancionador a las viviendas ampliadas, remodeladas o construidas de manera ilegal.

sición Especial Séptima de la Ley General de la Vivienda. Manifiestan su ampliación paulatina el ámbito de su eficacia[11] y aun cuando se ha manejado en varios ámbitos, incluso entre la población su posible derogación, esta continúa vigente y surte plenos efectos.

- Parte de la percepción de injusticia o de irracionalidad de la norma, está también en los criterios de los entrevistados sobre las autorizaciones previas, las cuales no creen necesarias en su mayoría, principalmente para las donaciones entre parientes y permutas entre propietarios.[12]
- La legislación sustantiva, es prolija y difusa (en relación a los organismos que la ponen en vigor): al margen del Instituto Nacional de la Vivienda como organismo rector de la política inmobiliaria en el país, existen otros, como la Oficina del Historiador, que dictan normativas, que a veces entran en contradicción con lo ya regulado por el primero.

Factores internos al funcionamiento del Registro

La capacitación

[12]Con respecto a las permutas, una de las especialistas consultadas (la subdirectora jurídica de la Dirección Provincial de la Vivienda de Villa Clara) manifiesta que realizó un estudio estadístico de un año, a partir de las modificaciones (por Decreto-Ley 211/00 y por Decreto-Ley 218 /01) del artículo 69 de la Ley General de la Vivienda y quedó demostrado que no era viable la modificación. En las estadísticas que realizó, logró demostrar que en un año de vigencia de esa modificación, donde la Vivienda comenzó a extender su competencia, en muy pocos casos se logró probar algún subterfugio o ánimo de lucro. Manifiesta que existieron casos en que no se autorizó la permuta por sospecha, y después el Tribunal falló a favor de los particulares. La solicitud de modificación estuvo encaminada a aliviar los trámites de donación, azotea y permuta.

[13]De los 19 especialistas entrevistados, siete son los que poseen categoría docente, principalmente de profesor instructor y ninguno de los registradores ostenta categoría científica. En el caso de una provincia, el registrador, no había concluido sus estudios de pre-grado. Tampoco es usual la participación en eventos científicos.

[14] Aunque la presente investigación sea del Registro de la Propiedad, como ya fue definido en la muestra, se entrevistaron a otros especialistas del Sistema. Con el fin de no cargar de datos que no sean propios del Registro, el análisis de resultados, las situaciones relativas a las demás esferas se citarán a pie de página, sin eliminarse, ya que repercuten directa o indirectamente en la labor que pueda desempeñar.

En este sentido, de la entrevista realizada a expertos, sobre la capacitación, los especialistas de las instituciones de la vivienda parecen ser los más afectados. Refieren que se ha logrado un débil vínculo con la Unión Nacional de Juristas de Cuba y sus capítulos de Derecho Inmobiliario, pero que ello no es suficiente. Coinciden en gran medida en que los dos mayores problemas de esa institución, en cuanto al personal calificado (a los especialistas) son la inestabilidad y la falta de capacitación.

Plantean que la mayoría de la ocasiones, no son autorizados en los centros laborales por sus superiores jerárquicos para dedicarle parte de la jornada laboral a la capacitación.

La deficiente capacitación, así como el insuficiente nivel científico-investigativo de los especialistas constituyen elementos que pueden gravitar sobre el adecuado desempeño no sólo del Registro de la Propiedad, sino de los demás organismos que intervienen en la política inmobiliaria.[13]

Los propios especialistas tienen el criterio de que la capacitación es insuficiente.[14] En este sentido apuntan que las convocatorias para cursos de posgrados, diplomados y maestrías, no llegan por las vías idóneas, es decir, a través de la Unión de Juristas o del Ministerio de Justicia.

Se observó que los análisis sobre los problemas del funcionamiento del Registro de la Propiedad se mantienen en los marcos del Derecho vigente, como si sociedad y derecho, teoría y práctica fueran instancias inconexas. Ello da muestra de una deficiente preparación desde el punto de vista teórico, aun cuando exista un amplio conocimiento de la legislación vigente. Sólo cuando se les preguntó de forma directa, se emitieron opiniones sobre las concepciones que están en la base de la regulación de las instituciones. En los profesionales que están vinculados a la docencia se observa una mayor capacidad para el pensamiento teórico.

Es opinión común que la existencia de restricciones para realizar la labor, dadas por las limitaciones introducidas por la legislación sustantiva, dificultan la realización profesional.

Concepción sobre la función del Registro

Las concepciones adoptadas sobre la función del Registro en la práctica no han sido completamente eficaces porque han estado encaminadas a resolver problemáticas externas a él en lo fundamental (como la concepción que tenemos sobre la propiedad personal, base de toda la legislación sobre la vivienda). No ha existido tampoco un desarrollo suficiente de la temática registral para el socialismo de manera que el papel de este órgano sea una garantía eficaz en los actos de transmisión del dominio de los bienes inmuebles (de propiedad personal en el caso que nos ocupa).

El carácter de la inscripción

La gran mayoría de los especialistas están de acuerdo con el actual régimen de inscripción, es decir, la declarativa y obligatoria. Piensan que no se deben utilizar mecanismos más coercitivos, ya que el que está en la actualidad, es decir, la imposibilidad de transmitir si no hay inscripción, es suficiente.

En este sentido pensamos, no obstante, que mecanismos coercitivos compulsen a la inscripción (sistema de inscripción: declarativo y obligatorio), en un momento determinado, no deja de ser una solución cuya eficacia futura pudiera resultar incierta, en tanto no constituye un mecanismo de reproducción al interior del sistema jurídico (autopoiesis).

Conclusiones

1. Es imprescindible para que el Registro de la Propiedad pueda garantizar la seguridad jurídica de los actos de transmisión de dominio, que como sistema se piense a sí mismo, con claros los principios sobre los cuales debe erigirse, en correspondencia con el carácter de la propiedad que debe tutelar. En función de ello quedará definido su límite para garantizar la seguridad de los actos de transmisión de dominio. Es imprescindible una capacitación multidisciplinaria de sus especialistas que impulse la reflexión teórica asentada esencialmente en el desarrollo de una teoría y *praxis* jurídica cubana, reproductora de nuestro sistema socioeconómico, sin obviar la doctrina existente aun cuando ésta obedezca a otras realidades.
2. Aunque el Registro de la Propiedad sea una instancia fundamental en el logro de la seguridad jurídica, se debe tener en cuenta que esta labor no es privativa del mismo. Los canales de comunicación entre los organismos que intervienen en la política inmobiliaria deben ganar en coherencia, de modo que se logre un funcionamiento óptimo a partir de la actuación uniforme en la aplicación de las normativas existentes y de las líneas de acción planificadas.
3. Tampoco es posible garantizar la eficacia de la labor del Registro, y la seguridad del tráfico al margen de la eficacia de la legislación sustantiva sobre bienes inmuebles de propiedad personal. El exceso de restricciones sobre la misma condiciona una percepción de la norma como ilegítima, de aquí que se realicen negocios simulados para encubrir actos dispositivos del dominio, predominantemente de compra-venta. Esta situación, por una parte le impone un límite al Registro de la Propiedad, en el sentido de que pueden llegar a inscribirse negocios jurídicos ilícitos, lo cual atenta contra la seguridad jurídica que otorga el Registro.

Recomendaciones

1. Organizar un programa de capacitación que contribuya al desarrollo de una teoría registral socialista como fundamento de la práctica registral cubana.
2. Potenciar espacios permanentes de exposición de resultados de investigación y el diálogo en estos de especialistas vinculados al sector inmobiliario: registradores, notarios, especialistas de Vivienda, arquitectos de la comunidad, jueces, entre otros.
3. El tema inmobiliario y registral debe pasar a ser una línea de investigación permanente del Centro de Investigaciones Jurídicas, la creación de equipos conjuntos con otros especialistas del sector que tributen al MINJUS.
4. Proponer a los organismos competentes un rediseño de los órganos que intervienen en el tráfico inmobiliario. En este empeño, las funciones que actualmente ostenta el Instituto Nacional de la Vivienda deben pasar al MINJUS, en los contenidos que le sean afines y dotar de coherencia al

ordenamiento jurídico y al actuar de la administración pública en la materia inmobiliaria.

5. El concepto sobre la propiedad personal y las limitaciones a la que está sometida debe ser repensado, de manera que coadyuve a la elaboración de una legislación más afín con las necesidades y posibilidades reales del país, legitimándose. El Registro vendrá, en este caso, a ser el eslabón final de una serie de actos donde primen la transparencia y la legalidad.

Bibliografía

ACANDA, JORGE LUIS: *De Marx a Foucault: poder y revolución ,* AA. VV. Inicios de Partida, Coloquio sobre la obra de M. Foucault, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2000.

CAÑIZARES, FERNANDO D.: *Teoría del Derecho*, Ed. Pueblo y Educación, 1979.

COLECTIVO DE AUTORES. *Derecho Civil Parte General,* coordinadora: CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000.

DIEZ-PICAZO, LUÍS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 4ta ed., vol. III, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

FRÍAS, PEDRO: *La Seguridad Jurídica.* Tomado de: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/djuridica/at.../file.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO: Formas *contemporáneas de dominación política: el sindrome normativo y la eficacia simbólica del derecho.* Tomado de: www.garciabelaunde.com.

GARCÍA MANRIQUE, RICARDO: *Acerca del valor moral de la seguridad jurídica*, [s.n.]. [s.a.].

HERNÁNDEZ MAS, OSCAR: *Derecho sobre Bienes,* fascículo 2, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1973.

PÉREZ FUENTES, GISELA: *Separata de Derecho Civil. Parte General*, Ed. Félix Varela. La Habana, 1989.

RAPA ÁLVAREZ, VICENTE: *Propiedad y otros derechos sobre bienes*, La Habana, Ed. Félix Varela, 1999.

RIVERO VALDÉS, ORLANDO: *Temas de Derecho Reales*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2001.

RODRÍGUEZ GÓMEZ GREGORIO, JAVIER GIL FLORES Y EDUARDO GARCÍA JIMÉNEZ: *Metodología de la investigación cualitativa*, Impreso en PROGRAF, Santiago de Cuba, 2002.

ROJAS ESTÉVEZ, ELENA Y LILIAM FIALLO MONEDERO: *El fortalecimiento de la seguridad jurídica de los actos de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles en Cuba,* Informe de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2010.

SAUTU, RUTH, PAULA BONIOLO, PABLO DALLE Y RODOLFO ELBERT: *Manual de metodología. Construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología*, CLACSO, Colección Campus Virtual, Buenos Aires, Argentina. 2005. Disponible CLACSO http://www.clacso.org.ar/biblioteca.

VERGARA, JORGE Y ENRIQUE GOMÁRIZ: *Teoría, epistemología y poder en la sociología latinoamericana de los noventa. Un análisis desde la perspectiva de su crisis teórica, Fermentum*, Revista Venezolana de Sociología y Antropología, ULA, Mérida. Venezuela, año 3, no. especial 6 y 7, enero-agosto 1993.

Legislación

Constitución de la República de Cuba, La Habana 2005,
Decreto-Ley no. 185 de 28 de mayo de 1998.
Resolución no. 114 del MINJUS de 3 de julio del 2007.
Legislación de Reforma Urbana.
Ley Hipotecaria y su Reglamento.
Resolución 620/03 del INV.
Resolución 50/09 del INV.
Resolución 114/07 del Ministerio de Justicia.

Anexo 1

Tabla no. 11

Seguridad jurídica que otorga el Registro de la Propiedad

11. ¿Considera usted que inscribir su vivienda o terreno en el Registro de la Propiedad le brinda una mayor seguridad como propietario? Fundamente.

Categoría	Frecuencia	%
0. No responden	*63*	22,5
1. No se ajusta	*6*	2,1
2. Es necesario (sin justificar)	*70*	*25,0*
3. No es necesario	*6*	2,1
4. Es requisito para realizar otros trámites	*17*	*6,1*
5. Permite ejercer los derechos de propietario (uso, disposición…)	*24*	*8,6*
6. Permite defender el derecho de propiedad frente a terceros.	*25*	*8,9*
7. Legaliza un inmueble/un trámite	*33*	*11,8*
8. La no inscripción es una ilegalidad	*1*	*0,4*
9. Garantiza que no se le puedan realizar cambios ilegales al inmueble	*1*	*0,4*
10.Protege en casos de pérdidas del título de propiedad de la vivienda	*3*	*1,1*
11. Salvaguarda el tracto del inmueble	*1*	*0,4*
12. Da la constancia de que la persona es propietaria	*19*	*6,8*
13. La inscripción otorga la propiedad	*7*	*2,5*
14. La inscripción da publicidad/prioridad	*2*	*0,7*
15. Mantiene actualizada la propiedad	*2*	*0,7*
Total (de respuestas)	*280*	*100*

Fuente: Elaborado por las autoras

Anexo 2

Tabla no. 5

Conocimiento sobre el Registro de la Propiedad

¿Conoce usted qué es el Registro de la Propiedad?

Categoría	Frecuemcia	%
0. No responden	6	2,1
1. Sí	214	76,4
2. No	60	21,4
Total encuestados	280	100

Anexo3

Problemas del Registro de la Propiedad

Categoría	Frecuencia	%
0. No responden	132	42,0
1. Ningún problema	63	20.0
2. Demora en los trámites	56	17.8
3. Mala información a la población, en general	12	3.8
4. Cierra demasiado temprano para los trabajadores	1	0.3
5. Piden demasiados y de difícil obtención	7	2.2
6. Inestabilidad del personal	2	0.6
7. No se ajusta	41	13
Total de respuestas	**314**	**100**

ACIJ
2009-2010
No. 13

Contexto y texto para un proyecto

Context and text for a project

Seida Barrera Rodríguez
Ernesto Domínguez López

Resumen

La cuestión del Socialismo del siglo XXI excede cualquier estudio, por mucha importancia que el pensamiento científico tenga en su desarrollo. La magnitud de los problemas que debe abordar una propuesta de este tipo, la multiplicidad de actores involucrados y la influencia de una amplia gama de factores genera condiciones sumamente complicadas para la articulación de un discurso plenamente coherente al respecto. A ello hay que sumarle la lucha contra toda clase de fantasmas, espectros del pasado mal interpretados o sobredimensionados, limitaciones y fallas reales de experiencias pretéritas.

Palabras clave

Socialismo del siglo XXI, retos.

Abstract

The topic of XXIth century Socialism exceeds any scientific study, doesn't matter the importance of the scientific thought in its development. The magnitude of the problems that a proposal like this must face, the multiplicity of the actors involved and the influence in a wide list of factors generate highly complicated conditions for a plenty coherent speech articulation. To that must be added the struggle against all kinds of ghosts, misunderstood or overdimensionated specters of the past, limitations and real failures of precedent experiences.

Key words

XXIth century Socialism, challenges

La definición del Socialismo del siglo XXI resulta harto difícil, debido a las cualidades dialécticas que acompañan a cualquier concepto. La realidad siempre excede a la norma más perfecta. Además, los axiomas utilizados para perfilarla pueden llevar a interpretaciones erróneas, o pueden terminar por rebelarse contra el propio autor, quien puede ser malinterpretado.

En torno al término existe una vasta polémica entre intelectuales, líderes políticos, organizaciones y corrientes de pensamiento diversos. Por sólo citar algunos ejemplos bien conocidos, se le ha identificado con procesos en sí mismos heterogéneos como los desarrollados en Venezuela, Bolivia e incluso Ecuador durante la última década; intelectuales como István Mészáros y Heinz Dieterich ofrecen enfoques sobre el tema, y por tanto vías de abordaje e interpretación del mismo, notablemente diferentes.[1] Incluso encontramos posiciones como las de Oskar Lafontaine y una parte del partido Die Linke, contraria a la expresión en sí misma, y favorable a utilizar *Socialismo en el siglo* XXI, con la intención definida de recalcar la continuidad de la propuesta con respecto a las supuestos y experiencias de los siglos XIX y XX.

Más allá de lo que puede ser visto como una mera discusión semántica, o un uso intencionado del discurso para favorecer tal o cual candidatura o programa en el contexto de la competencia por el voto en diversos contextos, o quizás un mecanismo de legitimación de procesos conducidos en circunstancias muy diferentes, una tal denominación encierra un problema mucho más profundo: la necesidad de adecuar cualquier proyecto a las cambiantes circunstancias que lo condicionan, a la diversidad misma de los espacios en los cuales se pretende desarrollar (aún sosteniendo su unidad esencial). Si las palabras empleadas sirven para transmitir ese sentido de tal manera que pueda ser decodificado eficientemente por todos los receptores, entonces su formulación es válida. Al final, hablamos de cambios necesarios, pues al igual que ocurre con el capitalismo, que muta con cada crisis, si el socialismo no se reinventa a sí mismo perecerá como realidad existente o imaginada. Devendrá, en el mejor de los casos, un recuerdo de una época lejana, quizás una imagen museable, pero no mucho más.

Más importante que las definiciones resultan las implicaciones, los retos que se plantea el socialismo en este siglo, y qué condiciones debe enfrentar. El mundo de hoy es muy diferente de aquel en el que surgió el pensamiento socialista primero, y en el que se intentó construir una nueva sociedad basada en esas ideas, más tarde. Una de las principales deficiencias del proyecto socialista como paradigma global ha sido continuar algunas de las tendencias centrales de la modernidad, en primer lugar el eurocentrismo, que convirtiera a la sociedad euroccidental en el paradigma definitivo del progreso.

[1] István Mészáros: *El desafío y la carga del tiempo histórico: El socialismo del siglo XX,* Heinz Dieterich: *Transición al Socialismo del Siglo XXI: avances en Europa y Asia.*

La periferialización del resto del planeta convirtió a los no europeos en colonias, en un sentido muy amplio, con énfasis marcado en la dependencia intelectual, parte integrante del sistema de dominación articulado desde los centros de poder. Esta situación hacía a Europa la fuente del pensamiento considerado válido, a pesar de ser resultado de una realidad específica, evolucionada durante milenios, y claramente ajena a los procesos paralelos desarrollados en otras regiones.

Una rápida ojeada a la Historia Universal demuestra claramente esta afirmación. Por solo citar un ejemplo, los modos de producción conformados en Europa en realidad encuentran pocos parangones en el resto del planeta, donde predominaban formas mucho más extendidas, con similitudes más notorias entre sí. Sin embargo, desde la periodización de la Historia hasta los modelos considerados clásicos se toman del viejo continente (incluso esta denominación lo demuestra, a pesar de que las civilizaciones más antiguas se localizaban en lo que es hoy el Medio Oriente), y para ser más precisos, prácticamente exclusivos de su parte occidental. La expansión del capitalismo como sistema de producción hegemónico a escala global fue resultado en lo fundamental de un proceso de imposición a partir del colonialismo, y con ello quedó subsumida la heterogeneidad cultural en un aparente progreso unidireccional.[2] Hoy queda claro que esto no es así.

En tal contexto, no es extraño que las propuestas para lo que sería llamado en la postguerra el Tercer Mundo hayan resultado relativamente escasas, y pasa en en lo fundamental por intentos de adecuación de los modelos europeos, con algunas brillantes excepciones. Una de las principales cuestiones a tener en cuenta actualmente es, por tanto, esa heterogeneidad intrínseca del mundo, donde las condiciones específicas de cada país y región condicionan su desarrollo, y por tanto crean marcos concretos de posibilidad para la viabilidad de los proyectos de cambio. Luego, el pensamiento transformador debe adecuarse a esas realidades, y no puede tratarse únicamente de un intento de adaptación de ideas generadas por un centro hegemónico, sino que esas periferias tradicionales tienen que participar en su formulación. Irónicamente, algo de esto se adelantaba ya dentro del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, cuando MONTESQUIEU recomendaba explícitamente que las leyes debieran adecuarse a la realidad del país para el cual se formulen.[3]

[2] Esta clase de perspectivas se encuentra ampliamente difundida en la historiografía tradicional. Era muy frecuente entre los autores clásicos del siglo XIX (cuando en realidad se conocía muy poco del mundo extraeuropeo), y también en el siglo XX. Grandes obras, como la Historia General de las Civilizaciones, dirigida por MAURICE CROUZET, lo demuestran. Quizás lo más significativo sea la reproducción de un patrón similar por la historiografía soviética, particularmente a partir de los años treintas, a raíz de la determinación, casi imposición, de la secuencia de los modos de producción por la cual tenían que pasar todas las civilizaciones. Las polémicas desarrolladas en torno al modo de producción asiático y su identificación con modo esclavista a partir de la expresión *esclavitud generalizada,* utilizada por Marx, fueron manifestaciones de este extremo.

[3] CARLOS DE SECONDAT O BARÓN DE MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*.

Importante vs urgente. La semiótica del proyecto

Un punto importante en esta reflexión tiene que ver con el tiempo, o para decirlo mejor, con el ritmo que deben asumir los cambios en función del objetivo general planteado para un proyecto transformador de izquierda: lograr un modelo de desarrollo justo, flexible y sustentable a largo plazo. Para alcanzarlo, es imprescindible superar un obstáculo típicamente humano, el deseo de obtener resultados inmediatos, aunque ello vaya en detrimento de la estabilidad del proceso.

Cuando observamos la historia, sobre todo la de la última centuria, podemos percatarnos fácilmente de cuánto y cuán profundo ha incidido la premura en la toma de decisiones, particularmente en las de claras implicaciones estructurales. Por ejemplo, en los sistemas políticos que se organizan en torno a la competencia, al marketing político, donde gobernantes y candidatos se ven obligados a tratar de ganar una y otra vez el voto de los electores, tiene mucha mayor importancia la rapidez con que se generen los resultados que el verdadero alcance de estos, pues la imagen de logros y avances es fundamental. En otros contextos, el anhelo de resolver de golpe los problemas fundamentales lleva a adoptar medidas que atacan muchas veces los síntomas más que la enfermedad, aun cuando el discurso y los propósitos indiquen otra cosa. En ambos casos, suele centrarse la atención en la coyuntura concreta, y dejarse de lado los fenómenos más profundos, sobre los cuales se producen aquellas. Sobre este tema, viene a la mente un parlamento de uno de los personajes más interesantes nacidos dentro de la cultura latinoamericana, la simpática y lapidaria Mafalda, cuando dice *lo urgente no deja tiempo para lo importante.*[4]

En este sentido nos encontramos ante un dilema, posiblemente insoluble si se le aborda, como es común en la práctica, desde un enfoque disyuntivo. Sin embargo, si vamos más allá de las miradas tradicionales, y se tienen en cuenta los fines declarados, sería viable diseñar un programa que pueda responder a ambas cuestiones. El núcleo de la cuestión radica en comprender que lo estructural y lo coyuntural son dos manifestaciones en diferentes niveles del mismo proceso de desarrollo, que, aunque tienen niveles de autonomía, están estrechamente relacionados, y no es posible incidir sobre uno sin afectar al otro, y viceversa.

Cuando FERNAND BRAUDEL escribió su ensayo sobre *La larga duración*,[5] propuso considerar la existencia de tres tiempos históricos diferenciables: el tiempo corto, el tiempo medio y la larga duración (*la longue durée*); Planteaba de hecho, una visión de amplias implicaciones epistemológicas. La consideración básica es la multitemporalidad inherente a los procesos

[4] QUINO: *Todo Mafalda*, p. 456. Puede resultar extraño citar a un humorista en un texto de estas características, pero no son pocas las veces en que las ideas más agudas las encontramos donde no lo esperamos.

[5] FERNAND BRAUDEL: *La Historia y las Ciencias Sociales*.

históricos, claramente observable cuando se va más allá de la simple concatenación lógica de hechos.

Dicha multitemporalidad tiene diferentes lecturas. Una de ellas, manejada comúnmente por autores entre los que destaca WALLERSTEIN, por ejemplo, se refiere a la coexistencia de diversos subprocesos con diferentes momentos de inicio y con ritmos de desarrollo diferentes, que interactúan de manera permanente. Si se hiciese un imaginario corte transversal en un punto cualquiera del proceso que se estudie, se podrían ver diversos flujos que discurren en su interior, con fronteras difusas, pero diferenciables entre sí. Aquí habría que añadir un factor adicional, y es el estudio de los sistemas no como resultado de la interacción entre elementos, sino entre procesos (los subprocesos que mencionaba) tal como se propone, por ejemplo, en los estudios ecológicos más recientes.[6]

Una segunda lectura, sin embargo, nos lleva a una perspectiva más cercana a la propuesta de BRAUDEL: la existencia de distintos niveles implicados en un mismo proceso de desarrollo. Se trata no de líneas paralelas que interactúan, sino de cambios de distinta magnitud que conforman de hecho el proceso. Más llanamente, lo puntual, lo coyuntural y lo estructural no están separados, sino que, como adelantábamos, son partes integrantes de aquel, y como tales están interconectados de manera genética. Por tanto, no existe disyunción entre ellos, luego el abordaje de los problemas relacionados con las transformaciones debe partir de esa unidad en la diversidad. El texto braudeliano se refiere a tres niveles, con uno de base de ritmo lento y por tanto mayor estabilidad (*longue durée*), sobre el cual se producen los estados metaestables intermedios, que constituyen manifestaciones concretas de la dinámica de las estructuras básicas (tiempo medio), y uno superior, o más exactamente superficial, de ritmo rápido y por tanto aparentemente más urgente y distinto de los anteriores, que en realidad manifiesta con autonomía relativa las interacciones de los otros niveles (tiempo corto). Los tres constituyen el desarrollo en sí, y los cambios que se producen en cada uno de ellos interactúan para generar el todo.

Por supuesto, este planteamiento resulta una abstracción de implicaciones metodológicas, en la búsqueda de una mejor comprensión del desarrollo, pero es una buena aproximación a los procesos reales, y como tal, una buena base para la formulación de los programas de cambio. Si traemos esto al tema que nos ocupa, la conclusión que se puede extraer del análisis es que un programa de cambio debe partir de la identificación de los niveles en los cuales se sitúan los problemas planteados, y proponer soluciones acordes con ello, sin pretender automatismos en la transformación, pero sin olvidar

[6] ROBERT E ULANOWICZ: *A Third Window. Natural Life beyond Newton and Darwin*. 2009. Las llamadas ciencias de la tierra se han situado en posiciones de avanzada en lo que respecta a la superación de los límites epistemológicos de la ciencia moderna, por lo cual resultan de gran valor sus aportes metodológicos.

el carácter recursivo del desarrollo: ninguna acción realizada sobre una parte del sistema (en este caso la sociedad) permanecerá aislada, y cambiará además las condiciones desde las cuales se proyectó, lo cual significa una actualización permanente de las consideraciones de partida, que deben orientarse según el carácter multinivel que discutíamos. Ello se traduce en la búsqueda de los mecanismos concretos para mantener la coherencia en el desarrollo de los proyectos, que permita la articulación adecuada de sus partes, de manera que lo urgente y lo importante vayan de la mano.

Un proyecto que se denomine socialista tiene el gran reto de triunfar como alternativa hegemónica antes de desarrollarse en toda su amplitud. Ello quiere decir, ni más ni menos, lograr el desplazar a las elites dominantes a escala global y nacional. En la mayoría de los espacios nacionales la tarea primera es lograr controlar los mecanismos de ejercicio del poder para a través de ellos implementar los programas de cambios, en algunos, tiene el reto de interactuar con ideas anteriores y reorientar el sentido específico del desarrollo en función de las nuevas condiciones.

No se trata de una cuestión solamente política, solamente económica o solamente social, de lo que hablamos es de una propuesta cultural. Por supuesto, aquí no asumimos una visión estrecha de cultura como fenómeno estético, ni tampoco, en una visión más amplia pero aún limitada, la producción, desarrollo, articulación y uso del llamado patrimonio inmaterial del hombre. Aquí entran las artes (la obra de arte no es sólo su soporte material, sino también la percepción del hecho artístico por el autor y el consumidor), la ideología, la ciencia, la religión y las tradiciones. De la cultura, en esta acepción, forman parte los códigos con los cuales los seres humanos, individual y/o colectivamente, interpretan su entorno y a sí mismos, y aquellos a través de los que se comunican entre sí.

Lo cierto es que la producción académica en torno a esta cuestión es muy abundante, pues ha resultado de especial interés para numerosos pensadores, pero también para líderes y actores políticos de diversos orígenes a lo largo de la modernidad. De hecho, el debate alrededor de qué es cultura es uno de los medulares en la constitución de muchos Estados modernos, y con ellos de las formas más contemporáneas del sistema mundo dominante de los últimos siglos. Quizás el mejor ejemplo lo encontremos en Alemania, donde la defensa y promoción de la *Kultur* estuvo presente en todo el proceso de unificación nacional del siglo XIX, como vehículo de construcción de su identidad, por lo que varias de las más grandes figuras de ese período, comenzando por Hegel, por ejemplo, le dedicaron grandes esfuerzos. Como mucho de lo humano, la tendencia a acercarse a los extremos llevó al tratamiento de aquella a convertirse en uno de los núcleos del pensamiento nazi entre las décadas de los veintes y de los cuarentas del siglo XX.

A partir del siglo XIX aparecieron los primeros vínculos entre cultura y evolución en las definiciones de los intelectuales de la época. Bajo el influjo

de la Antropología, en primer lugar, se comenzó a romper con la identificación de la cultura con las bellas artes (según la estética europea) patrimonio de elites reducidas, para acercarse a la vida del hombre común. El desarrollo de las ciencias sociales, con su continua creación de nuevas disciplinas, y por tanto con la delimitación de campos de trabajo supuestos como separados, constituye uno de los procesos clave en la generación de definiciones de cultura. Estas han partido de disciplinas como la misma Antropología, la Lingüística, la Comunicación, la Semiótica o la Sociología, con importantes contribuciones de autores como PIERRE BOURDIEU, HUMBERTO ECO, CLIFFORD GEERTZ, STUART HALL, EDMUND LEACH, RENATO ROSALDO, RAYMOND WILLIAMS y YURI LOTMAN, entre otros. Las definiciones se han formulado teniendo en cuenta distintas dimensiones, como los comportamientos cotidianos típicos de los grupos humanos y las instituciones de las que se dotan las diversas comunidades, los fundamentos éticos que rigen (o se suponen que rigen) las relaciones sociales o los sistemas de significación a través de los cuales se codifica (y decodifica) la realidad.[7]

De una forma u otra, la gran mayoría de las definiciones formuladas desde los más diversos enfoques convergen en la interpretación de la cultura como conocimiento e interpretación, como la vía de acceder a la realidad e interactuar con ella que tienen los hombres. Se le asume como algo concreto y autónomo, que interactúa con otras zonas de la actividad humana, con las cuales encuentra intersticios de solapamiento.

Para nuestro análisis, hemos llevado el concepto de cultura algo más lejos, al entenderla como el proceso permanente de producción de lo humano, lo cual incluye los bienes de consumo y de capital, las instituciones de todo tipo, las relaciones tradicionalmente identificadas como sociales, políticas y económicas; las ideologías, las religiones, los imaginarios colectivos e individuales, los ordenamientos básicos alrededor de los cuales se articulan esas relaciones, los códigos a través de los cuales se produce la comunicación, las normas legales, éticas y estéticas, los sistemas de significación construidos para la interpretación de la realidad, las identidades. Dicha producción se realiza de acuerdo con patrones que son a su vez producidos, en un proceso continuo y recursivo.

El valor de una propuesta así está dado porque nos permite comprender que la construcción de una nueva sociedad no puede partir de una de sus partes para después transformar al resto en una cadena lógica, como resultaría de una visión más tradicional. Además, resulta muy importante recordar que los sistemas a los cuales se aplica esta reflexión, es decir, las sociedades actuales, son complejos por definición. Todo sistema es complejo en tanto que sistema, pues sus partes están interconectadas en un tejido

[7] Algunas definiciones sobre el tema se pueden encontrar en YURI LOTMAN: *Cultura y explosión. Lo previsible y lo imprevisible en los procesos de cambio social*, MICHAEL PARENTI: *La batalla de la cultura*, GEORGE YÚDICE: *El recurso de la cultura: usos de la cultura en la era global*.

común,[8] pero la sociedad incluye una diversidad tal de relaciones y órdenes de implicación que incluyen todos los aspectos de la vida humana y los medios naturales,[9] que la separación real de esos componentes, más allá de sus especificidades, es imposible, pues se presuponen, y en su propia formación reflejan la gramática del sistema.[10] Dicho en otras palabras, no es posible presuponer que una simple decisión de transformar en poco tiempo uno de los tipos específicos de relaciones que constituyen la sociedad generará el resto de los cambios deseados de manera automática.

La clase de transformaciones que se presuponen necesarias para introducir un nuevo sentido en el desarrollo de la sociedad, cualquier sociedad, deben incluir un importante componente educativo que induzca una reorientación de los procesos de semiosis en los que intervienen los distintos sujetos. Es decir, la demostrada importancia de la educación,[11] articulada mediante impulsos diversos intencionalmente introducidos en los patrones de la producción cultural estaría destinada a cambiar la manera en que los sujetos perciben su realidad y actúan en ella, lo cual sería un complemento imprescindible para la rearticulación de las relaciones económicas, sociales y políticas. Tiene que partir de la comprensión en primer lugar de la manera en que se producen los códigos a través de los cuales se comunican las diversas semiosferas[12] que interactúan dentro de una sociedad, y por tanto del conocimiento de los mecanismos que pueden ser utilizados para su modificación.

[8] Del latín *complexus*, tejido junto.

[9] No sólo en el sentido de la noosfera de V. I. Vernadski, entendida como fase del desarrollo de la biosfera en que la razón humana se hace dominante (V.I. Vernadski. Razmyshleniia naturalista. Nauchnaia mysl´kak planetarnoe iavlenie. T. 2, p. 22), sino en una relación recursiva de influencia mutua hombre-medio natural de tipo ecológico.

[10] Este es el principio hologramático (también se le conoce como holográfico, aunque parece más exacto el término que utilizamos aquí), propuesto por autores como Edgar Morin y Karl Pribram, David Bohm, Ken Wilber, Fritjof Capra y otros incluidos en el libro *El paradigma holográfico. Una exploración en las fronteras de la ciencia.*

[11] La importancia de la educación como un factor decisivo en la producción de sentido en desarrollo social es algo conocido desde épocas tempranas. Por ejemplo, ya dentro de la Ilustración se le dio importancia a esta cuestión, como lo demuestran los trabajos de Voltaire y Rousseau. O la respuesta de von Bismarck a la pregunta de quiénes habían sido los principales gestores de la victoria prusiana en su guerra con el Imperio Austro-Húngaro por la hegemonía del proceso de unificación alemana: el maestro de escuela prusiano. Más adelante, la obra de José Martí toca una y otra vez la educación, como por supuesto es también el caso de Anatoli Lunacharski.

[12] Sobre el concepto de semiosfera y su funcionamiento, es decisiva la obra de la Escuela de Tartu, en especial los trabajos de Yuri Lotman. Varios trabajos de estos autores han sido publicados en español por iniciativa del Centro Teórico-Cultural Criterios, encabezado por Desiderio Navarro. Por ejemplo, un artículo muy útil es Yuri Lotman: *Acerca de la semiosfera, e*n *El pensamiento cultural ruso en criterios*, pp.306-328.

Esos códigos se forman como parte de la producción de lo humano, es decir, de la cultura, que nace del diálogo entre sujetos de distintas dimensiones (desde individuales hasta macrosujetos colectivos, tipo clase social) en una interacción permanente entre lo local y lo global. Por ello, en esta cuestión es imprescindible conocer cuáles son las características concretas del contexto que condiciona la producción de las identidades de esos sujetos, o sea, su zona de desarrollo próxima. Aquí es donde vuelve a introducirse la diversidad que integra la unidad.

Por ejemplo, en el ámbito latinoamericano es imprescindible conocer factores tales como la posición que ocupa la región en el sistema de relaciones internacionales, sus vínculos con las principales potencias, en particular con Estados Unidos, los niveles de desarrollo (desiguales) de países y territorios particulares. Ello debe añadirse a la comprensión de las peculiaridades de su historia que generan condiciones distintas a las de Europa Occidental (el paradigma tradicional por excelencia): lo tardío y relativamente difuso del proceso de formación de las identidades nacionales, los tránsitos de las sociedades criollas a las modernas, con ritmos diferentes incluso dentro de las fronteras de un Estado, los cambios en modelos económicos. También, debe observarse la diversidad etno-cultural reemergente en la región, que siempre ha existido, pero que en tiempos más recientes es que se le ha prestado atención, reconocer que los latinoamericanos no somos sólo descendientes de españoles. Todo ello sin obviar los microespacios, como las psicologías individuales.

Un factor adicional a tener en cuenta en esta clase de propuestas es que esas condiciones no son estáticas, sino que existen en el cambio, partiendo del enfoque del desarrollo que planteábamos anteriormente, por lo que los diseños deben ser permanentemente actualizados, en tanto que las acciones emprendidas a partir del conocimiento inicial las transforman y a su vez deben modificarse los enfoques, en una dinámica recursiva. Esto último pone sobre el tapete de manera continua el punto desde el cual iniciábamos esta parte de la reflexión: la urgencia de los problemas coyunturales (por importante que sean temas como las repercusiones concretas de la crisis global actual) no pueden ocultar la importancia de los problemas estructurales, ni tampoco la manera en que una decisión puntual para dar una solución inmediata puede introducir un obstáculo para el desarrollo de larga duración.

Esta realidad demuestra que el contenido científico de un proyecto no puede limitarse a la formulación inicial de una teoría única, y a partir de ella implementar políticas desde el poder o en el camino hacia este, sino que debe incluir una participación activa permanente de la ciencia y los científicos en la evaluación y adecuación del proceso. Volviendo a América Latina, y por citar un ejemplo concreto de este aspecto, al estudiar la formulación de las normas legales, que significan marcos de constricción de los procesos sociales, encontraremos que muy pocas incluyen entre sus preceptos compromisos de revisión.[13] En este caso, para un proyecto sustentable a largo plazo, los científicos sociales deben desempeñar un importante papel: lo primero

[13]Obviamente en este aspecto, como en el resto, son decisivos los intereses de los sectores sociales dominantes.

sería crear un plazo para retomar la modificación de las normas y mecanismos de funcionamiento establecidos (no sólo legales), cuya importancia por supuesto debe resultar medular; lo segundo en este caso es colocar a ese investigador a observar y analizar la aplicación de las medidas tomadas, para buscar los fallos de funcionamiento y los cambios en el contexto, y dotar de fundamento científico la próxima propuesta de modificación, sobre la base de los resultados obtenidos en el tiempo determinado en el proyecto. En este sentido, la propuesta antes mencionada lograría no solo legitimar más aún la necesidad del cambio, sino la identificación y solución de los problemas urgentes e importantes a corto, medio y lejano plazo.

Participación, desenajenación y propiedad

Uno de los rasgos fundamentales del capitalismo es la existencia de la enajenación. Se puede apreciar el problema un poco más ampliamente si observamos el distanciamiento de las personas del disfrute y ejercicio del poder. El objetivo de un proyecto socialista es el beneficio de las mayorías, por tanto, una tarea central dentro de la transformación social es la desenajenación de los trabajadores. Es por ese motivo que creemos necesario dedicar algunas líneas a pensar sobre el tema, en un sentido propositivo.

Uno de los aspectos fundamentales a considerar cuando estamos hablando de un sistema de producción, cualquiera sea este, en cualquiera de sus variantes, es la propiedad. Uno de los rasgos definitorios del carácter socialista de cualquier proceso o proyecto es el predominio de la propiedad social sobre los medios de producción. Luego, la interpretación y utilización de la propiedad como fenómeno social es una parte clave de los códigos para la semiosis, y por tanto fundamental para la legitimación de una propuesta.

El primer problema lo encontramos en la definición de propiedad social. Desde una perspectiva muy amplia, se puede considerar que la propiedad social abarca al resto de las formas de propiedad conocidas, ya que el acto de apropiación se produce lo mismo por colectivos que por particulares, y todos lo hacen como parte de una sociedad, expresando el sistema de relaciones que la constituye. Es importante señalar que la propiedad social existe tanto en las experiencias socialistas como en el capitalismo, aunque en este último se denomina habitualmente propiedad pública, al referirse a los bienes que posee el Estado, si bien existen formas cooperativas.

Las relaciones derivadas de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción en las experiencias socialistas signadas por el modelo soviético, han traído como una de sus consecuencias en el orden práctico, la reproducción de ciertos elementos de enajenación del trabajador respecto a los medios y a los resultados de la producción, lo cual se expresa en indiferencia, maltrato e improductividad. Y este ha sido precisamente uno de los puntos débiles de las experiencias socialistas anteriores, pues los hechos han demostrado que en realidad la enajenación se ha reproducido

a pesar de los cambios introducidos por los procesos revolucionarios y la reorganización de la sociedad. Edel Tusell, Danny Morell, Marlenes Vilar y otros autores cubanos, afirman que existe enajenación en el socialismo porque aún no se han eliminado las condiciones económicas que la generan.[14] Aquí se reconoce una realidad, pero se sostiene una visión limitada del las condicionantes del fenómeno, que a su vez reproduce las visiones limitadas que dificultan la solución del problema: la causalidad unidimensional de raíz económica y determinista. La simple transformación de las relaciones económicas *formales* consagradas por la ley fue vista como el origen de un cambio prácticamente automático del resto de las relaciones sociales, por lo que muchas aristas quedan descuidadas en la implementación de las transformaciones diseñadas.

En el capitalismo la enajenación es producto de la concentración de la propiedad y de los beneficios derivados del uso de esta en un número relativamente reducido de personas, en tanto que el funcionamiento de las estructuras productivas destinadas a la satisfacción de las necesidades sociales y la reproducción ampliada del capital se garantiza mediante formas coactivas de tipo económico, integradas con la producción de hegemonía a través de los mecanismos específicos de los diversos ámbitos en los que se manifiesta la organización de la sociedad. La persona media carece de control sobre el funcionamiento de las estructuras de la sociedad, lo cual es parte de la concentración del poder en grupos que devienen elites, capaces además de crear mecanismos de legitimación mediante la construcción de una imagen de participación democrática. Por supuesto, esto enmascara la exclusión de la inmensa mayoría de los ciudadanos de los procesos reales de toma de decisiones.

En las experiencias socialistas el problema ha sido de otra índole. Si bien en las constituciones como la soviética[15] se reconocen tanto la propiedad estatal como la cooperativa como formas de propiedad social (socialista en los textos), en realidad la primera es ampliamente dominante, especialmente en la gran empresa y en determinados momentos fue prácticamente única, con excepciones en el sector agropecuario. Esto se justificaba por la consideración según la cual el Estado era de todo el pueblo, y por tanto esa situación implicaba que todos los ciudadanos eran propietarios de todo. Sin embargo, la percepción común sitúa al Estado como un ente extraño, que media entre el trabajador y los medios de producción, o incluso se le considera como el propietario real, el gestor de los recursos y el encargado de la distribución. La existencia de una nomenclatura profesional que realiza las funciones administrativas y concentra el grueso de la capacidad de decisión es un factor clave. Los resultados a largo plazo de la unión de esta situación con la eliminación de una parte considerable de los mecanismos de coacción (muy justamente), han sido pérdida de productividad, ineficiencia en el uso de los recursos y pérdida de interés de los trabajadores.

[14] Danny Morell et al.: *La concepción filosófica de la enajenación. El socialismo y la enajenación*.

[15] Boris Topornin: *Nueva Constitución de la URSS*. Moscú: Progreso, 1980.

Esta dificultad obliga a formular una propuesta alternativa que permita la reorganización de las relaciones sociales en todos los ámbitos que permita realizar la desenajenación. Ciertamente, como adelantábamos en el acápite anterior, resulta fundamental desplegar una labor educativa que se oriente a un aspecto fundamental: la identificación del beneficio personal con el beneficio colectivo,[16] pero esto debe complementarse con formas de participación ciudadana real en los procesos de toma de decisiones a todos los niveles. En términos de propiedad, esto podría expresarse en la potenciación de la cooperativa como forma clave con respecto a los medios fundamentales de producción, con participación del Estado en los renglones esenciales de la economía.

Comencemos con el análisis del Estado como elemento clave en la propuesta. Las formas de propiedad comprendidas como sistema, y que comenzaron a desarrollar cierto nivel de coexistencia armónica, surgieron en el siglo XX, y contaron con dos grandes referentes. Por un lado en los inicios del socialismo nos encontramos con el pensamiento de Lenin, en la gran Revolución de Octubre, proceso que comenzó en 1921 y continuó hasta 1929, donde coexistieron distintas formas de propiedad como la estatal y la privada, como parte de la Nueva Política Económica o NEP (por sus siglas en ruso), y por el otro en el capitalismo es de gran importancia la obra de JOHN MAYNARD KEYNES.[17]

Autores como JOSEPH SCHUMPETER o JUAN SIMONS [18] critican el keynesianismo asociándolo con el socialismo, planteamiento con el que discrepamos, pues la aplicación de este no implicó que el Estado o cualquier otro colectivo tuviese la propiedad sobre los medios fundamentales de producción. El comienzo de su implementación se realizó en una de las naciones insignes del capitalismo: Estados Unidos, desde 1933, durante el gobierno de Franklin Delano Roosevelt. Sin embargo, los modelos más acabados de los denominados Estados de Bienestar apoyados en gran medida en la teoría de KEYNES, se desarrollaron en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial, hasta el comienzo de su desmontaje a finales de la década de 1970. En todos estos casos se trató de coexistencia de diversas formas de propiedad dentro de una misma sociedad, pero no la interpenetración de estas en los espacios concretos de producción material. Aquí proponemos justamente este último enfoque.

[16]En este punto hay una cuestión muy delicada: la potenciación de lo colectivo no puede pasar por la supresión de lo individual. El individuo como sujeto social debe conservar la libertad de participar y expresar su criterio y su voluntad en paridad con el resto de sus iguales, por lo que este es uno de los sentidos de nuestra propuesta.

[17]VLADIMIR ILICH LENIN: *Obras Escogidas,* 3 t., t. 3, y JOHN MAYNARD KEYNES: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*.

[18]JUAN C. SIMONS: *Keynes el caballo de Troya de Occidente*.

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. En una sociedad socialista 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. Sería además, una vía para garantizar la coordinación del trabajo de todos los actores sociales en función del beneficio común. Sin embargo, este control no sería absoluto, pues tendría su contraparte en los trabajadores agrupados en forma de cooperativas.

Como concepto, esta figura 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 beneficios 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 con la libertad de disposición que podría apreciarse por ejemplo con la propiedad personal.

Desde 1995 un grupo de profesores de la Facultad de Economía de la Universidad de La Habana, que fue enviado expresamente por el Gobierno a la provincia de Guantánamo, con el objetivo de diagnosticar y buscar opciones de financiamiento para propiciar el despegue económico de la misma, propuso la cooperativización en ramas distintas de la agrícola.[19] Lamentablemente, a pesar de lo que observamos en la actualidad con las propuestas de los *Lineamientos*, aquellos profesores fueron tildados de herejes, ellos fueron precursores (no conozco nada anterior en la historia cubana, como no sean los proyectos y debates anteriores a la Constitución de 1976, cuando comenzaron a perfilarse las formas de propiedad que luego serían reconocidas) en la propuesta de medidas que hoy constituyen una base sumamente importante para este proyecto de doctorado.

La hibridación de las formas de propiedad estatal y cooperativa debe incluir de manera natural la cogestión de todas las entidades en las que se implemente. Respecto a esta, las consultas a los trabajadores implican un nivel de preparación básico continuo que permita que las decisiones aprobadas o desechadas por aquellos carezcan de formalismo, error criticado en el sistema mixto yugoslavo. De esta manera, habría mayor flexibilidad del sistema respecto a los intereses de las mayorías, dados los incuestionables niveles de participación de los trabajadores y la población en general.

Aún contando con fundamentos científicos, una conciencia social consolidada y muy importante, condiciones materiales para concretar una

[19] Universidad de La Habana: *Acerca de las medidas a aplicar para la recuperación económica de la provincia Guantánamo*, Segunda Versión, Facultad de Economía, La Habana, 1995, p. 9.

alternativa como la antes mencionada, esta amerita además de un marco jurídico para su existencia, por lo que modificaciones legislativas serán necesarias. No obstante, es necesario no apresurarse teniendo en cuenta el momento histórico actual. Los cambios que sobrevienen a raíz de la próxima aprobación de los *Lineamientos* pueden implicar giros radicales en lo que hasta ahora se ha legislado. Por ejemplo, la apertura de la creación de cooperativas no agropecuarias era una de las primeras cuestiones a abordar en esta propuesta, lo cual ya no será necesario, pero implicará el cambio del objeto de estudio, pues estas nuevas formas de gestión económica deberán seguirse de cerca. Sin embargo, serán necesarias modificaciones indispensables a la Constitución, el Código Civil y la ley de cooperativas, con el objetivo de ampliarla.

Nuestro Ministro de Economía anuncia por ejemplo, que se favorecerá a las cooperativas desde el punto de vista tributario, a partir de su salto fuera del sector agropecuario, y sus impuestos se diseñarán para ser menores que los de los cuentapropistas y mayores que los de las cooperativas agropecuarias.[20] Esta positiva situación promoverá la cooperativización, pero reforzará igualmente el criterio sobre la fortaleza de la opción cooperativa en la integración de los sistemas de copropiedad que aquí proponemos.

En una mirada más amplia, de lo que hablamos es de democracia. Sin dudas, se trata de un tema sumamente polémico, y sobre el cual se han invertido océanos de tinta y montañas de papel.[21] Ciertamente uno de los mayores problemas en este tema es la manipulación por parte de las elites como parte de la producción de hegemonía, lo cual, sumado a la asunción de criterios absolutos descontextualizados genera altos índices de incomprensión de la esencia del fenómeno.

En sentido político, la democracia es un régimen basado en la proclamación de los principios del poder del pueblo, la libertad y la igualdad legal de los ciudadanos. Supone el reconocimiento del principio de la subordinación de la minoría a la mayoría, la elegibilidad de los principales organismos de poder y la existencia de los derechos y libertades políticos. Es un concepto esencialmente de clase, no absoluto; en la sociedad jerarquizada, la democracia es expropiación del poder por la clase dominante. Para determinar su existencia, el análisis debe basarse en el nivel de participación real e inclusiva de los componentes de la clase en el poder en los procesos de discusión, decisión y control, no sólo en los ámbitos políticos, sino en todos los espacios de acción humana.

Por tanto, un proyecto socialista presupone la apropiación del poder por la mayoría de los sujetos que integran la sociedad, y tiene que implicar la participación de la mayoría en las distintas fases de los procesos de toma de decisiones. Esto significa la creación de mecanismos de rotación en los puestos administrativos y sistemas de comunicación pública interactiva que permitan el debate entre todos

[20] Comité Central PCC*: Proyecto de Lineamientos de la Política Económica y Social*. VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 2010.

[21] Joseph Schumpeter: *Capitalism, Socialism and Democracy*, Sheldon Wolin: *Politics and Vision,* Hannah Arendt: *On Revolution*, Benjamin Barber: *Strong Democracy*, y Vladimir Ilich Lenin: *La revolución proletaria y el renegado Kautsky*.

los ciudadanos relacionados directamente con las cuestiones a decidir, la expresión directa de la voluntad de todos, y el control colectivo de la aplicación y resultados de la decisión tomada. Evidentemente las limitaciones para esto en los temas que interesan a grandes masas están dadas por la dificultad de hacer converger a los ciudadanos en un espacio de debate común. Sin embargo, el desarrollo de las TIC abre perspectivas muy interesantes en este sentido. Y recalcamos, al hablar de poder y participación nos referimos a todos los espacios de la actividad social, no sólo a las relaciones políticas.

Evidentemente se trata de una propuesta que debería tributar a la desenajenación en todos los campos, establecer relaciones directas, con bajos niveles de mediación entre los ciudadanos y todo tipo de recursos de que se puede disponer. Significa poner a estos últimos en las manos de los sujetos individuales y colectivos mayoritarios para que puedan disponer coordinadamente de ellos.

A modo de no conclusión

Llegados hasta este punto, queda evidenciado que el Socialismo del siglo XXI en tanto que propuesta de transformación, tiene el gran reto de desenvolverse en un contexto muy diferente del que existía cuando surgió el pensamiento socialista, en la primera mitad del siglo XIX. Las condiciones que ese contexto representa tienen que necesariamente devenir texto del proyecto de transformación que emerja de los múltiples debates que constantemente se dan en muchos lugares del mundo. Hoy tiene además, el problema de enfrentar una crisis global que ya tiene años de desarrollo y cuyo futuro inmediato y mediato es imposible de predecir, y por lo mismo resulta imposible conocer por anticipado cómo se organizará el sistema mundo post crisis.

Sin embargo, aún existen al menos otros dos retos que la humanidad como todo debe enfrentar, que no son para mañana, sino que ya están presentes, el problema es conocerlos y trabajar en la búsqueda veloz de soluciones. Por un lado, el paradigma tecnológico basado en el consumo de portadores energéticos fósiles está amenazado por un colapso definitivo, por el agotamiento de los combustibles de los cuales depende. Si no se produce un salto cualitativo en poco tiempo, la civilización que hoy conocemos está condenada a la desaparición. Por otra parte, el cambio climático, o para ser aún más preciso, el deterioro del medio ambiente amenaza la existencia de la biota actual de la Tierra, de la cual formamos parte, aunque a veces lo olvidemos; el planeta busca el equilibrio, pero no aquel del que dependemos, sino el que pueda lograr, aunque tenga que prescindir de nosotros. El capitalismo ha estado en el centro de la sobrexplotación de los recursos, pero las consecuencias de esa situación son para todos los seres humanos. No es posible obviar más esas realidades.

Nuestro interés ha sido adelantar algunas reflexiones sobre algunos aspectos estructurales claves de un proyecto de tales características, desde los enfoques críticos a los propositivos dentro de nuestro discurso, en espera con ello fomentar nuevos debates que enriquezcan la *praxis*. Sólo con el diálogo fluido y abierto se podrán enfrentar los enormes desafíos que el presente muestra, y los que el futuro prepara. La invitación es para todos.

Bibliografía

ARENDT, HANNAH: *On Revolution*, Ed. Penguin, New York, 1963.

Barber, Benjamin: *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley, 1984.

BRAUDEL, FERNAND: *La Historia y las Ciencias Sociales*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1970.

COMITÉ CENTRAL PCC*: Proyecto de Lineamientos de la Política Económica y Social*. VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 2010.

CROUZET, MAURICE: *Historia General de las Civilizaciones,* Ediciones Revolucionarias, La Habana, [s. a].

DE SECONDAT, CARLOS O BARÓN DE MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1976.

DIETERICH, HEINZ: *Transición al Socialismo del Siglo XXI*: *avances en Europa y Asia*. Tomado de: http://www.puk.de/de/nhp/1031-transicion-al-socialismo-del-siglo-xxi-avances-en-europa-y-asia.html, 28 de diciembre 2010.

GEORGE, YÚDICE: *El recurso de la cultura: usos de la cultura en la era global*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

KARL PRIBRAM, DAVID BOHM, KEN WILBER, FRITJOF CAPRA ET AL.: *El paradigma holográfico. Una exploración en las fronteras de la ciencia*., Ed. Kairós, Barcelona, [s. a].

KEYNES, JOHN MAYNARD: *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

LENIN, VLADIMIR ILICH: *La revolución proletaria y el renegado Kautsky*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1973.

…..: *Obras Escogidas,* 3 t, t. 3, Ed. Progreso, Moscú, 1961.

LOTMAN, YURI: «Acerca de la semiosfera», en DESIDERIO NAVARRO*: El pensamiento cultural ruso en criterios*, Ed. Centro Teórico-Cultural Criterios, La Habana, 2009.

…..: *Cultura y explosión. Lo previsible y lo imprevisible en los procesos de cambio social*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999.

MÉSZÁROS, ISTVÁN: *El desafío y la carga del tiempo histórico: El socialismo del siglo XXI,* Fundación editorial el perro y la rana, Caracas, 2009.

MORELL, DANNY ET AL.: *La concepción filosófica de la enajenación. El socialismo y la enajenación*. Tomado de:http://bvs.sld.cu/revistas/mciego/vol5_supl1_99/articulos/a1_v5_supl199.htm. Consultada el 19 agosto de 2010.

MORIN, EDGAR: *El método. La naturaleza de la naturaleza*, Ed. Cátedra, Madrid, 2001.

…..: *Mi camino*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2010.

PARENTI, MICHAEL: *La batalla de la cultura*, Declaración de México, UNESCO, 1982, La Habana, 2009.

QUINO: Todo Mafalda, Ed. Ediciones de la Flor s. a., Buenos Aires, [s. a.].

SCHUMPETER, JOSEPH: *Capitalism, Socialism and Democracy,* Ed. Harper & Row, New York, 1942.

SIMONS, JUAN C.: Keynes *el caballo de Troya de Occidente*, Tomado de: www.biblioteca.cees.org.gt/topicos/print/topic-519.doc. 15 de diciembre de 2009)

TOPORNIN, BORIS: *Nueva Constitución de la URSS*, Ed. Progreso, Moscú, 1980.

ULANOWICZ, ROBERT E: *A Third Window*. Ed. Templeton Foundation Press, *Natural Life beyond Newton and Darwin*, s. c., 2009.

UNIVERSIDAD DE LA HABANA: *Acerca de las medidas a aplicar para la recuperación económica de la provincia Guantánamo*, Segunda Versión, Facultad de Economía, La habana, 1995.

VERNADSKI, V. I.: "Entendida como fase del desarrollo de la biosfera en que la razón humana se hace dominante" *Razmyshleniia naturalista. Nauchnaia mysl´kak planetarnoe iavlenie*, t. 2, Ed. Progreso, Moscú, 1977.

WOLIN, SHELDON: *Politics and Vision*, Ed. Little Brown, Boston, 1960.

Metodología de la Investigación

ACIJ
2009-2010
No. 14

La Metodología de la Investigación Social: una necesidad de las ciencias jurídicas

Introduction to Social Research Methodology: Its Application to Legal Science

Mercedes de Armas Alonso
Silvia Esther García Méndez
Diana Hernández de la Guardia

Resumen

Se exponen los principales resultados obtenidos producto de la investigación destinada a la formación de recursos humanos titulada «Introducción a la Metodología de la Investigación Social: su aplicación en las Ciencias Jurídicas», implementada por el Centro de Investigaciones Jurídicas desde el año 2009 y multiplicada en su ejecución en el 2010. A través de este trabajo se evidencian las carencias, por parte de los graduados de Licenciatura en Derecho, en el dominio de los procedimientos, métodos y técnicas investigativas, y la necesidad e importancia de preparar a estos profesionales en esta disciplina con vistas a promover las investigaciones científicas dentro del sector.

Palabras claves

Ciencias jurídicas, Metodología de la Investigación Social, investigaciones científicas, proyecto de investigación, carencias y práctica jurídica.

Abstract

The present article presents the main results of research outputs in the training of human resources called «Introduction to Social Research Methodology: Its Application to Legal Science», implemented by the Center for Legal Studies since 2009, and multiplied in their execution in 2010. Through this work you can find evident lacks on the part of the Law graduates in the domain of procedures, methods and investigative techniques, and the need and importance of preparing these professionals in this discipline in order to promote scientific research within the sector.

Keywords

Legal Sciences, Methodology of social research, scientific research, research project, lacks and legal practice.

El Derecho es una categoría histórica, con carácter clasista y coactivo pues según la definición marxista es la voluntad de la clase dominante erigida en ley. Como Ciencia Social tiene su base material en la realidad social existente, siendo el instrumento de regulación de las relaciones sociales, de fijación y desarrollo de las diversas formas de la vida social. Es el encargado de adecuar las instituciones a los procesos de cambios objetivos operados en el entorno social y garantizar, por medios jurídicos, su perfeccionamiento de acuerdo a las transformaciones del desarrollo social.

A su vez, como parte de su acción social, debe afianzar la integración de los individuos, grupos e instituciones sociales en la estructura clasista y, con ello, asegurar su conservación, reproducción y desarrollo.[1]

De todo lo anterior se desprende que la ciencia jurídica tiene un amplio objeto de estudio que no puede reducirse al sistema legislativo, pues son precisamente las personas en su individualidad y la sociedad en su conjunto quienes con su actuar contribuyen a la permanencia, transformación o cambio del contenido normativo existente, en función del momento histórico.

A partir de lo expresado, es evidente la amplia y diversa gama de temáticas vinculadas a la disciplina del Derecho que requieren de estudios científicos y del conocimiento de técnicas, métodos y procedimientos que posibiliten alcanzar estos resultados.

La promoción de las investigaciones científicas en el sector jurídico constituye una necesidad de primer orden, entre otras razones, por su «importancia en la formación de la conciencia jurídica de nuestro pueblo y el fortalecimiento de la legalidad en el marco de nuestra Revolución Socialista».[2]

Sin embargo, no constituye un secreto que la mayor parte de la comunidad de licenciados en Derecho del país, carece de conocimientos profundos acerca de Metodología de la Investigación Social, pues la propia actividad que realizan y en ocasiones las incomprensiones administrativas, en tanto tiempo y recursos para el desarrollo de trabajos científicos, limitan el afán investigativo de los profesionales de esta disciplina.

Esta situación, también atenta contra la calidad de la investigación científica, pues aunque pueda estar presente el interés para desarrollarla, las insuficiencias de conocimientos metodológicos dificultan el logro de este objetivo.

La investigación científica tiene que ser organizada, controlada y sistemática. Posee dos propósitos fundamentales: producir conocimientos y teorías (investigación básica) y resolver problemas prácticos (investigación aplicada).[3]

[1] Colectivo de Autores: *Libro de trabajo del sociólogo*, p. 88.

[2] Colectivo de autores: *Estrategia para promover el desarrollo de las investigaciones científicas en el sector jurídico*, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2008.

[3] Roberto Hernández Sampier: *Metodología de la Investigación*, pp. 19-20.

Ambos fines son igualmente importantes y aunque constituyen formas distintas de conocimiento, en tanto, medios para su obtención y formas de expresión, son el reflejo de una misma esfera substantivada del mundo social, están incluidos en un proceso cognoscitivo único y en el contexto valorativo-normativo.[4]

Por tal motivo, el conocimiento sobre Metodología de la Investigación es imprescindible para toda persona que pretenda realizar estudios con valor científico. Es una ciencia que aporta métodos, categorías, leyes y procedimientos que garantizan la solución de los problemas científicos con un máximo de eficiencia.

Precisamente, el IV Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en el mes de enero de 1995, donde participaron numerosos especialistas del Derecho, se pronunció a favor de estimular el desarrollo de las investigaciones jurídicas.

Estas ideas abrieron un espacio para llevar adelante el Primer Programa Ramal de Investigaciones Jurídicas del país, el cual comenzó a desarrollarse en el año 1997 por el Ministerio de Justicia. En el mismo se presentaron sesenta proyectos de investigación, de los cuales fueron aprobados treinta y participaron operadores jurídicos de las provincias de Pinar del Río, La Habana, Ciudad de La Habana, Camagüey, Ciego de Ávila, Cienfuegos y Santiago de Cuba.

El resultado del Primer Programa Ramal, concluido en el año 2000, con siete trabajos defendidos y solo dos aprobados por el grupo de expertos, demostró deficiencias metodológicas y de rigor científico, irregularidades en el funcionamiento de la estructura concebida para su seguimiento y control e incomprensiones del sector hacia la actividad científica investigativa.

Si bien con este Programa no se obtuvo el éxito esperado, se demostró la necesidad de continuar el estímulo de la labor científica de los profesionales del Derecho. Esto propició que en el año 2005, se convocara a un nuevo Programa Ramal denominado *Problemas criminológicos en la sociedad cubana*, al cual se presentaron veintiún proyectos y fueron aprobados veinte. De ellos, uno concluyó exitosamente, seis presentaron resultados parciales, dos fueron cancelados y el resto se han detenido por diversas razones.

Con este Segundo Programa Ramal se obtuvieron mejores resultados, pero tampoco se logró dar respuesta a las necesidades de las ciencias jurídicas, pues los aportes científicos producto de investigaciones terminadas no son significativos y la temática central se encuentra limitada a la Criminología.

En el mes de junio del 2010, se lanzó la convocatoria para un Tercer Programa Ramal *El conocimiento científico al servicio del Derecho cubano*, con perfil más amplio, que incluye variadas temáticas de corte socio-jurídico, lo cual multiplica las posibilidades de participación de profesionales, tanto del Derecho como de otras disciplinas.

[4] Colectivo de Autores: *Libro de trabajo del sociólogo*, p. 87.

Consecuentemente, el Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) ha diseñado una estrategia para el desarrollo de investigaciones científicas, que puntualiza su condición de única institución científica reconocida por el CITMA, dedicada al estudio de las ciencias jurídicas en Cuba.

En las facultades de Derecho no se cuenta con direcciones, departamentos ni grupos especializados que aborden las investigaciones jurídicas de manera sistemática y tampoco existe una estrategia nacional ni programas nacionales para el despliegue de estudios de fenómenos jurídicos. Esto propicia que numerosos trabajos de tesis de grado, maestrías, doctorados u otras investigaciones en esta rama no obedezcan a una proyección y planeación estratégicas y que en su mayoría no se encuentren validados científicamente, según las normas del CITMA; aunque en el plano académico, respondan a los requisitos establecidos para cada caso concreto.

El objetivo principal de la estrategia se encamina a incorporar a la actividad investigativa a profesionales del Derecho, con experiencia, que laboran en diversos sectores y a la mayor cantidad posible de jóvenes graduados de la especialidad, que laboran en instituciones del sistema jurídico en el país. Precisamente, con vistas a dar respuesta y en especial a trabajar porque los funcionarios y operadores jurídicos se identifiquen cada vez más con aspectos relativos a la investigación científica y su importancia para la práctica jurídica, se solicitó al Centro de Investigaciones Jurídicas desarrollar un estudio de carácter científico que tuvo como salidas básicas el curso de postgrado, taller de evaluación de resultados y publicaciones.

Este proyecto tiene como antecedentes varios cursos impartidos por el CIJ, que desde su creación, ha tenido entre sus miembros a especialistas de experiencia con categorías científicas, docentes o ambas. Esto ha propiciado la organización y puesta en práctica de varios cursos de Metodología de la Investigación Social, conforme a lo regulado en la Resolución no 132 del 6 de julio de 2004 del Ministerio de Educación Superior, que puso en vigor el *Reglamento de la Educación de Posgrado de la República de Cuba.*

De hecho, funcionarios del Ministerio de Educación Superior comprobaron que esta institución cumple con los requisitos establecidos para realizar la función de educación postgraduada, tal y como se expresó en comunicación del 4 de noviembre del 2005. A partir de lo cual, el Ministerio de Justicia en uso de sus facultades determinó, a través de la Resolución no 292 del 2005, crear en el Centro de Investigaciones Jurídicas la Unidad Docente de Superación Profesional de cuarto nivel de enseñanza.

Esta anuencia legal y el hecho de contar con el personal calificado para ello, ha posibilitado que los investigadores y especialistas del Centro hayan podido desarrollar múltiples acciones de capacitación, ya sea a través de cursos diseñados desde la entidad, como mediante la participación en claustros a los cuales se les ha convocado por distintas unidades docentes o científicas.

En el 2006, con autoría de la Dra. Caridad Navarrete, se impartió el *Curso de habilitación para técnicos en investigación científica*, que tuvo como propósito desarrollar habilidades investigativas con vistas a lograr un mayor

desarrollo y eficiencia laboral dentro de los equipos de investigación constituidos. También, como parte de las investigaciones acción-participación sobre prevención comunitaria desplegadas por la mima autora se impartieron durante los años 2002 al 2006, cursos de *Metodología de Investigación para programas sociales* y en el 2007 el de *La prevención de la violencia doméstica en la comunidad*.

Estos fueron ejecutados en consejos populares, circunscripciones y grupos de prevención, con el objetivo de preparar previamente a sus miembros; en los que participaron como docentes, especialistas del CIJ.

Entre noviembre de 2007 y marzo de 2008, profesoras-investigadoras de esta Institución con categorías académicas, científicas, docentes y amplia experiencia teórica y práctica en el campo de la Metodología de la Investigación, impartieron el curso de postgrado *Componentes teórico-metodológicos de la investigación en Ciencias Sociales*. El curso tuvo como propósito contribuir al desarrollo y profundización en las habilidades básicas y conocimientos metodológicos necesarios para participar en una investigación social, a fin de dar mayor relevancia a la investigación científica y estuvo dirigido a graduados de las carreras de Derecho, Psicología, Sociología, Estudios Socioculturales y Comunicación Social, así como a todos aquellos profesionales interesados en el tema, con vistas a incrementar su potencial científico.

Estas experiencias resultaron de gran ayuda para conocer, no solo las diferencias existentes en esta área del saber, sino también intereses y necesidades de profesionales de las ciencias sociales, especialmente de los juristas.

El proyecto actual, que se desarrolla durante los años 2009 y 2010, da continuidad a la capacitación de profesionales, se denomina *Introducción a la Metodología de la Investigación Social: Su aplicación en las ciencias jurídicas* y está encaminado a la formación de recursos humanos. Dentro de este, el primer curso de postgrado estuvo dirigido a funcionarios y operadores del Derecho con escasos o nulos conocimientos teóricos y prácticos en el campo de la investigación social. La matrícula fue de cuarenta y un estudiantes, con la selección de dos participantes por cada provincia y uno del Municipio Especial Isla de la Juventud, además de representantes de distintos organismos e instituciones jurídicas ubicadas en Ciudad de La Habana. Su duración fue de 48 horas, 40 lectivas y 8 de actividades prácticas. Se impartió a tiempo completo durante una semana.

Los objetivos curriculares propuestos fueron identificar líneas temáticas y problemas de investigación en el campo del Derecho, desarrollar los conocimientos y habilidades necesarios para la realización de investigaciones socio–jurídicas, utilizar los métodos y técnicas básicos de recopilación y análisis de la información para lograr la eficiencia investigativa, aplicar los términos y conceptos propios de la Metodología de la Investigación Social y del análisis de los datos a la investigación jurídica y estimular la realización de investigaciones científicas en el campo del Derecho.

Los objetivos educativos trazados quedaron definidos, como fomentar la identificación, comprensión y búsqueda de soluciones científicas a los problemas

existentes, incrementar el sentido de la responsabilidad científico-técnica y profesional y desarrollar la necesidad de la investigación científica como criterio de objetividad, veracidad y fundamentación de los juicios y las decisiones.

En cuanto al sistema de conocimientos, el curso abarcó los temas básicos que, desde las perspectivas de las metodologías cuantitativa y cualitativa son indispensables para la realización de investigaciones científicas en el campo de las ciencias sociales, específicamente las jurídicas, mientras que, en lo concerniente al sistema de habilidades, contribuyó a la asimilación de un conjunto de herramientas y operaciones, necesarias para la realización de investigaciones científicas.

El Plan de estudio comprendió ocho temas que se estructuraron de manera ordenada en función de los requerimientos necesarios para la elaboración de un informe de investigación científica, quedaron incluidos aquellos contenidos teóricos vinculados a la actividad jurídica.y son los que se relacionan a continuación:

- La investigación científica: Líneas directrices en el campo del Derecho. Epistemología jurídica. Contribución de las investigaciones científicas a la práctica jurídica.
- Metodología de la investigación científica: Problema y objetivos.
- Elaboración del marco teórico: Revisión de la literatura y construcción de una perspectiva teórica. Importancia de la teoría. Las hipótesis de investigación.
- Población y muestra.
- Métodos y técnicas de investigación social.
- Métodos de análisis utilizados con mayor frecuencia en la investigación de corte jurídico: Exegético-analítico, Derecho Comparado, Dogmático o institucional, Sociológico, Funcional, Histórico, Lógico y la unidad entre lo histórico y lo lógico.
- Análisis de los datos y formas de expresión de los resultados científicos.
- Elaboración del informe de investigación.

El claustro estuvo integrado por seis profesores, todos con experiencia en el tema, destacándose de forma prioritaria la participación de investigadoras del Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia con grados y categorías científicos y docentes.

Al término del curso se realizó un taller evaluativo de participación donde se aplicó la técnica de *Lo positivo, lo negativo y lo interesante* (PNI). A través de la cual se obtuvo una valoración de los estudiantes sobre lo positivo, lo negativo y lo más interesante del curso impartido, incluyendo lo referido al contenido de las actividades docentes, la calidad y comprensión de las clases, los profesores que participaron en el evento y en general el aseguramiento que permitió realizar las actividades previstas. También se realizaron sugerencias y recomendaciones.

Como aspectos positivos obtenidos mediante la técnica de PNI se señaló: La profesionalidad de los profesores que impartieron el curso, con mención a su preparación teórica y pedagógica, experiencia en la actividad investigativa, fluidez en el uso del lenguaje, dinamismo de las clases, carisma y sencillez; todo lo cual estimuló la comunicación, intercambio y comprensión de los temas por parte de los estudiantes.

La óptima adquisición de conocimientos. La mayoría de los cursantes, refirió no poseer conocimientos sobre Metodología de la Investigación, solo contar con información de elementos básicos incluidos en la materia y vivenciar sentimientos de rechazo o predisposición hacía la asignatura. Esto les ha traído como consecuencia limitaciones en la participación en eventos y actividades investigativas, además de realizar trabajos sin el rigor científico.

A partir de la participación en el curso valoraron como muy necesarios los conocimientos adquiridos, pues la lógica del proceso investigativo y la comprensión de las informaciones recibidas, además de poner en evidencia sus carencias, incrementaron el interés y motivación hacia esta disciplina, la que amplía sus potencialidades individuales de superación y posibilita contribuir al desarrollo científico del Derecho y a la sociedad en general.

La lógica en el ordenamiento de los temas impartidos. El hecho de partir de lo más general, con la intervención de dos conferencistas, los doctores Romelia Pino y Fernando Cañizares y el tema sobre la investigación socio-jurídica en la contemporaneidad, sus líneas directrices y la interconexión de lo jurídico con lo social, e incorporar paulatinamente aquellos contenidos propiamente metodológicos de elaboración de una investigación científica, que incluyen las formas de presentación de los resultados finales, posibilitó el aprendizaje e incentivó el interés por el curso.

El contenido de los temas no fue vago ni confuso, en cada uno de ellos quedó expresada la esencia de lo que se necesita conocer para poder desarrollar, en la práctica, una investigación científica. Este proceso de selección, implicó dedicación y esfuerzo, pues son numerosos los textos que tratan el tema, por lo que resulta meritorio destacar la óptima calidad de la labor realizada, sobre todo teniendo en cuenta el beneficio que ello reporta al proceso de aprendizaje y comprensión de los estudiantes.

Las experiencias acumuladas mediante el curso de postgrado, los conocimientos alcanzados y la información entregada en formato digital, estimula la divulgación del contenido de este curso; lo que implica la multiplicación de estos saberes en los territorios de residencia de los participantes.

El hecho de que estuvieran presentes estudiantes y profesores de diversas especialidades o perfiles profesionales, con multiplicidad de puntos de vista, opiniones y experiencias, estimuló las interrelaciones y motivó las intervenciones.

Tanto el colectivo de profesores, como los funcionarios y trabajadores de la Escuela Ramal y del Centro de Investigaciones Jurídicas, le brindaron a

los participantes una esmerada atención, a lo que se suma la organización del curso y su aseguramiento en todos los órdenes.

La tecnología se utilizó en función de la pedagogía, con satisfacción por parte de los estudiantes, pues no sólo se impartieron los contenidos con la presentación de *Power Point* y multimedias, sino que se entregaron múltiples informaciones en formato digital.

Como elementos negativos se hizo referencia a:

La mayoría de los estudiantes coincide en señalar que la Metodología de la Investigación, es una ciencia compleja donde los detalles son importantes, a lo cual se suma el desconocimiento, propicia dudas e inquietudes que no siempre pudieron expresarse producto de lo compacto del curso; por tal motivo sugieren incrementar el tiempo de clases, y mayor cantidad de actividades prácticas.

Plantearon ser poco el tiempo. Como es conocido, el movimiento de personas de otras provincias hacia la capital no siempre es factible, pues además de las dificultades propias del trabajo que se realiza en los territorios, lograr la transportación, el hospedaje y que, sobre todo las mujeres estén fuera del hogar por más de una semana, es difícil. Se debe recordar que la mayoría del personal del sistema del Ministerio de Justicia es femenino -de hecho la asistencia a este curso lo demuestra (73,2%)- por lo que, aunque para el colectivo de profesores también fue complicado, se consideró que era la forma más efectiva de alcanzar los objetivos propuestos.

Se sugiere, por parte de algunos estudiantes, insertar la elaboración de un diseño de investigación para poder llevar a la práctica los conocimientos adquiridos.

La confección de un diseño de investigación implica dedicación y tiempo, la búsqueda bibliográfica para definir el tema de investigación y poder fundamentarlo es un proceso complicado, lo cual sumado a todos los demás aspectos metodológicos que son necesarios realizar para conformar un proyecto, significaría un cambio considerable en la concepción del curso en cuanto a horas lectivas y prácticas.

Se hizo referencia a dificultades con el local de clases, en cuanto a su climatización y numerosa cantidad de presentes, por cambios que fue necesario realizar producto de dificultades en la estructura del previsto y del incremento del consumo eléctrico por parte del MINJUS.

Los estudiantes señalaron que la extensión de algunas presentaciones de *Power- Point* propiciaba el cansancio, por lo que sugirieron concretar la información para que esos temas adquieran mayor dinamismo y lograr el incremento de la motivación. También recomiendan colocar en las diapositivas menor cantidad de texto o utilizar otros recursos como diagramas, cuadros sinópticos, llaves, flechas, etc.

Finalmente, como señalamientos interesantes:

Todos los temas resultaron interesantes e instructivos, incluidas las conferencias impartidas. La adquisición de estos conocimientos y los materiales entregados posibilitan la transmisión de la experiencia obtenida.

Los estudiantes expresaron que el curso ha incidido en su desarrollo personal, en tanto, motivaciones favorables en cuanto a la Metodología de la Investigación y la labor científica que se puede realizar en el área del Derecho.

El colectivo de profesores. La excelente preparación de los profesores y el interés mostrado para que los temas llegaran a los alumnos, fueran comprendidos y asimilados. No existió formalismo u obligación, sino amor hacía la actividad docente y deseos de enseñar.

Se logró un intercambio muy positivo entre los estudiantes, aún sin un conocimiento anterior y residir en diversos lugares del país. También, se establecieron buenas interrelaciones entre estudiantes y profesores, incluso en intervenciones y debates en las clases.

La entrega del contenido del curso en formato digital y de los Anuarios del Centro de Investigaciones Jurídicas a los cursistas resultó interesante, inesperado e importante; estos medios estimulan el desarrollo de investigaciones con el rigor científico que ello merece.

Cuando se analizan los resultados obtenidos en la técnica de PNI, queda al descubierto que los elementos negativos señalados por los estudiantes están fundamentalmente referidos a cuestiones de forma y no de contenido, es decir, que inciden en la óptima satisfacción del estudiante, en tanto condiciones materiales, organizativas o de interés individual, pero no atentan contra el proceso de aprendizaje, ni la labor docente en el curso de posgrado. Por tal motivo, aunque se deben tener en cuenta, no constituyeron una limitación para el cumplimiento de los objetivos trazados.

En relación con lo positivo y lo interesante se constata correspondencia en muchos de los aspectos señalados. Debe destacarse que en todos los casos las opiniones y valoraciones son favorables y estimulantes, tanto para el colectivo de profesores y autoras del proyecto, como para las instituciones que posibilitaron la realización del curso.

Conclusiones

- La Metodología de la Investigación es una ciencia compleja pero imprescindible para poder realizar trabajos con valor científico, por ello su conocimiento es vital para el desarrollo económico y social de un país. Además, en el plano personal, es indispensable para cualquier profesional que pretenda promover en la actividad docente, académica, o científica, por tanto llevar adelante cursos de posgrado donde esta ciencia ocupe la primacía, resulta sumamente necesario.
- Con este curso, se logró el cumplimiento de los objetivos propuestos:

- Aportar los conocimientos y habilidades necesarias para diseñar y concluir proyectos de investigación en el campo de las ciencias sociales, especialmente en el Derecho, en los que destaque la aplicación de métodos y técnicas propios de la investigación socio-jurídica y de la importancia del análisis cuantitativo y cualitativo de los datos para la validez de los resultados científicos.
- Responder a los requerimientos del sector jurídico, especialmente del sistema del MINJUS, de desarrollar profesionales del Derecho capaces de hacer avanzar la investigación jurídica en nuestro país. De hecho, el 73,1% de los participantes graduados de Derecho, se desempeñan como consultores jurídicos, notarios, abogados y especialistas dentro de las direcciones provinciales y municipales de justicia, la Dirección de Divulgación e Información Jurídica del Ministerio de Justicia, el Registro de la Propiedad y el Centro de Investigaciones Jurídicas.

  También y como reafirmación de lo anterior se debe señalar que recientemente el CIJ concluyó un nuevo curso de posgrado sobre Metodología de la Investigación sociojurídica donde participaron veinte estudiantes, de los cuales diecinueve son graduados de Derecho y se desempeñan como fiscales, jueces, consultores jurídicos, abogados y profesores, con similares resultados al aplicar la técnica de PNI.
- Propiciar la instrumentación de cursos de capacitación en los diferentes territorios del país, a partir de los conocimientos y habilidades adquiridos por los cursantes. En este sentido se debe señalar que a partir de la asesoría metodológica del colectivo de profesores del CIJ se llevó a cabo en la provincia de Sancti Spíritus, un curso de posgrado donde participaron trece profesionales del Derecho, todos vinculados al sistema del Ministerio de Justicia.

  Si bien la organización, coordinación, preparación individual y colectiva que implica llevar a cabo cursos como los impartidos, requiere de un trabajo sistemático que puede ser agotador, los resultados obtenidos son sumamente estimulantes y compensan el esfuerzo realizado.

Recomendaciones

1. La insuficiente preparación que en el tema de Metodología de la Investigación Social presentan los juristas en general, señalada por los alumnos participantes, requiere que las instituciones jurídicas del país y en especial el Ministerio de Justicia, estimulen la participación de sus profesionales en cursos vinculados a esta temática; solo así se podrá alcanzar un desarrollo científico en la rama del Derecho.
2. Lograr que las direcciones de las instituciones del sector jurídico y los potenciales investigadores comprendan la necesidad ineludible de asistir a los cursos que se programen, así como de poner en práctica los conocimientos que se adquieran.
3. Reeditar el Curso de Postgrado impartido por el Centro de Investigaciones Jurídicas "Introducción a la Metodología de la Investigación

Social: su aplicación en las ciencias jurídicas», con participación de profesionales del Derecho, especialmente del sistema del MINJUS, en el primer semestre del 2011.

4. Asesorar metodológicamente a profesionales de otras provincias que sean graduados de los cursos de posgrado de Metodología de la Investigación impartidos por el Centro de Investigaciones Jurídicas con vistas a reproducir estos conocimientos en sus territorios.
5. Para próximos cursos que puedan ser organizados por el Centro de Investigaciones Jurídicas y la Escuela Ramal, se deben tener en cuenta los resultados obtenidos en la aplicación de la técnica de PNI a los estudiantes.

Bibliografía

ALEXÉEV, S.: *El Socialismo y el Derecho. El derecho en la vida de la sociedad*, Ed. Progreso, Moscú, 1989.

AQUEVEDO, M. T., E. BOUCHER, J. DESIGNE Y OTROS: "Prácticas del Derecho, Producciones del Derecho: Iniciativas populares", *Síntesis Documental*, no. 2, Juristes Solidarites, Abril, [s.n.], 1994.

CERRONI, U.: *Metodología y Ciencia Social*, Ed. Martínez Roca S.A., Barcelona, 1971.

CHÁVEZ, F.: *Algunos alcances sobre el método dogmático en la investigación jurídica.* Tomado de: http://essentiaiuris.iespana.es

COLECTIVO DE AUTORES: *Libro de trabajo del sociólogo*, ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 88.

COLECTIVO DE AUTORES: *Estrategia para promover el desarrollo de las investigaciones científicas en el sector jurídico*, Centro de Investigaciones Jurídicas, MINJUS, La Habana, 2008.

CONTANDRIOPOULOS, A.P., F. CHAMPAGNE Y L. POTVIN: *Preparar un proyecto de investigación,* Ed. SG Editores S. A., Barcelona, 1991.

DAVIS, E.: *Metodología de Investigación en Ciencias Jurídicas*, [s.e.], Panamá, 1996.

DE ANDRADE, M.: *Metodología Científica Para o Curso de Direito*, Ed. Atlas S.A. ,São Paulo, 2000.

DEMO, P.: *Educar pela pesquisa*, Ed. Autores asociados, Campinas, São Paulo, 1996.

DE OLIVEIRA, E: *A Monografía Jurídica*, 5ta ed, vol. 1, Ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FOUCAULT, M.: *A verdade e lãs formas jurídicas*, Ed. Nau, Rio de Janeiro, 1999.

GARCÍA, I., L. SUÁREZ Y R. PÉREZ: *La investigación sociojurídica*: *Algunos enfoques metodológicos*, MINJUS, 1999.

GIL, A. C.: *Como elaborar projectos de pesquisa,* Ed. Atlas, Sao Paulo, 1991.

GÓMEZ, P.: *Guía para la redacción y presentación de trabajos científicos, informes técnicos y lesiones*, Ed. Científico – Técnica. La Habana, 1978.

GUTIÉRREZ, S.: *Estadística para las Ciencias Jurídicas*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

HERNÁNDEZ, R., C. FERNÁNDEZ Y P. BATISTA: *Metodología de la Investigación*, Ed. Publi-Mex S.A., México, 1995.

HERNÁNDEZ SAMPIER, R., C. FERNÁNDEZ COLLADO, Y P. BAPTISTA LUCIO: *Metodología de la Investigación*, Ed. Publi-Mex S.A. México, 1995.

HERNÁNDEZ SAMPIER, ROBERTO: *Metodología de la Investigación*, 2da. ed. México, Mc Graw Hill Editores, 1998.

…..: *Metodología de la Investigación*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

JIMÉNEZ SERRANO, P., H. PINTO FILHO: *Metodología para las investigaciones jurídicas*, Sao Paulo, 1998.

LANZ, R.: *Las palabras no son neutras. Glosario semiótico sobre la postmodernidad*, Ed. Caracas, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (FACES), Univ. Centr. Monte Ávila, Caracas, 2005.

MARTÍN, J. L., J. J. NÚÑEZ, M. LIMIA, Y OTROS:"Las Ciencias Sociales, la política y la crisis de los paradigmas", REVISTA CONTRACORRIENTE, no. 3, año 2, enero / marzo, Centro de Estudios Martianos, La Habana, 1996.
MORÍN, E.: *O método 6. Ética*, 2da ed., Ed. Meridional/Sulina, Porto Alegre, 2005.
MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y Ciencia Penal*, Ed. Campus Universitario de Cartuja, Universidad de Granada, Granada, España, 1990.
OLIVER, D. Y J.P. SHAVER: *Método de investigación jurídica*. Tomado de: http://gcarvajalmodelos.files.wordpress.com, consultado en abril de 2009.
OSIPOV, G., D. GVISHIANI, V. ANDRÉENKO, A. KABISCHA: *Libro de trabajo del sociólogo*, Academia de Ciencias de la URSS, Ed. Progreso, Moscú, 1988.
PALOMINO, L. R.: *Incorporación de la asignatura de tercer ciclo "Técnicas y métodos de investigación jurídica comparada",* 2005. Tomado de: II Jornada Campus Virtual UCM: cómo integrar investigación y docencia en el CV-UCM. Editorial Complutense, Madrid. http://eprints.ucm.es/5801/1/Palomino_Lozano.pdf . Consultado en mayo de 2009.
PLAZA, A. G.: *Ciencia del Derecho; Investigación jurídica; Estudio de caso*, Universidad Pedro de Valdivia, La Serena, Chile, 2007.
PROAÑO, C. C.: *La investigación jurídica y el Derecho*, 2007: Tomado de: http://www.amag.edu.pe Consultado en mayo de 2009.
QUIROZ, S. W.: *La Investigación Jurídica*, 1ra ed., Ed. IMSERGRAF EIRL, Lima, 1998.
RAMOS, J.: *Elabore su Tesis en Derecho Pre y Post Grado*. 1era. ed. San Marcos, Lima, 2004.
RAMOS, C.: *Como hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento,* 3ra. ed., Ed. Gaceta Jurídica, Editores, Lima, 2005.
REZA, F.: *Ciencia, Metodología e Investigación*, 1ra, ed., Ed. Logman de México Editores, S. A., DE CV., México D. F., 1997.
RIZZINI, I, RABELLO DE CASTRO, M. DANIEL, S. CARLA: *Pesquisando... Guía de Metodologías de Pesquisa para Programas Sociais,* Universidade Santa Úrsula, Ed. Universitaria, Botafogo, Río de Janeiro, 1999.
RODRÍGUEZ, G., J. GIL, Y E. GARCÍA: *Metodología de la investigación cualitativa*, Ed. Prograf., Santiago de Cuba, 2002.
SARLO, O.: *Investigación jurídica: Fundamentos y requisitos para su desarrollo desde lo institucional.* Tomado de: http://www.cervantesvirtual.com, consultado en febrero de 2009.
SELLTIZ, C., M. JAHODA, M. DEUTSCH: *Métodos de Investigación en las relaciones sociales,* 5ta ed., Ediciones RIALP, Madrid, 1971.
SIERRA, R.: *Técnicas de Investigación Social. Teoría y ejercicios*, 10ma ed., Ed. Paraninfo, S. A. Madrid, 1995.
THIOLLENT, M.: *Metodologia da pesquisa-ação*, 3ra ed., Ed. Cortez, São Paulo, 1986.
VELÁSQUEZ, Á.: *Metodología de la Investigación Científica*, 1ra. ed., Ed. San Marcos Editores, Lima, 1999.

ACIJ
2009-2010
No. 15

Miradas cruzadas: comunicación y cultura jurídica

Viewpoints:
communication and legal culture

Silvia Esther García Méndez
Mercedes de Armas Alonso
Karima Esther Sánchez Rey

Resumen

Este artículo aborda algunas de las concepciones o corrientes teóricas, en relación al proceso de comunicación, que han alcanzado mayor significación a lo largo del tiempo, sus aspectos relevantes, así como los factores que lo integran funciones y clasificación, de acuerdo a las formas de interacción social.

También, se indican las potencialidades e influencias del proceso de comunicación en la formación, desarrollo y fortalecimiento de las concepciones, creencias, ideas, opiniones y en general de la cultura de una sociedad. De esta forma revela los vínculos entre este proceso, la información, la participación y la cultura jurídica, para resaltar la importancia de los agentes socializadores y las políticas gubernamentales en el desarrollo jurídico y social de los ciudadanos.

Palabras claves

Teoría de la Comunicación, información, cultura, operadores del Derecho, agentes socializadores y participación.

Abstract

In this article some of the conceptions *or theoretical schools of thought are expressed, on the process of communication, which have become more significant over time, including relevant aspects such as the factors that comprise it, their functions and classification, according to forms of social interaction.*

The potential and influences of the communication process is also showed in the formation, development and strengthening of the conceptions, beliefs, ideas, opinions and in general the culture of a society, having revealed links between this process, information, participation and legal culture, highlighting the importance of socializing agents and government policies for legal and social development of citizens.

Keywords

Theory of Communication, information, culture, law operators, socializing agents and participation.

Etimológicamente, la palabra comunicación deriva del latín *communicare*, que puede traducirse como poner en común o compartir algo. Expresa la esencia de una actividad de alta complejidad que se realiza en diferentes espacios, entre diversidad de actores sociales, grupales e interpersonales que producen y hacen uso de la información de manera privada o pública. Se considera una categoría polisémica, en tanto su utilización no es exclusiva de una disciplina, pues tiene connotaciones propias a partir de la ciencia social por la cual es tratada.

Este complejo proceso comunicativo es abordado además desde diferentes posiciones teóricas, metodológicas y epistemológicas. Precisamente, al conjunto de corrientes y tendencias teóricas sobre la comunicación desarrollado en diversas zonas geográficas y con distinto grado de progreso y conceptualización se le denomina Teoría de la Comunicación, considerada hasta el momento un campo de estudios o del conocimiento que no ha alcanzado el status de ciencia.

Entre las corrientes teóricas y paradigmas que a lo largo de la historia han tratado a profundidad el fenómeno de la comunicación se encuentra el llamado Modelo de Telecomunicación, representado por Claude Elwood Shannon, quien define este proceso como «un acto sencillo en el que un emisor codifica y envía un mensaje a un receptor, quien lo decodifica y responde de alguna manera verbal o conductual».[1]

Para Wilbur Schramm, desde la teoría funcionalista, el acto comunicativo es «la trama que une a los individuos, familias, grupos sociales y religiosos, corporaciones, públicos de los medios de comunicación masiva, sociedades, culturas y naciones».[2]

Por su parte, L. Samovar y R. Porter, quienes se destacaron en los estudios sobre Comunicación Intercultural, la aprecian como proceso que incluye intercambio e interpretación de señales y mensajes entre personas representantes de diferentes comunidades, con referentes culturales distintos, por lo cual deben superar en ocasiones ciertas barreras personales y/o contextuales para llegar a comunicarse de manera efectiva. Asimismo plantean que la comunicación pudiera ser definida como…» lo que ocurre cada vez que alguien da respuesta al comportamiento de otra persona».[3]

En estas definiciones, de una manera u otra, el receptor es considerado como un sujeto conductual, ya sea por su pasividad y posibilidad de manipulación o por su reacción de respuesta ante un estímulo, por lo que no quedan expuestos todos los elementos involucrados en el proceso de comunicación, ni revelan su fin de lograr objetivos.

[1] Claude Elwood Shannon: «A mathematical theory of communication», *Bell System Technical Journal*, vol. 27, pp. 379-423 and 623-656, July and October, 1948.

[2] J. Marques de Melo: «Identidad del campo de la comunicación: estrategias para salir del gueto académico», en *Diálogos de la Comunicación*. no. 62, pp. 26-33.

[3] L. Samovar, Rua Porter, N. Jain: *Understanding intercultural communication*, Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1981.

La comunicación es un fenómeno de carácter social que comprende los actos mediante los cuales los seres vivos se comunican con sus semejantes para transmitir o intercambiar información, pero que en el caso de los seres humanos tiene un carácter racional.

Se inicia con el surgimiento de la vida en el planeta y su desarrollo es simultáneo al progreso de la humanidad, por tanto, es un proceso que se caracteriza por ser dinámico, dado que está en continuo movimiento; inevitable, se requiere de él para la transmisión de significados; irreversible, una vez realizada, no puede regresar, borrarse o ignorarse; bidireccional, existe una respuesta en ambas direcciones y verbal y no verbal; porque implica la utilización de ambos lenguajes.

Entre los elementos o factores que integran la comunicación humana se encuentran los siguientes:

Fuente: Lugar de donde emanan la información, los datos, el contenido que se enviará, en conclusión; de donde nace el mensaje primario.

Emisor o codificador: Punto (persona u organización) que elige y selecciona los signos adecuados para transmitir su mensaje; es decir, los codifica para poder llevarlos de manera entendible al receptor. En el emisor se inicia el proceso comunicativo.

Receptor o decodificador: Punto (persona u organización) al que se destina el mensaje, realiza un proceso inverso al del emisor, ya que descifra e interpreta lo que el emisor quiere dar a conocer. Si el mensaje es recibido tal como el emisor quiso decir, en el receptor se realiza el feed-back o retroalimentación.

Código: Conjunto de reglas propias de cada sistema de signos y símbolos que el emisor utiliza para transmitir su mensaje; deben combinarse de manera adecuada para que el receptor pueda captarlo.

Mensaje: Contenido de la información; el conjunto de ideas, sentimientos y acontecimientos expresados por el emisor que se desean transmitir al receptor para que sean captados de la manera que desea el emisor. El mensaje es la información.

Canal: Medio a través del cual se transmite la información-comunicación, estableciendo una conexión entre el emisor y el receptor, más conocido como el soporte material o espacial por el que circula el mensaje. Ejemplos: el aire, en el caso de la voz o el hilo telefónico, en el caso de una conversación telefónica.

Ruido (Interferencia o barrera): Perturbaciones que sufre la señal en el proceso comunicativo, se puede dar en cualquiera de sus elementos. Ejemplo de ello son las distorsiones del sonido en la conversación, de la imagen en la televisión o la ortografía defectuosa.

Retroalimentación o realimentación: Condición necesaria para la interactividad del proceso comunicativo, siempre y cuando se reciba una respuesta, sea deseada o no, lográndose la interacción entre el emisor y el receptor. Puede ser positiva (cuando fomenta la comunicación) o negativa

(cuando se busca cambiar el tema o terminar la comunicación). Si no hay realimentación, entonces solo hay información, pero no comunicación.

Además, se debe tener en cuenta el referente; la realidad que es percibida gracias al mensaje y comprende todo aquello que es descrito por él y la situación; el tiempo y el lugar en que se realiza el acto comunicativo.

En la comunicación, se establece un flujo de mensajes de manera transaccional, ya que como proceso recíproco ambas partes se afectan mutuamente al enviar y recibir información. En este sentido, vale entender que comunicar no es solo lo que se dice o se quiere decir, sino también lo que el otro entiende.

El punto de inicio de la comunicación radica en lo que las personas quieren, necesitan y deben saber; esta particularidad le otorga sentido y significado a la comunicación, la cual sólo existe cuando hay retroalimentación sobre el modo en que el mensaje ha sido captado.

La respuesta o *feedback*, es la vuelta de la comunicación decodificada. En el caso en que ésta no esté bien organizada, se puede decir que sólo se ha producido "información".

Entre los diferentes abordajes teóricos de esta temática, se hace referencia al término comunicación como sinónimo de información, sin embargo, si se tiene en cuenta que la transmisión de información es condición y propiedad del comportamiento de todo ser vivo y forma parte de su proceso comunicativo, por sí sola, la suma de informaciones no constituye la comunicación.

ANTONIO PASCUALI diferencia a la comunicación de la información, a partir de la categoría grado de coeficiente de comunicabilidad de los polos, es decir, el emisor y el receptor (citado por Alsina).[4] Esto significa que la comunicación define el intercambio de mensajes en un plano de igualdad entre los participantes, mientras que la información se establece entre polos con bajo coeficiente de comunicabilidad. La información entonces, es el contenido del mensaje y la comunicación, el proceso global.

La información es el mensaje, los datos, noticias y planes que se transmiten, mientras que la comunicación es el acto por el cual una persona trasmite la información o mensaje, otra la escucha y posteriormente, informa sobre cómo ha sido recepcionada.

Esta definición puede parecer sencilla, pero lograrla es una tarea difícil, al requerir de una metodología, organización y estrategia, más aún si se tiene en cuenta que este proceso debe cumplir tres funciones básicas:

Informativa: Tiene que ver con la transmisión y recepción de la información. A través de ella se proporciona al individuo todo el caudal de la experiencia social e histórica, así como la formación de hábitos, habili-

[4] R. M. ALSINA: *Teorías de la Comunicación. Ámbitos, métodos y perspectivas*.

dades y convicciones. En esta función, el emisor influye en el estado mental interno del receptor y aporta nueva información.

Afectivo - valorativa: El emisor debe otorgarle a su mensaje la carga afectiva que el mismo demande, no todos los mensajes requieren de la misma emotividad, por ello es de suma importancia para la estabilidad emocional de los sujetos y su realización personal. Gracias a esta función, los individuos pueden establecerse una imagen de sí mismos y de los demás.

Reguladora: Tiene que ver con la regulación de la conducta de las personas con respecto a sus semejantes. De la capacidad autorreguladora del individuo depende el éxito o fracaso del acto comunicativo.

Estas funciones patentizan la importancia y la influencia de la comunicación en la adquisición de conocimientos, en la estimulación y satisfacción de necesidades, en los procesos afectivos y en el comportamiento, por lo que en la formación de la cultura jurídica y de la cultura en general resulta imprescindible, más aún teniendo en cuenta que por su contenido puede clasificarse en:

Intrapersonal: Se corresponde con el procesamiento individual de la información.

Interpersonal (cara a cara): Interacción que tiene lugar entre dos o más personas físicamente próximas y donde pueden utilizarse los cinco sentidos con retroalimentación inmediata.

Intragrupal: Se establece dentro de un grupo específico, como por ejemplo la familia.

Intergrupal (asociación): Le es inherente la comunicación pública, en la cual la información se produce y distribuye por medio de un sistema especializado que concierne a la comunidad como conjunto.

Institucional (Organizacional): Supone la asignación de recursos materiales y humanos a una organización especializada en la obtención, procesamiento y distribución de información destinada a la comunicación pública.

Social (global): Es el ejemplo más significativo en la comunicación de masas; la cual tiene por fuente a una organización formal (institucional) y como emisor a un comunicador profesional, que establece una relación unidireccional y pocas veces interactiva con el receptor, que resulta ser parte de una gran audiencia, que reacciona, por lo general de manera predecible y de acuerdo a patrones.

Todo lo expresado evidencia las potencialidades e influencia del proceso de comunicación en la formación, desarrollo y fortalecimiento de las concepciones, creencias, ideas, opiniones y en general la cultura de una sociedad; es como señala la concepción marxista, una condición vital para el desarrollo de la sociedad y de los individuos y está indisolublemente ligada a la actividad material y productiva del hombre.

En los trabajos de Marx, la comunicación tiene doble acepción: se maneja en sentido amplio, como conjunto de relaciones sociales entre los hombres; también conocida como comunicación material y en uno más limitado, como relaciones espirituales entre ellos. Estas relaciones sociales no se establecen entre individuos por sí mismos, sino entre grupos humanos: clases sociales, profesiones, partidos políticos, etcétera; son impersonales, es decir, que aunque se dan entre personas, las mismas interactúan en calidad de representantes de diferentes grupos sociales.

Este concepto subraya la identificación de la comunicación con las relaciones sociales e interpersonales, su papel en el surgimiento de la sociedad, de la personalidad y de la cultura, y su unidad con la actividad social en la determinación del psiquismo humano.

En general las ideas, juicios y concepciones sobre el proceso de comunicación se han modificado con el paso de los años, los intensos cambios acaecidos en el mundo desde el punto de vista tecnológico, económico, político y social han estimulado el rediseño del campo de la comunicación.

IGNACIO RAMONET, en su conferencia *Los cambios en la información y la comunicación*, hace referencia a que el modelo de comunicación que conocimos desaparece a gran velocidad ante nuestros ojos, y tenemos cada vez más dificultades para distinguir la esfera de la información de la esfera de la cultura de masas, los medios de comunicación dejan de ser comprendidos como aparatos ideológicos del Estado que reproducen el orden social existente para analizarse como espacio contradictorio donde se crea y recrea la hegemonía cultural.[5]

JESÚS MARTÍN BARBERO, considerado uno de los teóricos de la comunicación más renombrados en Iberoamérica y cuyos postulados son la base de un enfoque diferente del estudio de la comunicación durante las últimas décadas, se encuentra a la vanguardia del llamado Paradigma Cultural, el cual defiende dos ideas centrales; ir de los medios, los mensajes y los canales, a la multiplicidad de matrices culturales que les dan sentido, es decir a las llamadas mediaciones y del enfoque comunicativo estrecho a los procesos de producción simbólica de la realidad y de su percepción. Su propuesta retoma el concepto de hegemonía de A. GRAMSCI, y señala cómo en ninguna sociedad la hegemonía de una clase puede sostenerse únicamente mediante el poder económico o la represión, sino que la dominación es también un problema de hegemonía simbólica.[6]

El centro de su propuesta radica en considerar la estrecha relación existente entre los procesos de comunicación y cultura, que se sustentan en la estructura comunicativa de la cultura, y las lógicas culturales de la comunicación.

[5] IGNACIO RAMONET: *Los cambios en la información y la comunicación*, *Boletín ICCI-ARY*, Caracas, abril del 2002.

El término cultura puede designar toda la creación de un pueblo desde que tiene autonomía identitaria como nación. En este sentido, hay quienes la conciben como el resultado de un tracto dialéctico del pensamiento de hombres y de épocas.

LAWRENCE FRIEDMAN, citado por ACCATINO SCAGLIOTTI,[7] distinguió en el sistema jurídico sus componentes estructurales (las instituciones jurídicas, su estructura y el modo en que proceden), sus componentes sustantivos (las normas jurídicas, generales o particulares, que el sistema produce como resultado frente a las demandas de la sociedad) y sus componentes culturales (las actitudes y los valores que con respecto al derecho prevalecen en una sociedad en un cierto momento histórico), distinguiendo dos tipos de cultura jurídica: interna y externa.

La cultura jurídica interna es propia de los operadores jurídicos y la externa es la que manifiesta el común de los ciudadanos.

Numerosos autores prestan especial interés a la cultura jurídica interna, quizás por los retos que impone en la práctica, la medición de la cultura jurídica externa. En estos casos una limitante puede ser la determinación del objeto de esos conocimientos, creencias, expectativas, pues no es posible que el imaginario popular se represente el Derecho en toda su magnitud, esto es tarea de los operadores jurídicos.

Otros creadores priorizan en sus estudios la constatación de los conocimientos que tiene el ciudadano común de las leyes, su creación y contenido, debido al arraigo que en el pensamiento occidental tiene el principio del Derecho: «La ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento».

En sentido análogo, GEOVANNI TARELLO utiliza el término cultura de la legalidad, considera que «...define mejor que cualquier otro el conocimiento que un pueblo tiene de su Derecho, así como los esfuerzos que hace el gobierno para difundir tal conocimiento, las variables del proceso mediante el que un pueblo acata las normas que lo rigen, los efectos concretos que este ejercicio tiene en la sociedad civil y los límites a los que se circunscribe».

El destacado filósofo y jurista italiano contemporáneo, LUIGI FERRAJOLI entiende como cultura jurídica un conjunto muy amplio de conocimientos y actitudes:

> el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas en una determinada fase histórica por los juristas y filósofos del derecho; el conjunto de las ideologías, modelos de justicia y formas de pensar acerca del derecho que carac-

[6] JESÚS MARTIN BARBERO: Oficio de cartógrafo. Travesías latinoamericanas de la comunicación en la cultura.

[7] D. Accatino SCAGLIOTTI: *El saber dogmático en nuestra cultura jurídica*, *Revista de Derecho*, vol. VIII, pp. 7-17, 1997.

teriza a los operadores jurídicos de profesión (trátese de jueces, legisladores o administradores) y el sentido común respecto del derecho y las instituciones jurídicas en lo singular que se difunde y opera en una determinada sociedad.[8]

Estas posiciones constituyen una visión limitada de la cultura jurídica, en tanto desdeñan cualquier concepción creativa y dinámica del individuo en la elaboración del Derecho, resultando aquella burocratizada, estado-céntrica, y enajenadora, propia de los moldes de la modernidad. Aún así, permite producir y reproducir el Derecho a partir de las representaciones individuales, constituye un elemento para la determinación de la eficacia del Derecho como mecanismo de control social.

La cultura jurídica puede ser considerada como el elemento ideológico y la expresión del "conjunto de conocimientos, creencias, opiniones y expectativas que se tiene en relación con el Derecho".[9] Ella determina la forma en que los individuos se relacionan con las instituciones y con las normas jurídicas y constituye un componente imprescindible para el buen desenvolvimiento del fenómeno jurídico, en tanto posibilita una mejor interpretación y aplicación de éste por sus operadores y su cumplimiento por la ciudadanía, con el objetivo de alcanzar el consenso político adecuado.

Sumado a lo anterior, resulta imprescindible destacar a la cultura jurídica como la forma en que el pueblo crea el Derecho, lo aplica y utiliza. Por tanto, para hablar de cultura jurídica, hay que hacer referencia a la conciencia jurídica, educación jurídica y participación ciudadana.

La conciencia jurídica es una forma de conciencia social que refleja el sistema de relaciones jurídicas vigente en la sociedad de clases, sus modificaciones y tendencias. Ella está interrelacionada a las demás formas de conciencia social e influye en el desarrollo moral, espiritual, volitivo y conductual de las personas; con independencia del sexo, la edad, el credo o la posición social. Se conforma a lo largo de la vida mediante la instrucción, la educación y las vivencias obtenidas a través de la práctica social.

La educación jurídica comprende a toda la sociedad y se expresa en el grado de cultura jurídica alcanzada. Es un proceso que requiere tiempo, sistematicidad, constancia, conocimientos, convicciones, deseos de hacer y experiencias prácticas que evidencien su utilidad y necesidad.

De ahí la importancia que desde las etapas más tempranas de la vida se ponga en las manos de los niños y niñas información sobre el Derecho, cuestiones palpables y en correspondencia con su realidad, pero que posibiliten la adquisición paulatina de una cultura jurídica y la formación de la conciencia jurídica.

[8] Salazar Ugarte, P.: *Democracia y cultura de la legalidad,* 2006.

[9] Torres Arends, I.: "Ciudadanía y cultura jurídica: una aproximación a la identidad jurídica del venezolano", *Politeia*, vol. 24, no. 27, julio, 2001, pp. 91-104.

Esto significa la contribución de todos los agentes socializadores: familia, escuela, grupos, entidades sociales, políticas, religiosas y los ciudadanos en su conjunto, en el proceso de transmisión de valores para una mejor apropiación de los deberes y derechos consagrados en la Constitución y las leyes, con vistas a fomentar el sentido de la disciplina, la responsabilidad y presentar al Derecho como un ámbito que le pertenece al ciudadano y no que le viene impuesto.

La participación es un proceso activo destinado a transformar la realidad y brinda mayor protagonismo a los sujetos que lo desarrollan al compartir en la toma de decisiones. Tiene en su base necesidades individuales y colectivas, implica un conjunto de procedimientos de naturaleza política, social y psicológica, en tanto son los hombres y las mujeres quienes la llevan a cabo, a través de las estructuras y espacios sociales disponibles; ella puede alcanzar diferentes niveles y formas de expresión, en función de las condiciones en que se concreta y de los sujetos que intervienen. Sujetos que, a la vez que transforman su realidad, se transforman a sí mismos, educan y crecen en ese proceso. No constituye un fin en sí, sino un medio, en el cual una condición esencial es la motivación, a partir de las necesidades, deseos e intereses capaz de movilizar a la acción.

Para que los individuos y los grupos crezcan y se eduquen, a través de la participación, esta debe adquirir sentido personal para los implicados. Guarda estrecha relación con sus necesidades y motivos, les permite problematizar y reflexionar, elevar su autonomía y convertirse en un modo de hacer que los caracterice como sujetos y trascienda a los diferentes ámbitos de la vida.

Debe ser entendida entonces como un derecho, una de las necesidades principales del ser humano y como método de aprendizaje, a través del cual se consolida el compromiso activo y el sentido de responsabilidad para quienes intervienen en dicho proceso.

De ahí que, el énfasis en la participación debe estar en función de que los sujetos sociales individuales y colectivos, con sus características personales y puntos de vista específicos, se vinculen cada vez más a la toma de decisiones en las actividades que les son propias en los diferentes contextos donde se desenvuelve su vida diaria

En Cuba, la cotidianidad de los individuos suele estar marcada por una lucha entre el deber ser y el hacer funcional. Se trata de la constante contradicción a la que se enfrenta el ciudadano común, cuando quiere hacer uso de los servicios jurídicos, cumplir con sus deberes o ejercitar sus derechos y el desconocimiento dificulta o impide la satisfacción de su necesidad o el cumplimiento de lo establecido; situación que no lo exime de cumplir con la Ley, pero que pudiera verse aminorada si la influencia educativa, en definitiva de culturización jurídica, alcanzara un significado importante dentro del proceso de socialización de las personas.

Conclusiones

Se debe señalar la necesidad de incorporar, como parte importante del proceso de comunicación y a partir de políticas gubernamentales y estatales, acciones encaminadas al desarrollo de la cultura jurídica y el incremento de la participación ciudadana, pues esto permitirá conocer la realidad del Derecho en Cuba y fortalecer elementos esenciales del sistema jurídico; sintetizando la visión de este en las esferas reales donde las personas despliegan su existencia. «La participación es, junto a la igualdad, la justicia social y la soberanía nacional, un elemento esencial para definir el tipo de democracia que existe en una sociedad y su comportamiento en la vida real.».[10]

Esta no es una labor de un día o producto de una campaña por un suceso determinado, se requiere de creatividad, especialización, organización, perseverancia, permanencia, estabilidad, nivel de gestión, dedicación y tiempo para lograr la efectividad.

La intervención de los medios masivos de comunicación, especialistas, funcionarios, operadores del Derecho y los agentes socializadores resulta esencial, pero en alianza con una participación ciudadana creadora y emancipadora, mediante la cual se propicie que el sujeto se apropie del Derecho; la norma no ha de venirle impuesta, sino debe asimilarla, asumirla y servirle para transformar la realidad que lo circunda.

Fortalecer el proceso participativo de los ciudadanos, lograr el intercambio, la comunicación y el desarrollo de una educación jurídica transformadora y dialéctica, donde el Derecho no solo sea un instrumento, sino una garantía social y de defensa de la Revolución resulta vital para lograr una sólida cultura jurídica; ese es el reto y el objetivo a alcanzar.

Bibliografía

Alenjandrina di Fonzo, M.: *La comunicación en la empresa como función estratégica*. Tomado de: www.migroup.com.ar., diciembre 2009.

Alonso, M. y Saladrigas H.: *Teoría de la Comunicación: Una introducción a su estudio*, Ed. Pablo de la Torriente Brau, La Habana, 2001.

Alonso, M., R. Rivera y E Sánchez: *La investigación de la comunicación en Cuba: Préstamos teóricos para un itinerario singular*. Tomado de: www.comminit.com., enero 2010.

Alsina, R.M.: *La Comunicación intercultural*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1999.

…..: *Teorías de la Comunicación. Ámbitos, métodos y perspectivas*, Ed. Aldea Global, Barcelona, 2001.

Accatino, D.: «El saber dogmático en nuestra cultura jurídica», *Revista de Derecho*, vol. VIII, pp. 7-17, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1997.

Álvarez Somoza, F.: «Sociedad Civil y sociedad política», *Revista de Estudios Europeos*, no. 57, Centro de Estudios de Europa, La Habana, 2001.

Alvero, F.: *Diccionario Cervantes. Manual de la Lengua Españ*ola, Ed. Pueblo y Educación, La Habana, 1977.

[10] E. M. Valdés y J. A. Toledo García: «Participación y socialización políticas: interrelaciones», *Teoría y procesos políticos contemporáneos*, t. I.

ANDREU PINILLOS, A.: "Comunicación interna, un paseo por el tiempo", *Harvard Deusto Business Review*, no. 70, enero-febrero, Ed. Deusto, Bilbao, 1996.
BARREIRO POUSA, L.: "El perfeccionamiento empresarial y la comunicación interna", *Revista Espacio,* no. 1, La Habana, 1999.
BENASSI, C.: "Escuelas de comunicación en México: ¿realidad o imaginario social?" *Diálogos de la Comunicación*, no. 62, julio, [s. n.], 2001.
BERLO, D.: *El proceso de la comunicación. Introducción a la teoría y a la práctica*, 2da ed., Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 2000.
COLECTIVO DE AUTORES: *La comunicación educativa*, CEPES, La Habana, 1999.
COSTA, J.: *La comunicación en acción*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.
FERNÁNDEZ COLLADO, C.: *La comunicación humana en el mundo contemporáneo*, 2da ed., Mc Graw Hill. México, D.F, 2000.
GARCÍA CANCLINI, N.: "El malestar en los estudios culturales", *Fractal*, no. 6, julio-septiembre, año 2, vol. II, [s. n.], 1997.
…..: "Para un diccionario herético de estudios culturales", *Fractal,* no. 18, julio-septiembre, año 4, vol. V, 2000.
…..: "Noticias recientes sobre la hibridación", *Revista Transcultural de Música*, no. 7, [s. n.], 2003, ISSN: 1697-0101. Tomado de: http://www.sibetrans.com/trans/trans7/canclini.htm. 25 de enero de 2011.
…..: *El poder de las imágenes. Diez preguntas sobre su redistribución internacional*. Tomado de: http://www.estudiosvisuales.net/revista/pdf/num4/canclini-4.pdf. 25 de enero de 2011.
GONZÁLEZ MORALES, J. C.: *Autoexpresión y comunicación interpersonal en la organización*, Ed. Logos, La Habana, 2005.
LINARES, C., MORAS, P Y RIVERO, Y.: *La participación. Dialogo y debate en el contexto cubano*, Instituto de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, La Habana, 2004.
LÓPEZ, VIERA L.: *Comunicación social; selección de textos*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.
LUCAS MARÍN, A.: *Sociología de la Comunicación*, Ed. Trotta, S.A. Madrid, 1999.
MARQUES DE MELO, J.: "Identidad del campo de la comunicación: estrategias para salir del gueto académico", *Diálogos de la Comunicación*, no. 62, julio, [s. n.], 2001,
MARTIN BARBERO, JESÚS: *Oficio de cartógrafo. Travesías latinoamericanas de la comunicación en la cultura*, Fondo de Cultura Económica, [s. n.], 2002.
…..: *Al Sur de la modernidad. Globalización, comunicación y multiculturalidad*, 2001. Tomado de: http://www.mediaciones.net/category/libros/. Consultado el 25de enero de 2011.
…..: *La educación tiene que ser reinventada* Tomado de: http://portal.educ.ar/debates/educacionytic/nuevos-alfabetismos/la-educacion-tiene-que-ser-reinventada-jesus-martin-barbero.php. 25de enero de 2011.
MARTÍN SERRANO, M.: *La producción social de comunicación*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1986.
MC. QUAIL, D.: *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*, Ed. Paidos, Barcelona, 1991.
MEDINA, I.: *Teorías latinoamericanas sobre la recepción*, Ed. Pablo de la Torriente, La Habana, 2000.
MORAGAS, M.: *Teorías de la Comunicación*, Ed. Gustavo Gilí, Barcelona, 1981.
MORAGAS, M.: *Sociología de la Comunicación de Masas*, Barcelona, t. II, Ed. Gustavo Gilí, Barcelona, 1979.
OJALVO V.: *La ciencia de la comunicación*, CEPES, Universidad de La Habana, La Habana, 1999.
PÉREZ, A.: *Participación social en Cuba*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas, La Habana, 2004.
PORTAL MORENO R.: *Comunicación y Sociedad. Selección de Lecturas*, Ed. Félix Varela. La Habana, 2003.
RAMONET, IGNACIO: "Los cambios en la información y la comunicación", conferencia Caracas, en abril del 2002 Boletín ICCI-ARY Rimay, no. 40, año 4, julio del 2002,

Tomado de: http://icci.nativeweb.org/boletin/40/ramonet.html, 24 de enero de 2011.
Salazar Ugarte, P.: *Democracia y cultura de la legalidad*, Instituto Federal Electoral. México, 2006. Tomado de: www.cefral.edu.mx., enero de 2010.
Samovar, L., R. Porter, N. Jain: Understanding intercultural communication, Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1981.
Samovar, L., R. Porter, L. Stefani.: *Communication between cultures*, Belmont: Wadsworth Publishing Company, 1998.
Sánchez Ruíz, E.: "La investigación y el entorno social: notas para una agenda", *Revista Diálogos*, no. 64, noviembre, [s. n.], 2002
Saperas, E.: *Manual Básico de Teoría de la Comunicación*, CIMS, Barcelona, 1998.
Shannon, C. E.: «A mathematical theory of communication», *Bell System Technical Journal*, vol. 27, July and October, [s. n.], 1948.
Tejeda del Prado, J.:"Identidad, Imagen y comunicación", *Revista Espacio*, no. 6, septiembre-diciembre, La Habana, 2001.
Toirac, García y. R. Muñoz: *Selección de lecturas sobre fundamentos de publicidad*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.
Torres Arends, I.: "Ciudadanía y cultura jurídica: una aproximación a la identidad jurídica del venezolano", *Politeia*, (Online), vol. 24, no. 27, julio, 2001, pp. 91-104. Tomado de: http://www2.scielo.org.ve., enero de 2010.
Valdés, E. M., J.A. Toledo García: "Participación y socialización políticas: interrelaciones", Teoría y procesos políticos contemporáneos, t. I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.
Vargas, J. P.: "De la representatividad política a la participación ciudadana: el camino hacia la consolidación democrática en Centroamérica", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 29. (1- 2), Ed. UCR, Universidad de Costa Rica, 2003
Vasallo de López, M. I.: "La investigación de la comunicación: cuestiones epistemológicas, teóricas y metodológicas", *Revista Diálogos*, no. 56, octubre, [s. n.], 1999.
Vidal Valdés, J. R.: "¿Existe la teoría de la comunicación?", *Enfoques*, marzo, UPEC, La Habana, 1999.
Wolf, M.: *La investigación de la comunicación de masas*, Paidós, Barcelona, 1987.

ACIJ
2009-2010
No. 16

Ellenguajedeloilícitocomodiscursociudadanoemergente enelcontextocubanoactual

The language of the ilicit as an emerging citicen discourse in today´s Cuban context

Karima Esther Sánchez Rey

Resumen

El ensayo constituye un acercamiento a la percepción social de determinados comportamientos ciudadanos anómicos, manifiestos a través de prácticas discursivas en la interacción cotidiana y su repercusión en la relación del ciudadano con el Estado, pensada ésta, por los innumerables vínculos que supone, a partir del Derecho, concebido como fenómeno cultural. El análisis abarcará tres dimensiones fundamentales: sociológica, política y jurídica.

Palabras claves

Prácticas discursivas, anomia, comportamientos ciudadanos anómicos, esquizofrenia social, eficacia jurídica, sistema político, legitimidad, estimativas morales, cultura política.

Abstract

This essay is an approach to the social perception of certain anomic citizen behaviors, that is manifested through-out discursive practices in the daily interaction and its repercussion in the State-citizen relationship, thought by the many links it supposes, according to the Law, conceived as a cultural phenomena. The analysis embraces three fundamental dimensions: psychological dimension, political dimension and law dimension.

Keywords

Discursive practices, anomie, anomic citizen behaviors, social schizophrenia, law effectiveness, political system, legitimacy, moral estimative, political culture.

El idioma de la miseria o disfraz con que se cubre la lengua
cuando va a hacer algo malo, es una lengua espontánea y reptil
que va, viene, salta, se arrastra, babea y se mueve monstruosamente
en esa inmensa bruma oscura compuesta de lluvia, de noche,
de hambre, de vicios, de mentira, de injusticia,
de desnudez, de asfixia, de invierno,
es el medio día de los miserables.
VÍCTOR HUGO, Los Miserables

Las prácticas discursivas asociadas al ejercicio del poder estatal, constituyen un objeto de estudio privilegiado para las ciencias sociales, específicamente para la Sociología (Sociología del Conocimiento) y la Epistemología, desde una perspectiva crítica que proyecta la relación orgánica entre saber y poder. Entre estos discursos ocupan un lugar especial aquellos que se muestran como normativos, que suelen enunciar normas y valores que portan una intencionalidad explícita de regulación de las relaciones sociales. Así, en Cuba, el Derecho es producido masivamente desde las diversas entidades de la estatalidad, pero junto a él, emerge paralelamente un rico imaginario de normas que se manifiestan como discurso. En estas se plasman comportamientos o conductas de "sobrevivencia o reacomodo" de los actores sociales frente a esa misma estatalidad; imaginario cuyos vestigios normativos se muestran en los discursos de esos actores, que se concretan en su habla y en su lenguaje. El horizonte epistemológico-normativo de los actores sociales adquiere, por tanto, una configuración bipolar. La cultura –siempre política- actúa sobre ellos, portando una faceta legislada, formal, jurídica, institucional, y otra rebelde, informal, interpretada normalmente como anómica. ¿Dos caras de una misma moneda?

Ambas facetas se imbrican mutuamente y conforman mitos sociales de gran estabilidad. La pluralidad de discursos normativos (el calificativo normativo no se ciñe al aspecto jurídico, sino que abre un espectro más amplio y con otras implicaciones) se balancea y nos pone en situación de conflicto que en nuestro estudio se limitará a la manifestación de divergencias entre la norma de Derecho, como discurso normativo por antonomasia impuesto por el Estado, y las prácticas discursivas de los actores sociales, estos aunque encarnan conductas o comportamientos contrarios a los que impone aquel discurso, pautan su realidad cotidiana.

Como se aprecia dentro de este escenario de relaciones y contraposiciones subyace una relación, con innumerables vínculos, la cual será analizada en última instancia a partir del Derecho, concebido

como un fenómeno cultural.[1] Se trata de la relación ciudadano–Estado, la que se puede ver de forma bidireccional.

Por un lado del Estado al ciudadano, a través de la ley, *in lato sensu*, en el entendido que todo vínculo que establece el Estado con el ciudadano, desde el mismo momento en que le otorga tal *status*, adquiere un matiz jurídico.

El Estado utiliza a tal efecto un lenguaje (jurídico) manifiesto en la norma jurídica como enunciado contentivo de principios, valores e intereses que encierra una expectativa de conducta del destinatario. En nuestro estudio puede presentarse aquella que describe conductas socialmente peligrosas, prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, pues van en detrimento del orden establecido en la sociedad, es decir, contentivas de delito (Ley penal cubana). Dicha normativa es resultado de la función del Derecho como mecanismo de control que utiliza el Estado para preservar y reproducir el orden social instituido. Por tanto, demanda aceptación social, es decir, expectativa de eficacia del destinatario.

Por otro lado, del ciudadano al Estado, en el sentido de que el primero es quien legitima o no el actuar del segundo, pues constituye el primer eslabón en la organización del poder estatal, a través del cual se construye el consenso.[2] El ciudadano también utiliza un conjunto de prácticas discursivas para referirse a la esfera de la política,[3] y al parafrasear al

[1] Concebir el Derecho como un fenómeno cultural implica pensarlo multidimensional, capaz de abarcar la mayor cantidad posible de dimensiones de la realidad, donde se analice la relación: hombre-sociedad-cultura y Derecho. El término cultura se entenderá en este marco, al decir de Aboslaiman, "como matriz de vida dotada de sentido", es decir, comprensiva de los modos de valorar, pensar y sentir de los individuos en una sociedad determinada. En relación con esto considera Martínez Paz, citado por esta autora: "(…) Los hombres crean, modifican o inciden en la cultura de su tiempo dándole sentido. Y al mismo tiempo, reciben el sentido, a través de las pautas culturales de la sociedad a la que pertenecen (…)" Se sugiere consultar: Lucrecia Aboslaiman: El Derecho como fenómeno cultural. Perspectivas de las distintas propuestas, pp.1 y 2.

[2] El sistema político cubano, se integra de varios componentes (instituciones, actores y mecanismos), entre los que se encuentra la denominada "(…) Población Políticamente Activa (PPA), es decir, la población cuyos miembros son o pueden ser actores políticos. Un mismo poblador participa en diferentes grupos acorde a sus distintos roles sociales y políticos. En ella se comprenden los sujetos y actores del sistema, principalmente los grupos políticos de base: ciudadanos, miembros de organizaciones, combatientes, militantes, etcétera. También los cuadros, el funcionariado, la dirigencia, la élite política y el liderazgo. (…)" Valdés Paz, *Sistema político y socialismo en Cuba*, p. 282.

[3] Es un término bastante usado en el lenguaje cotidiano, como referente de todo lo que tiene que ver con el Estado, en el discurso político e incluso ya forma parte de la terminología científico-social. Alrededor de este concepto ha existido ardua polémica, en la cual no voy a detenerme, ya sea para considerarla como arte o para atribuirle el calificativo de ciencia. Para el marxismo la política constituye una actividad dirigida conscientemente al funcionamiento y desarrollo del sistema social y se fundamenta en la actividad productiva que se lleva a cabo en el proceso de creación de las condiciones materiales y espirituales de existencia de los individuos, condicionada de manera causal por las necesidades y orientada por intereses políticos. Según el profesor Emilio Duharte la política constituye, un conjunto

investigador peruano CARLOS CASTAÑEDA,[4] para valorar, cómo la política influye sobre su nivel de vida y, más aún, sobre su calidad de vida, lo cual es expresión también de su cultura política.

Esas prácticas discursivas, que configuran lo que denomino «lenguaje de lo ilícito», condicionan la ineficacia e ilegitimidad del Derecho. Lo cual tiene un costo social apreciable que incide considerablemente en el debilitamiento de esa relación.

El lenguaje de lo ilícito lo constituyen eufemismos o expresiones eufemísticas que utilizan las personas tales como «luchar», «resolver», «vivir», «robar al Estado no es robar», insertos algunos incluso, en productos culturales de amplio consumo (fundamentalmente letras musicales), que vienen a legitimar comportamientos anómicos, que pueden llegar a configurar delitos.

Esta percepción se naturaliza dentro de la sociedad se convierte en un elemento esencial intrínseco del *modus vivendi* de las personas, que actúa siempre en detrimento de la reproducción de nuestro sistema económico, político y social, socava sus cimientos, y consiguientemente, los de la relación ciudadano-Estado.

El objeto de este ensayo, se circunscribe al lenguaje de lo ilícito como manifestación de prácticas discursivas de los ciudadanos que legitiman comportamientos anómicos y que implican a su vez, una «desvalorización» de la norma jurídica y del control estatal.

En el contexto nacional, se constató que las investigaciones en el ámbito socio-jurídico especialmente, a la vez que involucran legisladores, decisores políticos, ciudadanos en su ámbito de participación cotidiana, investigadores y comunidad jurídica en general, indican la insuficiencia de una relación dialógica entre ellos, que cercena la aprehensión totalizadora de la realidad y las posibilidades de su transformación revolucionaria. No obstante, se revisó un trabajo de diploma de la Facultad de Psicología de la Universidad de la Habana titulado *El delito: una aproximación al estudio de su representación social en adolescentes y jóvenes* del año 2002, de IBETTE ALFONSO PÉREZ, en el cual se realizan algunas consideraciones sobre una parte del tema objeto de estudio, que me parece atinado traer a colación

de ideas concientizadas, acciones y relaciones que determinan los intereses cardinales de unos u otros sujetos políticos, en base a los cuales éstos se guían en su actividad práctica hacia el logro de sus objetivos en contextos y sistemas políticos de uno u otro tipo. Para tener una visión más completa del debate en torno a esta categoría. , EMILIO A. DUHARTE DÍAZ: *Los sistemas políticos: una introducción teórica y comparada*, EMILIO A. DUHARTE DÍAZ Y DOLORES VILÁ BLANCO: *Política y Sociedad Contemporáneas. Un acercamiento a los dilemas políticos de la educación superior*, también en CD-ROM *Política y Sociedad Contemporáneas*.

[4] Tomado de EMILIO A. DUHARTE DÍAZ: "¿Por qué debemos estudiar la política? (A manera de prólogo)", en EMILIO A. DUHARTE DÍAZ: *Teoría y procesos políticos contemporáneos*, p. 2-3.

por constituir un enfoque psicosocial del problema. En este sentido se expresa:

> (...) el adolescente no sólo toma posición ante el delito, sino que se representa una imagen de la acción delictiva, que en este caso es el robo, considerándolo como el delito que más lo afecta en su vida diaria, sin percatarse que existen otros, más comunes en el cotidiano de vida, que constantemente lo están afectando, como por ejemplo, la alteración de precios, «las multas», que tal vez por ser comunes, no son considerados por él como delito. Con relación a esto, existe una tendencia a justificar estas conductas, alegando que lo que la gente hace es «luchar», «resolver», lo que demuestra que el conocimiento que poseen sobre estos tipos de delitos es escaso, pero además, que no reconocen que al igual que el resto de los delitos también los perjudican (...).

El análisis del tema en cuestión se hará a partir de tres dimensiones fundamentales que se interconectan: una dimensión sociológica, una política y otra jurídica. El lector resistirá la tentación de pensar el por qué de estas. Pero, lo cierto es que enfocarlo únicamente desde el ámbito jurídico, a partir de examinar la eficacia de la norma jurídica (Ley penal cubana, esencialmente), implicaría cercenarlo demasiado.

Algo parecido subraya MERTON para referirse a la relación entre la teoría de la anomia y las formas de conducta divergente, específicamente la innovación, expresando lo siguiente: «(...) forma de conducta divergente... que se refiere al rechazo... de las prácticas institucionales pero conservando las metas culturales (...)». Según este autor, la innovación es lo que caracteriza una parte importante de la conducta divergente que se incluye «vagamente» en los conceptos generales de «crimen» y « delincuencia», los cuales resultan más visibles, y por ende más examinados debido a que la ley proporciona los criterios formales de esta forma de desviación.

Añade este autor que esto no ocurre con otras formas de conducta, que desde el punto de vista sociológico, no jurídicamente, se consideran desviaciones de las normas aceptadas, resultando menos visible y reciben por tanto menos atención.

¿Qué nos indica? Pues que la conducta divergente, no sólo se limita a la criminal o delincuente. Desde el punto de vista sociológico existen otras formas de desviación de las normas «sociales», con consecuencias muy apreciables, y que nada tienen que ver con la violación del Derecho vigente en el país. Por tanto, no abordaremos únicamente la perspectiva jurídica de este fenómeno, en el sentido de que estos comportamientos pueden llegar a configurar delitos, siempre que estén contenidos en la definición del artículo 8, apartado 1ro del Código Penal cubano. Con ello sugerimos un abordaje del tema que tenga en cuenta las tres dimensiones planteadas.

Dimensión sociológica

Como se apuntó en páginas anteriores, el lenguaje de lo ilícito se manifiesta a través de comportamientos o conductas de «sobrevivencia o reacomodo», interpretados normalmente como anómicos.

Al decir de R. M. MacIver, citado por Merton,[5] el comportamiento anómico desde el punto de vista psicológico, constituye un estado de ánimo del individuo: «(…) cuyas raíces morales se han roto, que ya no tiene normas, sino únicamente impulsos desconectados, que no tiene ya ningún sentido de continuidad, de grupo, de obligación. El individuo anómico se ha hecho espiritualmente estéril, responsable sólo ante sí mismo, y ante nadie más (…)», y añade: «(…) Anomia es un estado de ánimo en que está roto o mortalmente debilitado el sentido de cohesión social –principal resorte de su moral- del individuo (…)».

Como bien afirma Merton, el concepto de anomia desde el punto de vista psicológico, es un estado de ánimo, que según él puede reflejar tensiones sociales. Por tanto su contrapartida está en el concepto sociológico de anomia.

Inicialmente Durkheim, en dos de sus obras fundamentales: *De la División del Trabajo Social* (1893) y *El suicidio*(1897) lo concibió como la falta de normas de una sociedad o de un grupo. Por tanto para este autor el estado de anomia constituía una propiedad de la estructura social y cultural. La refería como incapacidad social de integración de los individuos a causa de un debilitamiento de la conciencia colectiva. Para él la sociedad sufre este mal en su conjunto producto de la carencia o falta de vigencia real de una normativa moral y jurídica que le permita organizar su dinámica interna, proporcionándole a la sociedad, tomada como totalidad, un estado de crisis.

En su obra *El Suicidio*, el concepto de anomia es parte de la definición de los tipos de suicidios, entre los que distingue el anómico. Aquí la anomia es vista a partir «de la relación del individuo con las normas de su sociedad, describiendo el carácter infinito, vertiginoso y angustiante del deseo del hombre librado a sí mismo, cuando se rompe la relación entre el actor social y el orden simbólico de su sociedad».[6] Durkheim trató sobre todo de establecer una relación entre la anomia y el modo de organización de la sociedad, planteando el problema de la relación

[5] Ritzer, George: *Teoría sociológica contemporánea*, p. 134.

[6] Es una de las metas culturales más importante en la cultura norteamericana, aunque según Weber, citado por Merton, el éxito financiero es consustancial a todo tipo de sociedades en las que haya existido posibilidad objetiva para materializarlo. Por tanto no es peculiar de aquella sociedad, la cuestión radica en que la sociedad norteamericana según apunta Merton«(…) premia la opulencia económica y el ascenso social para todos sus individuos». Según este autor «el esfuerzo por alcanzar el éxito no es cuestión de individuos que por casualidad tienen impulsos adquisitivos, enraizados en la naturaleza humana, sino que es una expectativa socialmente definida. Esta expectativa normada se considera apropiada para todos –y añade más adelante, que ello ocurrirá independientemente de su suerte inicial o de su situación en la vida» (246). Este ambiente cultural exige un tributo psíquico de

entre los sistemas de valores y las estructuras socio-económicas, en función del ritmo de cambio de estas últimas. Por tanto afirmaba que el estado de anomia constituía una propiedad de la estructura social y cultural.[7]

Ya en MERTON la conducta anómala constituye «un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturales prescritas y los caminos socialmente estructurales para llegar a ellas».[8] Esto constituye según GEORGE RITZER[9] una de las aportaciones más influyentes al funcionalismo estructural y a toda la Sociología, visto en la relación entre cultura, estructura y anomia, y la tendencia de esta última a derivar en la denominada conducta desviada.

Estas aspiraciones están contenidas en lo que este autor denomina estructura cultural, como valores que norman la conducta de los individuos en un grupo o en una sociedad determinada.

Los caminos socialmente estructurales los concibe en la estructura social, entendida como el conjunto de relaciones sociales que mantienen entre sí los individuos de una sociedad o de un grupo determinado.

Entonces la anomia, según este autor constituye la quiebra en la estructura cultural, producto de una disyunción aguda, como le llama él, entre los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquellos.

Según esta postura la estructura social pone en riesgo para algunos individuos, debido a la posición que ocupan en ella dentro de la sociedad, el desarrollo pleno de los valores culturales. Sólo lo lograrán aquellos que puedan, pues la estructura social puede convertirse en una barrera o en una puerta de fácil acceso para la acción que dictan los mandatos culturales.

En este contexto la desviación suele constituirse en un medio alternativo, y en ocasiones ilegal para realizar de manera efectiva las metas culturales. De ahí que la disyunción entre cultura y estructura conduzca a una

los individuos, un mandato moral que presiona para triunfar. Por lo que ante la amenaza de la derrota usan tácticas que más allá de la ley o de la moral, permiten el éxito. Es este el talón de Aquiles de esta meta cultural: reconocer todos los medios que le permitan a uno alcanzarla (248). Lo cual tiene un costo social apreciable, que se traduce en lo que MERTON llama *desmoralización,* pues las normas son despojadas de su poder para regular la conducta, apareciendo el ingrediente *ausencia de norma*, propio de la anomia. Para una visión más completa de este tema véase MERTON, ROBERT K.: *Ob, cit.*, pp. 246 y 248.

[7] Yo creo que de lo que se trata es de buscar doctrinas que pueden ser empleadas en la validación de prácticas coyunturales bien concretas, sobre todo si se trata de las sugerencias de un científico social de la talla de MERTON.

[8] *Ob. cit,* p.138.

[9] MIGUEL LIMIA DAVID Y JOSÉ MIGUELBLANCO SIRÉ: «Aproximación ética al fenómeno de la corrupción», p. 2.

disfuncionalidad (la anomia), que se materializa en la conducta desviada dentro de la sociedad.

Como se puede apreciar esta concepción de la anomia es congruente con la sociedad de procedencia de este autor, la sociedad norteamericana de las décadas de los cincuentas y sesentas aproximadamente. Tengamos siempre presente *el american way of life*, o el tema del éxito,[10] esencialmente monetario, en esta cultura.

Más allá de las diferencias de formaciones sociales y de proyecto de sociedades, veamos cómo se manifiestan los comportamientos ciudadanos anómicos, a los que nos referimos inicialmente y sus implicaciones en el contexto cubano.[11] Sin desdeñar las contribuciones del estructural-funcionalismo a los estudios de la sociedad, como teoría analítica empírica propia de la época, y teniendo en cuenta que han pasado ya más de cincuenta años de su elaboración e incluso la máxima mertoniana de que a lo más que puede aspirar la Sociología es a producir teorías históricamente específicas, teorías de "alcance medio".[12]

Hay un presupuesto en la teoría de la anomia de Merton, que es básico para entender sus consecuencias en cualquier contexto: existe una disyunción, y aguda además.

Ahora bien, ¿Cómo pensar tal disyunción en nuestro contexto?, ¿Será posible? En esta ocasión sólo comparto ideas, que le permitirán al lector sacar sus propias consideraciones.

El punto de partida de esta interrogante ha de ser la dinámica que ha sustentado la relación del ciudadano con el Estado en el diseño de nuestro proyecto social.

Veamos pues, algunos elementos medulares del paradigma ético-político revolucionario cubano en cuanto a la moralidad pública y privada, desde finales[13] del siglo XIX. Sólo traigo a la reflexión aquellos que directamente aluden a la concepción de las necesidades e intereses personales en nuestra sociedad, a partir del triunfo revolucionario en 1959:

- La noción de que el ciudadano ha de cumplir su deber defensivo y constructivo frente a la patria, posponiendo sus propias necesidades si es necesario. Es la ética del sacrificio heroico trascendental, como vía de acceso a la vida pletórica.

[10]Juan Valdés Paz: Sistema político y socialismo en Cuba, p. 285. Para más información sobre el tema consúltese "Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio", pp. 126-136.

[11]*Ob. cit.*, p.126.

[12]Destacado periodista y cronista, muy conocido por sus crónicas o anécdotas dominicales en el periódico cubano: Juventud Rebelde.

[13]Miguel Limia David y José Miguel Blanco Siré: *Ob. cit.*, p. 4.

- El sacrificio y posposición de las necesidades e intereses personales como mejor forma de satisfacer el propio interés, como la vía para alcanzar la vida pletórica, no como fin de la actividad social, ni como sentido de la vida.
- La noción de construir la relación individuo-sociedad sin antagonismos y de la necesidad de subordinar lo personal a lo social en caso necesario, al fin de emancipar al ser humano en el cubano.

Cuba sostiene un modelo de transición al socialismo[14], desde los primeros años de la Revolución hasta nuestros días, con una continuidad que tiene su expresión en la reiterada voluntad de desarrollar y corregir el sistema[15]. En estos momentos me viene a la mente un artículo que volví a re-leer recientemente que tiene por título *Socialismo del siglo XXI: ¿entelequia o necesidad?* de Luis Sexto.[16] En él su autor retoma una frase de un artículo del Dr. Armando Hart publicado en el periódico Juventud Rebelde, el 9 de diciembre de 2006, en el que expresa "...debemos profundizar en un problema filosófico clave: la búsqueda de la relación entre lo que se llamó objetivo y se denominó subjetivo (...) Lamentablemente, muchos en el siglo XX olvidaron que el hombre es también materia...". A lo que Sexto agrega "(...) a veces también algunos olvidaron que el hombre es también subjetividad. Conciencia. Espíritu al que las fronteras y los cartabones limitan y deforman". Y argumenta:

> Una de las regularidades del socialismo del siglo XX y de su caída consistió en que el sentimiento de propiedad social nunca se afincó en la conciencia de los trabajadores. Jamás sintieron que sus fábricas fueran verdaderamente suyas, a pesar de la distribución mediante los fondos sociales de consumo. Algo impedía que se desarrollara una relación de propiedad entre el productor y los medios de producción. Y claro está, no podía haber surgido esa relación ni ese sentimiento, porque los trabajadores no eran dueños en la práctica: seguían siendo asalariados. Ese era el efecto: asalariados del Estado. Porque nadie podrá discutir ya, que el acto de estatalizar la propiedad no significa sociali-

[14] *Ob. cit.*, p.p. 6, 7, 8.

[15] Según el profesor Jorge Luis Acanda: "(...)el socialismo realmente existente ha sido un modelo estadocéntrico, que identificó eliminación de la propiedad privada capitalista con estatalización de la propiedad, y propiedad social con estatal. Al considerar que estatalizar una propiedad equivale a hacerla de toda la sociedad, se identifica el Estado con toda la sociedad(.)". En este sentido considera que después de la experiencia de los países de Europa del Este y la URSS, no puede confundirse al Estado con toda la sociedad, y por tanto la propiedad estatal no tiene necesariamente que ser sinónimo de propiedad social. (Jorge Luis Acanda: "Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio", p. 137).

[16] Se configura respecto a la propiedad social, que el común de los mortales identifica con la propiedad estatal, un problema muy común, y es que "lo que es de todos no es de nadie", por tanto nadie responde por ella.

Todas estas ideas tienen un referente común: el lugar de los intereses personales, o dicho de otra manera, el papel del ciudadano en el proyecto de sociedad que queremos construir.

Siguiendo la línea de pensamiento del Dr. MIGUEL LIMIA[17] me parece pertinente su referencia a los factores movilizadores de la conducta y la actividad humanas, que a mi juicio constituyen uno de los móviles de las manifestaciones de conducta o comportamiento anómico, que se presentan a través del lenguaje de *lo ilícito*. En tal sentido considera lo siguiente:

- La necesidad y el interés se expresan en las conductas humanas indirectamente, mediados por valores o estimativas configuradas socialmente
- La necesidad y el interés actúan subjetivizados, canalizados por pautas u orientaciones de valor y expresados en tendencias, deseos e impulsos. En la selección y personalización participan determinados reguladores sociales de la conducta y la actividad.
- Estos mecanismos se relacionan con distintas características de la vida psíquica personal y colectiva (...). Son mecanismos del control social.

Así mismo realiza este autor un tracto en el comportamiento de estos mediadores a lo largo de la Revolución cubana, enunciando en síntesis varios momentos, que traigo a colación por la genialidad del enfoque y por cuanto se aviene con mi objeto de estudio:

1. Proceso de resignificación del delito en general, condicionado, entre otras razones por el históricamente sostenido enfoque represivo del Derecho penal (...) y por la desconexión del Derecho con profundos cambios ocurridos en el país.
2. La crisis de los noventas aumentó esta deslegitimación debido a la incapacidad puesta de manifiesto de golpe por parte de la propiedad social para conformar los proyectos de vida. Desde los años ochentas se puso de manifiesto que la propiedad socialista en su forma estatal y cooperativa no lograba engendrar el sentimiento de dueño colectivo en los trabajadores de manera masiva y sostenida, ni garantizar la participación creciente e interesada de los mismos en el proceso de dirección consuetudinario.
3. Resignificación del robo y de la conducta anómica en general mediante representaciones sociales tales como "resolver" y "luchar", actuó como

[17] "(...) Los valores se ramifican y penetran las más diversas facetas de la vida humana y poseen su manifestación específica en la economía, en la moral, en el arte, en la política, en el mundo del Derecho, de la religión, y como ingredientes inalienables de los procesos educativos (...)". (JOSÉ RAMÓN FABELO CORZO: *Los valores y sus desafíos actuales*, p. 12.)

deslegitimador complementario de las fuentes institucionales de autoridad moral.

4. El modo en que en el presente se enlazan los intereses personales, los colectivos particulares y los sociales generales no puede ser el mismo que en las primeras décadas de la Revolución cuando el problema clave era resolver la cuestión de quién vencerá a quién en el plano interno. Hoy el éxito del proyecto social pasa por su capacidad de reorganizar y encauzar los proyectos personales. Esto engendra un amplio campo para las desviaciones sociales de todo tipo.
5. Las opciones para los proyectos de vida se han estrechado y se han deslegitimado en mucho el Estado y la propiedad social como fuentes de autoridad moral, de identificación de la persona con la sociedad, de canalización de las expectativas personales.
6. Se genera un terreno social sumamente amplio para el no reconocimiento de la institucionalidad estatal como fuente de autoridad moral, particularmente en lo relativo a la propiedad socialista. Si el «no robarás» funciona sin duda para la propiedad personal, deja de hacerlo o adquiere un matiz reducido, «blando» o débil, en relación con la social.
7. La vía para restablecer el nexo entre los proyectos de vida personales y el proyecto social pasa por el incremento cuantitativo y cualitativo de la participación política, social, económica, por más compromiso efectivo de cada cual, por la elevación del trabajo a principal fundamento del modo de vida en cuanto a lo que se consume y a cómo se relacionan las personas, por el enlace entre el lado económico y el político de la propiedad socialista, asunto que no ha logrado ninguna experiencia socialista hasta el presente.[18]

Voy a detenerme en el quinto y sexto momento, para seguir brindando al lector pautas que le permitan quizás, arribar a alguna consideración en torno a la interrogante planteada inicialmente, pudiendo apreciar o no la existencia de una disyunción. En el primer caso se produce una ruptura entre los proyectos de vida personales y, el Estado y la propiedad social, como garantes de los mismos. Por tanto, pierden legitimidad y comienza a abrirse una brecha que impide al ciudadano identificarse con la sociedad.[19] De ahí que en el segundo caso este autor considere disfuncional la expectativa de eficacia del legislador cubano, vista desde la postura deontológica «no robarás», en relación con la propiedad social. Nada más perceptible en este sentido que la expresión eufemística «robar al Estado

[18]Dentro de estos mínimos morales compartidos, resulta ineludible, el valor dignidad humana, que a mi juicio requiere por la complejidad que encierra, un análisis particular.

[19]En una ocasión escuché a una persona decir que la receptación se había convertido en el delito de las personas decentes de este país.

no es robar»[20] o dicho de otra manera «que no me robe a mí, que le robe al Estado», insertas en el denominado lenguaje de *lo ilícito,* del cotidiano de vida.

A mi juicio, en nuestro contexto la disyunción puede estar produciéndose entre lo que dispone la norma jurídica, como expresión jurídico-formal de las estimativas o valores culturales[21] de nuestra sociedad y los comportamientos ciudadanos anómicos, que implican en todo caso, un juicio de valor de los sujetos que los reproducen. Comportamientos estos que pueden ser incluso, el resultado de la brecha que existe entre los mínimos morales compartidos[22] en la sociedad cubana y las «posibilidades» reales de vivir con ellos[23]. Esto no se comporta de manera absoluta, más si se tienen en cuenta los factores movilizadores de la conducta (la necesidad y el interés, mediados por reguladores sociales) que aludía Limia, muy relacionados según este autor *con la vida psíquica personal y colectiva*[24] de los individuos. Lo cual explica, a modo de excepción en la disyunción propuesta, que se pueda ser «pobre, pero honrado».

En este escenario conflictual parece estar latente lo que algunos autores[25], tan certeramente, han denominado *esquizofrenia social* que es resultado de la propia divergencia entre ambos discursos normativos. Sobre esta categoría, el psicólogo cubano D'Angelo Hernández, apunta respecto a la manera de producirse lo siguiente:

[20]Miguel Limia David y José Miguel Blanco Siré: *Ob. cit.*, p. 4.

[21]Ovidio S. D´ Angelo Hernández:*Autonomía integradora y transformación social: El desafío ético emancipatorio de la complejidad*, pág. 118.

[22]Resulta loable la afirmación de Fernández Bulté cuando caracteriza las normas jurídicas, alegando que *como contenido del Derecho, manifiestan y contienen el sentido político de este y se derivan de la traducción de los intereses y conflictos de clases e intereses o valores de orden político, que ahora se manifiestan como normativas o reglas jurídicas*. Julio Fernández Bulté: *Teoría del Estado y el Derecho*, T. II, p.101.

[23]*Ob. cit.*, p. 28.

[24]Ibidem

[25]No voy a detenerme en el conjunto de definiciones que en la literatura científico-social existen sobre la categoría sistema político, solamente voy a referirme a éste como el conjunto de organizaciones, organismos e instituciones políticas, pues comparto el criterio de otros autores, de que abarca además otros componentes, tales como: relaciones políticas, elementos reguladores del sistema, cultura e ideología políticas, dirigidos todos al desarrollo y mantenimiento de un determinado régimen social. Emilio Duharte Díaz: *Teoría y procesos políticos contemporáneos*, p.p.107-113. El sistema político cubano se integra por: organizaciones, organismos e instituciones partidistas, estatales, juveniles, de masas y socioprofesionales, que constituyen la organización política de la sociedad; relaciones políticas que se establecen dentro de la organización política, y entre esta y toda la sociedad; elementos reguladores del sistema, que son aquellas normas o regulaciones políticas y jurídicas como la Constitución y demás disposiciones jurídicas, los estatutos y reglamentos partidistas y de otras organizaciones; cultura e ideología políticas.

(…)la persona (grupo) es fragmentada al volverse incoherente sus formas de expresión en las esferas de su manifestación institucionalizada, con relación a sus percepciones habituales, sus necesidades e intereses en la esfera de lo real cotidiano y en los planos de las relaciones íntimas domésticas, y también se producen cuando hay una disonancia significativa entre los discursos institucionales oficiales y la interpretación de la vida social tal y como es experimentada por los sujetos sociales en su realidad concreta (…).

Más adelante, profundiza en este mismo sentido:

> (…) las expresiones de esquizofrenia social son paralizantes y distorsionantes de la acción social efectiva, constructiva y desarrolladora en cualesquiera de sus manifestaciones. La consecuencia es la deformación de los espacios participativos, que se comienzan a convertir en inertes, asfixiantes, inoperantes y formales. Por tanto, van dejando de ser, progresivamente, espacios de construcción de sentido social eficiente, mientras que los espacios de configuración de sentidos eficientes circulan en las esferas informales de lo cotidiano, más permeables y tolerantes a la diversidad y expresiones humanas. Todo ello plantea el peligro de escisión oculta o no siempre visible, de conformación de un doble plano contradictorio de la sociedad: la declarada y la real cotidiana, con intervínculos y vasos comunicativos conflictuados.
>
> La construcción de esa percepción de ficción acerca de los espacios y discursos institucionales oficiales (al menos, en un cierto nivel de sus manifestaciones) contrasta, en ese caso, con la credibilidad y sustentación de las elaboraciones de sentido en la esfera de las relaciones reales informales, constituidas en los patrones de interacción social más apegados a las experiencias y condiciones de reproducción cotidiana de la vida.
>
> (…) Dos esferas, la institucional oficial y la informal cotidiana se conviertan en esferas de oposición, a veces irreconciliable y conducente a crisis y neurosis individuales y colectivas de cierta magnitud, muchas veces sólo observadas a través de síntomas indirectos –manifestaciones sociales disruptivas, puntos de bifurcación social- con consecuencias impredecibles (…).

Dimensión política

El enfoque político del tema abordado, parte de entender su repercusión en la relación del ciudadano con el Estado, como eje esencial para la continuidad y sostenibilidad del proyecto emancipatorio cubano. En el sentido, que puede tributar a la toma de conciencia de decisores políticos por la necesidad de reducir la brecha existente entre lo normado[26] y el comportamiento cotidiano. También a los ciudadanos, como destinatarios por excelencia de la norma jurídica y como protagonistas en la reproducción de nuestro sistema.

De la relación ciudadano-Estado derivan innumerables vínculos, pero de acuerdo a los límites propuestos en este trabajo (su visión a través del Derecho), sólo se apuntará la relación que surge del vínculo jurídico-político que engendra

[26] Armando Chaguaceda: "Nada cubano me es ajeno: notas sobre la condición ciudadana", p. 122.

el *status* de ciudadano. Téngase en cuenta todo lo que puede derivarse de él, aun cuando, en Cuba no se despliegue esta condición en todas sus dimensiones. Nótese que se trata de un doble vínculo, a mi juicio muy bien interconectado, incluso desde su génesis, y con implicaciones muy bien definidas.

El término ciudadano, designa el vínculo jurídico-político del individuo con el Estado, condición indispensable para el disfrute de derechos y el cumplimiento de deberes, reconocidos constitucionalmente. Se trata de una relación jurídico política de la que devienen derechos y deberes para ambas partes, el ciudadano de un lado y el Estado del otro. El estatus ciudadano supone una responsabilidad en la reproducción de la convivencia social, que se asumirá de manera activa y consciente de acuerdo al grado de aceptación y legitimidad que tenga la persona que ostente tal condición, del sistema político imperante. Por lo que son imprescindibles una serie de condicionantes que permitan al individuo la realización del contenido de esta condición.

En este análisis lo primero que nos viene a la mente es la relación entre Derecho y Política. Al repecto indica lo siguiente el profesor Fernando Diego Cañizares, citado por Fernández Bulté:

> La relación entre el Derecho y la política adquiere su máxima expresión en las relaciones entre el Derecho y el Estado, sobre todo en el Derecho institucional. El Derecho y el Estado constituyen íntimamente unidos el aparato jurídico político de la superestructura social y en el orden institucional los dos elementos superestructurales de la sociedad más directamente vinculado con su estructura económica.[27]

Aun cuando, Cañizares conciba la relación entre el Derecho y la política, a partir de la relación entre el Derecho y el Estado, viendo a este último al decir de Fernández Bulté[28], como la organización política de la sociedad, prefiero en este caso, no limitar mis consideraciones únicamente en torno al Estado, pues aunque el lenguaje de lo ilícito en Cuba puede terminar socavando la relación de éste con el ciudadano, antes hurga otros elementos del sistema político cubano[29].

En esta asimilación también incurren los ciudadanos, que ven en el Estado todos los demás componentes de la organización política de la sociedad, y por tanto todo lo que es «política» es Estado. Se trata de una

[27]Miguel Limia David, y José Miguel Blanco Siré: Ob. cit., p. 2.

[28]María del PilarDíaz Castañón : «Gramsci: ¿civilidad versus subversión?», en *Gramsci: Los intelectuales y la sociedad actual*, p. 208.

[29]Al decir de Acanda: «(…) la cuestión es lograr un consenso activo, que implica no solamente participar en la solución de los problemas, una vez que estos son definidos. Para que haya consenso activo las personas deben participar también en la reflexión acerca de los problemas y en su construcción, así como en la elaboración de estrategias *(…)»* ..Colectivo de autores:*Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio*, p.144.

especie de sombrilla gigante que lo cubre todo, lo cual creo es parte de la fuerte presencia del mismo en todos los órdenes de la vida social. Lo mismo ocurre con la noción sociedad civil, que constituye entonces la otra cara de la moneda, pues salvo los ejes intelectuales que incursionan de manera crítica en este ámbito de reflexión, la cuestión de la civilidad, mucho menos la sociedad civil, no es tema que ocupe ni preocupe al ciudadano común de nuestro país, que no se lo piensa, y por ende ni siquiera forma parte de su habla y su lenguaje, aun cuando existan espacios de «participación» ciudadana. El ciudadano que refiero, se pronuncia en pro del espacio que más lo afecta: la distribución de la riqueza social, que no se refleja en su vida material, en los mínimos existenciales de vida (alimentación, salario, vivienda, entre otros), aun cuando el Estado realiza grandes esfuerzos para paliarlos. Estas dificultades conllevan a un actuar del ciudadano, manifestado en los tantas veces aludidos comportamientos anómicos, que se apartan de lo prescrito en la norma jurídica o de lo que demanda la moral media de la sociedad, aunque quizás ésta se haya subvertido al punto que, los eufemismos o expresiones eufemísticas que configuran el lenguaje de *lo ilícito,* gozan de un alto grado de permisibilidad social. Por tanto obstruyen un accionar cívico comprometido con el proceso cubano,[30] en el que en determinados momentos, y es pertinente resaltarlo, las necesidades e intereses personales del individuo han sido pospuestos en función del "deber defensivo y constructivo frente a la patria".[31]

> El ciudadano frente a estas condiciones se siente víctima de fuerzas que lo desbordan y que gracias al espíritu social del "cubano" existe una voluntad de "sobreponerse" a tal coyuntura. Este sobreponerse puede implicar varias posturas, en su mayoría nocivas para la reproducción del sistema político, esencialmente, que puede traducirse en un debilitamiento de la credibilidad en las instituciones y organizaciones, como espacios reales de participación. Entonces nos encontramos con frases como "para que hablar, si mis problemas no los resuelve nadie", "a mí lo que me importa es "resolver". Muchas veces estos espacios se vuelven inertes e inoperantes produciéndose una asintonía entre el discurso oficial, institucional, de los aparatos ideológicos del Estado y la cotidianidad de la gente, con costos a veces irreversibles. El lenguaje se convierte entonces en un indicador ostensible de toda esta situación. Los términos "luchar", "resolver", "vivir", "búsqueda" se comparten en el imaginario social con una *significación*. No se puede perder de vista que este lenguaje es reflejo mediato de la cultura política de los ciudadanos. Digo mediato porque, como en momentos anteriores afirmé, la expresión inmediata del mismo está en los comportamientos anómicos que llegan a configurar delitos, manifestación a su vez de lo que a mi juicio constituye una cultura jurídica negativa, pues la gente sabe como violar la *ley* y la justificación que a nivel social tendrá su comportamiento.

[30]Colectivo de autores: Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio, p. 145.

[31]Ibídem, p. 146.

El tema de la ciudadanía está íntimamente relacionado con el tema del consenso, que *per se* constituye un eje esencial en la configuración de cualquier sistema político, sobretodo en su relación con la sociedad civil, en definitiva, con el ciudadano. En una sociedad como la nuestra hay que tener bien claro de que consenso se trata[32], y cómo lograrlo.

Autores como ACANDA retoman la noción de consenso activo de GRAMSCI, para considerar que este sólo es posible si se posee un estilo de pensamiento crítico, que permita a los individuos participar activamente en el entrecruzamiento de ideas, en la construcción de un proyecto y por tanto ejercer adecuadamente sus derechos ciudadanos.

Otros como AURELIO ALONSO[33] consideran que las bases del consenso están en las posibilidades reales de participación que tenga la población.

Llama la atención la postura del juez NARCISO COBO[34] para referirse a este tema cuando expresa:

> (…) Es indispensable formar el consenso en un espacio de reflexión crítica, análisis, debate participativo, donde sea auténtico, franco, abierto; donde no tengamos que asumir posiciones formales. Se trata de no seguir reproduciendo la doble moral…Lo que se diga en la intimidad es lo que debe proyectarse socialmente…sin que existan dos lenguajes, dos formas de pensar (…)

Nótese que los enfoques anteriores redundan en el tema de la participación, real, efectiva, en espacios de reflexión crítica, impostergable en nuestro sistema.

Cuando se reproduce la doble moral, cuando funcionan dos lenguajes (como ocurre con el tema que traigo a reflexión), es porque realmente hay de trasfondo dos formas de pensar, en el caso que estudiamos incompatibles. Se puede entonces advertir, que la reproducción de estos comportamientos por los ciudadanos, manifestados a través de los citados eufemismos o expresiones eufemísticas, y la aceptación social que conllevan puede de forma sutil y paulatina (pues no son nuevos en el escenario cubano actual, y parecen ingenuos a pesar del sustrato que contienen), puede resultar corrosiva para la legitimidad del sistema. Por tanto no puede

[32] Recordemos que la norma jurídica debe contener la moral media de la sociedad para ser eficaz y para alcanzar el consenso en la sociedad.

[33] Desde el punto de vista psicológico la percepción pone de manifiesto la dinámica cognoscitiva en la relación individuo-ambiente y en los procesos de interacción social, predominando los juicios evaluativos. Tomado de SILVIA GARCÍA . *Violencia contra la mujer: Percepción social en el Consejo Popular de Belén,* p. 22. En nuestro caso tiene su expresión en el conjunto de ideas, conceptos, opiniones, impresiones y valoraciones que tienen los ciudadanos de la norma jurídica, que los puede llevar a cumplirla o no.

[34] COLECTIVO DE AUTORES: *Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio*, p.157.

resultar desapercibida, aun cuando los resultados de las elecciones del 2008 hayan sido aplastantes, pues el 96,89% de los electores inscritos acudieron a las urnas, para un 95,24% de boletas válidas, y dentro de estas el 91% correspondió al voto unido por todos los candidatos a diputados y a delegados provinciales. Estos datos denotan ejercicio efectivo de un derecho ciudadano político (derecho al voto libre, secreto y directo), reconocido constitucionalmente, muestra incuestionable de un ascenso en el proceso democrático del país, de considerable importancia en el perfeccionamiento del sistema político cubano, y reveladores de la permanencia del consenso en torno a los pilares fundamentales de nuestro proyecto social.

Además no se debe perder de vista la reproducción de estos comportamientos por la importancia que se le asigna a la ética en una sociedad como la nuestra, que más que cualquier otra depende en mayor medida de sus ciudadanos, de la transformación y creación del hombre nuevo del que hablaba el Che, como elemento esencial en la transición.

Dimensión jurídica

El Derecho como fenómeno cultural, tiene una función primordial: ordenadora, exige conductas. Toda norma jurídica constituye como afirmé en un inicio un enunciado contentivo de principios, valores e intereses que encierra una expectativa de conducta del destinatario, en nuestro caso, dictada por el Estado.

Como muy bien asegura NARCISO COBO el incumplimiento o cumplimiento de una norma encierra un mensaje, es un indicador, que permite apreciar qué tan acertada o errada fue la elección por el legislador, del modelo de conducta a seguir.

De algún modo esto se relaciona con los comportamientos ciudadanos anómicos, manifestados a través del denominado lenguaje de lo ilícito que refiero, en su mayoría transgresores de la ley, y constitutivos de delitos. ¿Realmente ha sido este lenguaje, como expresión directa y palpable de estos comportamientos un indicador apreciable, desde su auge en el contexto cubano?

La respuesta a esta interrogante no puede limitarse al ámbito jurídico, pues trasciende también al campo de la moral. Desde el punto de vista jurídico algunos eufemismos, los más frecuentes, "luchar", "resolver", "vivir", encierran delitos tales como el hurto, y la receptación. En estos casos la expectativa de conducta «no robarás» funciona a través de una estimativa moral: la honradez. Entonces el incumplimiento de la norma jurídica y por consiguiente de la norma moral, trae consigo un doble efecto: la ineficacia de la norma jurídica, con un costo social estimable, que a su vez implica una disyunción entre los mínimos morales compartidos, que configuran la moral media de la sociedad, y la "posibilidad real" de vivir con ellos. ¿Se podrá en este caso cuestionar la elección del legislador del modelo de conducta a seguir?

Ello trasciende una afirmación o una negación, pues trae in sito una serie de condicionantes. El adquirir bienes procedentes de un delito (por suponerlo racionalmente ya sea porque la persona que los presente, o la ocasión o las circunstancias de la enajenación así lo evidencien) configura un delito: la receptación, que como figura básica se encuentra regulada en el artículo 338 apartado 1 del Código Penal. Este enunciado supone la elección por el legislador de una conducta a seguir, en este caso «no receptarás», y a su vez un juicio del ciudadano ante lo que le impone aquel. Si de éste resulta una acción u omisión contraria a la que impone el legislador, entonces la norma se incumple, pudiéndose hacer valer de medios coercitivos por la autoridad que la impone. Entonces, ¿puede considerarse desacertada la elección del legislador? Si consideramos que la receptación es un delito que se presenta con mucha frecuencia en los hogares cubanos, entonces porque sigue siendo delito todavía: la letra de la ley ha muerto, se ha vuelto ineficaz, pues no hay correspondencia entre las prácticas sociales reales y lo que prescribe la norma jurídica, según la voluntad explícita del legislador. La eficacia jurídica tiene un carácter sociológico, va dirigida al comportamiento de los individuos de un grupo social o de la sociedad en general. Su reverso, la ineficacia, tiene tres causas fundamentales: la inexistencia de condicionantes en el orden social- material, la inexistencia o disfuncionalidad de los órganos encargados de aplicarla, o la inexistencia de normativas legales complementarias que permitan su instrumentación real y efectiva en la sociedad. En el caso planteado parece estar presente la primera de ellas. Y como complemento de lo anterior está la percepción de los ciudadanos de la norma jurídica. ¿Qué hacer ante tal situación? ¿Es suficiente el Derecho en este sentido?

Otra cosa ocurre con la prescripción de determinadas conductas, fundamentalmente en el orden civil que en la actualidad afectan la esfera personal y más inmediata del ciudadano: Ley General de la Vivienda y sus disposiciones complementarias (Decretos y Resoluciones sobre Permuta, Donación, Compraventa, Arrendamiento, fundamentalmente), en el sentido de que pueden estar favoreciendo la proliferación de estos comportamientos ciudadanos, resultando disfuncionales y generadoras de contradicciones. Es aquí donde interviene el Derecho negando una realidad que se le impone, por tanto, no actúa en función de legitimar el sistema político (como elemento regulador por antonomasia), de hacer más fácil la relación del ciudadano con el Estado. Demuestra una especie de autosuficiencia deficiente. La elección del legislador puede considerarse errada en tanto puede estar propiciando los comportamientos ciudadanos anómicos constitutivos de delitos, y otros que quizás, no impliquen conductas delictivas. De cualquier manera son reflejo de lo que denomino cultura jurídica en sentido negativo, pues el ciudadano va incorporando códigos, con un carácter homogéneo en el imaginario social, para transgredir la norma jurídica. El Derecho tiene que ser capaz de detectar sus propias

frustraciones normativas y suprimirlas.[39]de manera que no perjudique el tejido social y afecte el sistema de valores reconocidos en la sociedad.

Bibliografía

Aboslaiman, Lucrecia: *El Derecho como fenómeno cultural. Perspectivas de las distintas propuestas*. Tomado de www.laley.com.ar en abril de 2008.

Alfonso Pérez, I., *El delito: una aproximación al estudio de su representación social en adolescentes y jóvenes*, Tesis de Diploma, Facultad de Psicología, Universidad de La Habana, La Habana, 2002.

Arnoletto, Eduardo J.: *Curso de Teoría Política,* t. I y II, Ed. Triunfar, Córdoba, República Argentina, 2000.

Berger, Peter L.:*Los límites de la cohesión social. Conflictos y mediación en las sociedades pluralistas,* Barcelona, Ed. Galaxia Gutemberg Círculo de Lectores, 1999.

Cáceres Nieto, E.:*Lenguaje y Derecho, Las normas jurídicas como sistemas de enunciados,* México, UNAM, 2000.

Cerón Grajales, Russell y Leal Záens, J.E: "Poder político y Derecho en la Teoría Marxista. Un enfoque crítico estructuralista". Tomado de www.bibliojuridica.org, octubre de 2007.

Colectivo de autores: *Gramsci: Los intelectuales y la sociedad actual*, La Habana, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2006.

…….:"Sobre la transición socialista en Cuba: un simposio", Revista *Temas*, no. 50-51, La Habana, Abril-Septiembre de 2007.

Chaguaceda, Armando: "Nada cubano me es ajeno: notas sobre la condición ciudadana", Revista *Temas*, no. 50-51, La Habana, Abril-Septiembre de 2007.

Dahrendorf, R.: *El conflicto social moderno*, Madrid, Mondadori España, 1990.

D´ Angelo Hernández, Ovidio S.: *Autonomía integradora y transformación social: El desafío ético emancipatorio de la complejidad*, La Habana, 2004.

Dowse, Robert. E y Hughes John A.: *Sociología Política,* Alianza Editorial, 1975.

Duharte, Emilio: *Teoría y procesos políticos contemporáneos*, t.I, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Duharte, Emilio y Vilá, Dolores :*Política y Sociedad Contemporáneas. Un acercamiento a los dilemas políticos de la educación superior*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2008.

Espina, M. P.: "Complejidad y pensamiento social", en Luis Carrizo:*Transdisciplinariedad y complejidad en el análisis social*, Documento de debate no. 70, Most UNESCO, París, 2003.

Fabelo Corzo, José Ramón: *Los valores y sus desafíos actuales*, La Habana, Ed. José Martí, 2003.

Fernández Bulté, J.: *Teoría del Estado y el Derecho*, La Habana, Ed. Félix Varela, t. II, 2001.

Ferrajoli, L: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000.

Foucault, M.: *El orden del discurso*, Buenos Aires, Tusquets Eds, 1992.

……: *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Ed. Siglo xxi, 2002.

García Silvia: *Violencia contra la mujer: Percepción social en el Consejo Popular de Belén,* Tesis en opción del Título Académico de Master en Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba, 2000.

Lista, C.A: "La subjetividad del actor social en la construcción del orden sociojurídico: aportes para la discusión", *Revista Crítica jurídica*, UNAM, no. 16, México,1995.

Martínez Heredia, F.: *En el horno de los 90*, La Habana, Ed. Ciencias Sociales, 2005.

Matilla Correa, Andry: *Introducción al estudio del Derecho*, La Habana, Ed. Félix Varela, 2003.

Merton, Robert K: *Teoría y estructura sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

Carlos de Secondat o barón de Montesquieu: *El espíritu de las Leyes*, La Habana, Ed. Ciencias Sociales, 1976.
Polaino Navarrete, M: *Cometer delitos con palabras,* Madrid, Ed. Dykinson, 2005.
Prieto de Pedro, Jesús: *Lenguas, Lenguaje y Derecho,* Madrid, Ed Civitas, 1991.
Ritzer, George: *Teoría sociológica contemporánea*, 1ra y 2da parte, Ed. Félix Varela, La Habana,2003.
Sánchez Azcona, J.: *Normatividad social. Ensayo de Sociología Jurídica*, Serie E. Varios, no 16, México, UNAM, 1981.
Sotolongo Codina, Pedro L.: *Teoría social y vida cotidiana: La sociedad como sistema dinámico complejo,* Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela,La Habana, 2006.
Spencer, H.: *El individuo contra el Estado,* Tomado de: www.antorcha.net, en julio de 2007.
Suárez Salazar, L.: *El siglo XXI. Posibilidades y desafíos para la Revolución cubana*, La Habana, Ed Ciencias Sociales, 2000.
Valdés Paz, Juan: "Sistema político y socialismo en Cuba", Revista Política y Cultura no.8, La Habana,1997.

De los autores

Diego Fernando Cañizares Abeledo
Doctor en Derecho, especialista en Derecho Administrativo y de la Dirección de legislación y asesoría del Ministerio de Justicia.

Claudio Ramos Borrego
Licenciado en Derecho. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, especialista en Derecho Internacional Público y Penal.

Benjamín Marcheco Acuña
Licenciado en Derecho. Jurista de la Dirección Nacional del Programa de Trabajadores Sociales, diplomado en Derecho Constitucional y Administrativo.

Claudia Rodríguez Linares
Primer Teniente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias. Profesora Asistente de la Cátedra de Fundamentos del Derecho.

José Candia Ferreyra
Doctor en Ciencias Jurídicas. Jefe de Departamento de Asuntos Penales del Ministerio de Justicia, profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, secretario de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales y miembro de número de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal de la Unión de Juristas de Cuba.

Jorge Luis Bodes Torres

Doctor en Ciencias Jurídicas. Jefe del Departamento de Asuntos penales del Ministerio de Justicia, especialista en Derecho Penal.

Wael Hikal
Master en Ciencias en trabajo social y presidente de la Sociedad Mexicana de Criminología, Capítulo Nuevo León. Licenciado en Criminología por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

María Soledad Sóñora Cabaleiro
Master en Ciencias de MSc. en Criminología planeación y desarrollo de la Prevención Social. Licenciada en Psicología. Investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar de la Universidad de la Habana.

Yenisei Bombino Companioni
Master en Ciencias y licenciada en Sociología. Profesora asistente e investigadora agregada del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Daile Simón Romero
Licenciada en Pedagogía. Investigadora agregada y profesora asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas

Celia Marta Riera Vázquez
Especialista del Centro de Estudios Comunitarios de la Universidad Central de Las Villas.

Milko Gual Díaz
Master en Ciencias de Gestión de la Propiedad Intelectual, licenciado en Derecho, profesor instructor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Yeney Acea Valdés
Master en Ciencias y Profesora asistente de Propiedad Industrial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana

Elena Rojas Estévez

Licenciada en Derecho y Filosofía. Profesora instructora y especialista e investigadora en temas de corrupción y Derecho sobre bienes del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Liliam Fiallo Monedero
Master en Ciencias en Derecho Constitucional. Licenciada en Derecho. Especialista de Derecho Constitucional del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Seida Barrera Rodríguez
Licenciada en Derecho. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora asistente de la Universidad de la Habana, colaboradora del Centro de Estudios Hemisféricos y Sobre Estados Unidos CEHSEU y el PNUD.

Ernesto Domínguez López
Doctor y Master en Ciencias Históricas. Investigador y profesor del Centro de Estudios Hemisféricos y Sobre Estados Unidos. CEHSEU.

Mercedes de Armas Alonso
Doctora en Ciencias Históricas, licenciada en Historia, diplomada en estudios políticos y sociales. Investigadora titular y profesora asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas

Silvia Esther García Méndez
Master en Ciencias en Criminología, licenciada en Psicología. Investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar de la Universidad de la Habana.

Diana Hernández de la Guardia
Doctora en Derecho Público, licenciada en Derecho. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar.

Karima Esther Sánchez Rey
Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho en investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora instructora.