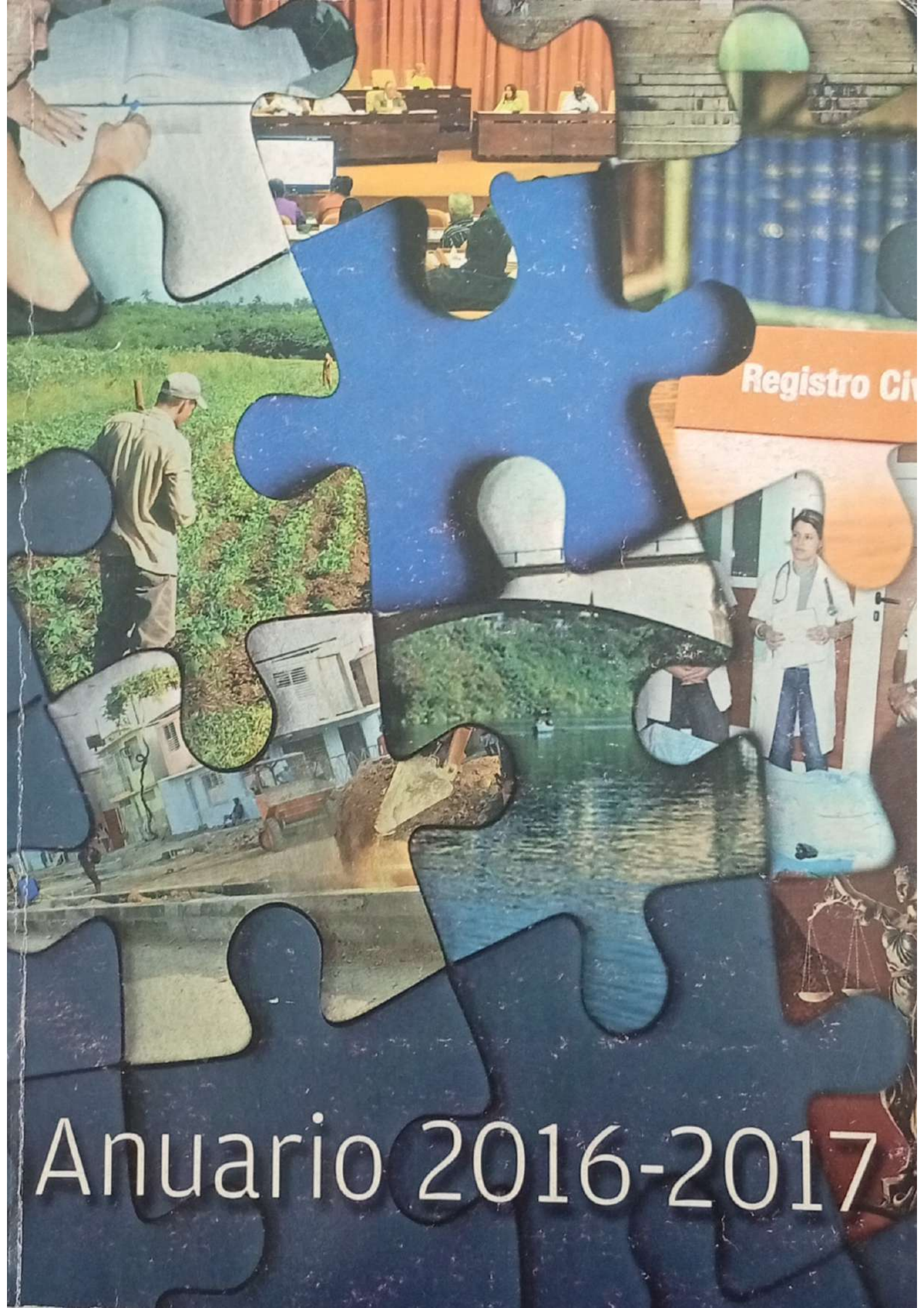




Registro Civil

Anuario 2016-2017



Anuario 2016-2017

Director: Libio Luis Catalá Barroetoña

Consejo Editorial

Editor científico: Dr.C. Gerardo Machado Alfonso

Secretaria: Lic. Yudith Cutiño Turro

Traducción: Tec. Matías Legrá Charón

Corrección: M.Sc. Luis Gómez Suárez

Diseño de cubierta: D.I. Niolet Marisol Ortega Meléndez

Edición general y composición: Lic. Elisa Pardo Zayas

Comité Editorial

Dr. Jorge Leslie Bodes Torres, Dr. Fernando Cañizares Abeledo, Dr. José Candia Ferreira, Dra.C. Mercedes de Armas Alonso, M.Sc. Silvia Esther García Méndez, M.Sc. Daile Simón Romero, M.Sc. Ana Ercilia Audivert Coello

Consejo Asesor

Dr. Jorge Leslie Bodes Torres, Dr. Fernando Cañizares Abeledo, Dr. José Candia Ferreira, Dra.C. Mercedes de Armas Alonso, Dra.C. María Teresa Ferreiro Tuero, M.Sc. Silvia Esther García Méndez, M.Sc. Daile Simón Romero, M.Sc. Ana Ercilia Audivert Coello, M.Sc. Luis Gómez Suárez, M.Sc. Francisco Alea Fernández, Lic. Elena Rojas Estévez, Lic. Caridad Bárbara González Díaz, Lic. Mariela Ordaz Torres, Lic. Yuri San Rodríguez Aroche

© Colectivo de autores, 2017

Sobre la presente edición:

© Centro de Investigaciones Jurídicas, 2017

ISSN: 1810 4924

RNPS: 0515

Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ)

Ave. Santa Catalina No. 815 e/ San Juan Bosco y Vento

Víbora, 10 de Octubre, La Habana

Teléfono: (53 7) 641 3589

E-mail: libio.catala@minjus.gob.cu

Cada artículo expresa la opinión de su autor

Índice

Derecho Internacional y sistema electoral

Los Principios Básicos del Derecho Internacional. Su necesidad y vigencia/9

Dr. Braulio Boris Castillo Barroso

La organización de las Naciones Unidas y el sistema de Derechos Humanos/19

M.Sc. Marta Beatriz Nicanovich Cingolani

Mediaciones y “marcas de identidad” en el sistema electoral en Estados Unidos/54

Dr. Ernesto Domínguez López

Derecho Penal

Los “actos reflejos” y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción/89

M.Sc. Harold Bertot Triana

M.Sc. Nibaldo Hernández Mesa

¿Malversación por dolo eventual? Análisis de una peculiar postura de la jurisprudencia cubana/116

M.Sc. Harold Bertot Triana

M.Sc. Dayan G. López Rojas

Sociología e investigación social

El método comparativo: útil herramienta en el desarrollo de las investigaciones jurídicas/141

Dra. C. Mercedes de Armas Alonso

M.Sc. Daile Simón Romero

M.Sc. Silvia Esther García Méndez

Violencia simbólica, un mal ¿invisible?/170

Lic. Mariela Ordaz Torres

Derecho Laboral y Agrario

La saga del trabajador designado en el Derecho Laboral cubano/209

Dra. Eulalia de la Caridad Viamontes Guilbeaux

M.Sc. Félix Pedro De Armas Machado

Necesidad de una reingeniería de la justicia agraria/230

M.Sc. Roy Ramón Philippón

Cultura Jurídica

El Ministerio de Justicia en función de la formación de la cultura jurídica de la población/259

Dra. Diana Hernández de la Guardia

Dra. Caridad Bárbara González Díaz

Dra. Sandra de la Caridad Estrada Baralt

Dra. María Teresa Ferreiro Tuero

Derecho Mercantil e Informático

La Publicidad Registral en el Derecho Mercantil Cubano. Una mirada desde la provincia de Mayabeque/288

M.Sc. Eduardo Torres Medina

M.Sc. Yadira González Ruiz

Breve acercamiento al Derecho Informático/313

M.Sc. Milkos Lázaro Gual Díaz

La corrupción y su expresión en el comercio exterior. Aspectos teórico-prácticos para su enfrentamiento en Cuba/334

M.Sc. Irina Tolón Murguía

De los autores/349

Derecho Internacional y sistema electoral

Los Principios Básicos del Derecho Internacional, su necesidad y vigencia

Basic principles of the International Law, its necessity and force

Braulio Boris Castillo Barroso

Resumen

Los principios Básicos del Derecho Internacional constituyen la piedra angular para guiar objetivamente las relaciones internacionales, establecer la cooperación internacional y lograr una coexistencia pacífica entre las naciones. La actual crisis económica Internacional pone a la orden del día la necesidad de configurar un nuevo orden mundial que respete los principios que han servido de norma al Derecho internacional y consolide las ansias de entendimiento, paz y seguridad entre los pueblos.

Palabras clave

Derecho internacional, principios del derecho internacional, Relaciones internacionales.

Abstract

The basic principles of the International Law constitute the cornerstone to guide objectively international relations, to establish international cooperation and to achieve a pacific coexistence among nations. The current international economic crisis makes very necessary the necessity to shape a new world order that respects the principles that has served as a norm to the International Law, and at the same time strengthens the understanding eagerness, peace and security among peoples.

Key words

International Law, Principles of International Law, International Relations.

Introducción

Los Principios de Derecho Internacional (DIP) existen desde hace siglos, como consecuencia lógica del surgimiento de los estados clasistas y en correspondencia a cada régimen socioeconómico que en la humanidad se ha sucedido hasta nuestros días.

El eminente profesor de Derecho Internacional Dr. Miguel A. D'Estéfano Pisani* en su obra *Breve Historia del Derecho Internacional* refiere en tiempo y espacio sus diferentes caracterizaciones evolutivas en la sociedad, citando como primer DIP al que denomina de “la Confrontación”, a un segundo la “Delimitación”, para posteriormente llegar al “Derecho Internacional de la Cooperación”, que dio lugar a los Principios Básicos del DIP, establecidos en la Carta de la ONU, en su artículo 2 principalmente y en la Resolución 2625 de 1970 de esa Organización, donde fueron codificados, ampliados y desarrollados, fortaleciéndose con ello su carácter vinculante.

Principios hoy renegados, reinterpretados y violentados con dolosa reiteración por los artífices del mal llamado “Nuevo Orden Mundial” de nuestros días, entronizado en la última década del siglo xx (1991) por el emerger de un inesperado contexto universal unipolar liderado por Los Estados Unidos de América y sus aliados, empeñados (para sus propósitos hegemónicos) en la implementación de una estrategia globalizadora neoliberal imperialista.

El DIP de la cooperación fue el colofón del fin de la Segunda Guerra Mundial con la victoria de los llamados países aliados contra el fascismo, tras la derrota del denominado eje Roma-Berlín-Tokio, y la decisión de conformar una Organización Internacional, capaz de regular las relaciones internacionales en el nuevo contexto geopolítico de la posguerra, caracterizado por el surgimiento de un Mundo Bipolar.

De una parte emergía como potencia, en su sentido más integral, una nueva Unión Soviética, influyente y líder de los países que integraban la denominada Europa del Este y que conformarían hasta el final de la década del 90, el llamado Campo Socialista de Europa Oriental.

Como soporte al Campo Socialista de Europa del Este, se incorporarían a lo largo de todo este período de desarrollo del DIP de “la cooperación” numerosos países de otras Regiones del Mundo. Unos identificados con el modelo económico, social y político, así como muchos otros Estados, que en el proceso de descolonización impulsado en la década del 60 por la Comunidad Internacional, escogerían la “vía de desarrollo no capitalista”, deviniendo en aliados tácticos, en el desarrollo de las relaciones internacionales de este ámbito de la bipolaridad. De la otra parte Occidente, liderado ahora por los Estados Unidos de América, consolidado de manera integral como Potencia.

La ONU, a diferencia de la extinta Sociedad de las Naciones (Liga de las Naciones), que se estableció terminada la Primera Guerra Mundial y que fracasó en sus propósitos de regular la cooperación internacional, hasta la imposibilidad de impedir la segunda conflagración mundial; se fue gestando desde octubre de 1943 mucho antes del fin de la guerra, por los llamados países aliados (Estados Unidos de América, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Reino Unido de la Gran Bretaña y Francia) comprometidos en la derrota del fascismo.

En 1944 (agosto-septiembre), en la Conferencia de Dumbarton-Oaks (USA), se elaboró el Proyecto de Carta de la Organización Internacional que fuera aprobado el 26 de junio de 1945, y signada por 51 Estados, de ellos solo tres africanos, tres asiáticos y tres del Océano Pacífico, entrando en vigor el 24 de octubre de ese año. Consta la Carta de 19 Capítulos, de los cuales, a los efectos de este trabajo y los objetivos previstos, nos centraremos en el Capítulo I, referido a Propósitos y Principios de la Organización.

La ONU no es un Estado, ni un ente Supranacional, sino un nuevo sujeto de Derecho Internacional, investido de competencia para el ejercicio de sus funciones.

Son propósitos recogidos en la Carta:

- Mantener la paz y la seguridad internacional.
- Fomentar entre las Naciones relaciones de amistad.
- Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico social, cultural y humanitario.

Para la consecución de estos propósitos la ONU y sus Estados Miembros han de proceder de acuerdo con los Principios establecidos en su artículo 2 a saber:

- La Igualdad soberana de los Estados.
- El empleo de la buena fe en las obligaciones contraídas.
- El arreglo pacífico de sus controversias.
- Abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.
- Prestar ayuda a la ONU en cualquier acción y apoyo de conformidad con la Carta.
- Los Estados que no son Miembros de la ONU, se conducirán de acuerdo con estos Principios.
- La no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.

Los Principios recogidos en la Carta constituyen sin lugar a dudas los fundamentos y la razón básica sobre los que se desarrolla la existencia del DIP para facilitar las relaciones entre los pueblos y realizar la cooperación internacional. No son meros conceptos, imponen derechos y obligaciones, son las reglas por medio de las cuales la ONU tiende a conseguir sus propósitos, a tal punto que la Asamblea General (artículo 6) tiene potestad para expulsar a todo Estado miembro que haya violado repetidamente los principios de la Carta y hacer que los Estados no miembros se conduzcan de acuerdo a estos.

Entre los elementos que identifican los Principios y que los diferencian de otras normas comunes de Derecho Internacional están:

- No son abstracciones divorciadas de la realidad.
- Tienen carácter normativo.
- Son normas universales.
- Son normas invariables determinadas objetivamente por el sistema y la evolución de una sociedad dada.
- Se distinguen por su grado de generalización.
- Son normas supremas e imperativas.
- Reflejan en forma concentrada las leyes principales del desarrollo social.
- Se diferencian de otras normas en que se expresan ideas rectoras específicamente jurídicas con respecto a otras normas.
- Rigen las relaciones internacionales entre Estados y son un criterio de legalidad de las demás normas en la esfera de las relaciones internacionales.
- La Asamblea General tiene la facultad de Naciones Unidas para expulsar a todo Estado miembro que haya violado los principios.
- Proporcionan bases jurídicas de algunas fuentes del DIP.

El 24 de octubre de 1970, con motivo del 25 Aniversario de la ONU, como expresión manifiesta del desarrollo progresivo y la necesaria y permanente labor de codificación de los principios de derecho internacional, orientada al fortalecimiento de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, como propuesta concebida y promovida en lo fundamental por los países integrantes del otrora Campo Socialista, en prolongado, arduo y permanente trabajo en la Comisión para el desarrollo del DIP, se propuso y aprobó por la Organización, de conformidad con la Carta, la Resolución 2625. Esta disposición fue expresión indiscutible de un momento paradigmático de las relaciones internacionales, que aun caracterizadas por la bipolaridad y la llamada “Guerra Fría”, eran expresión concreta de una correlación de fuerzas favorables al desarrollo del DIP moderno.

Los Principios recogidos en la Resolución 2625, profusamente desarrollados en la misma, constituyen hasta nuestros días, por la profundidad

y diafanidad de sus disposiciones que no dan lugar a burdos manejos interpretativos, junto a los tratados específicos signados por la comunidad internacional, el soporte de los objetivos y propósitos de la ONU antes esbozados.

Principios recogidos en la Resolución 2625:

- Los Estados en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.
- Los Estados arreglarán sus contradicciones por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro la paz, la seguridad internacional ni la justicia.
- La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de la ONU.
- La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta.
- La igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.
- La igualdad soberana de los Estados.
- Los Estados han de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por estos, de conformidad con la Carta.

Intentando un balance objetivo del período del desarrollo del DIP, denominado de la “Cooperación”, en el marco de la bipolaridad y con independencia de las confrontaciones que de una forma u otra se manifestaron en todas las esferas de las relaciones internacionales (ideológicas, socio-económicas y hasta militares) los logros superan con creces los vacíos.

Al margen también de las “concertaciones y negociaciones”, sustentadas en intereses geopolíticos de las grandes potencias para la solución de aquellos conflictos (que en ocasiones pusieron en peligro la Seguridad Internacional), y que muchas veces hicieron caso omiso, mal uso y uso arbitrario de la Carta; es imposible abstraerse de los enormes cambios positivos que en el período fueron alcanzados en el DI, así como la importancia de la Carta de la ONU como instrumento regulador de las relaciones internacionales capaz de resistir los grandes y graves retos del período.

Como citara el profesor D'Stefano en su texto *Breve Historia del Derecho Internacional*, desde la Antigüedad hasta el año 2002 “Las relaciones internacionales actuales y el DI tienen con la unipolaridad, todos los males agravados del mundo bipolar y ninguno de sus asuntos positivos a escala internacional”.

Cuando en 1991, tras la desaparición de la URSS -precedida por el derrumbe de los países socialistas de Europa de Este-, el entonces Presidente de los Estados Unidos de América, George Bush, en un discurso pronunciado en el Golfo Árabe Pérsico lleno de euforia triunfalista, proclamó provocadoramente el “liderazgo mundial” de Estados Unidos y la llegada de lo que calificara como “Nuevo Orden Mundial”, se ponía fin al ciclo de Cooperación Internacional iniciado en 1991, y con ello a los Objetivos, Propósitos y Principios de la Carta de la ONU.

De hecho, los ideólogos imperialistas como J. Friedman, expresaban entonces categóricamente “el DIP ya no puede ser considerado como un Cuerpo de Principios, es tan solo una descripción general de pautas y niveles de las relaciones internacionales...”. Con ello se desconocía el carácter de normas rectoras del DIP y su carácter vinculante, relegándolas a la simpleza de las formalidades.

Suficientemente conocidas son las consecuencias resultantes del manejo unipolar de las relaciones internacionales lideradas por los Estados Unidos, enemigo histórico de la ONU, poco después que perdiera el uso manipulado de la mayoría mecánica de votos tanto en la Asamblea General como en otras instancias de la estructura del Sistema, refugiándose entonces en el maniqueo, arbitrario y grosero uso del procedimiento del derecho de Veto ante el Consejo de Seguridad y la manipulación interpretativa de las facultades de este principalísimo y antidemocrático mecanismo del sistema, tan cuestionado por la Comunidad Internacional.

Algunos teóricos críticos del DIP llaman “pecado original” a este engendro de estructura de las Naciones Unidas en el que, en correspondencia con las facultades excepcionales que le atribuye la Carta como garante de la Seguridad Internacional, se violenta el Principio de Igualdad Soberana de los Estados (193 en la actualidad) a favor de un “derecho de veto” a solo cinco Estados de la Comunidad Internacional (que con carácter permanente integran ese

mecanismo) para oponerse y actuar contra las propuestas de Resoluciones del Consejo de Seguridad que les resulten incompatibles a sus intereses, incluso contra la voluntad política de una mayoría abrumadora integrada por los restantes estados miembros no permanentes, que duplicándoles en número, integran ese mecanismo de manera rotativa.

Cuantas agresiones, sanciones, intervenciones, violaciones de todo tipo del Derecho Internacional, cuantas argucias para intentar justificarlas, muchas de estas llevadas a cabo con la anuencia misma o la complicidad de las “máximas autoridades” de la Organización. Las acciones contra los estados soberanos de Afganistán, Yugoslavia, Irak, Irán, Libia y Siria, nos retrotraen en consecuencia a etapas del Derecho Internacional aparentemente superadas por la sociedad, como las del Derecho de Confrontación o las del Derecho Internacional de Delimitación.

Pero sucede, sin embargo, que el desarrollo de la historia indetenible y sujeto a leyes sociales irreversibles que hicieran, como era de esperarse, más temprano que tarde, que el mal llamado Nuevo Orden Mundial decretado por G. Bush, anunciando la unipolaridad y el liderazgo norteamericano, no fuera más que un hecho factual que en la historia de la Humanidad ya tuvo antecedentes en determinadas etapas históricas (Nabucodonosor, Julio Cesar, Bonaparte, Hitler), cuyos reveses son hartos conocidos.

La crisis económica internacional de nuestros días y sus indiscutibles consecuencias políticas y sociales, es incuestionable reflejo del fracaso del proyecto geopolítico hegemónico liderado por los Estados Unidos desde hace más de dos décadas y en la actualidad en manifiesto declive. Es prácticamente poco objetivo hablar hoy, en puridad, de términos de unipolaridad en las relaciones internacionales. Es mucho más preciso hacer referencia a un esquema de una multipolaridad que se gestó y crece aceleradamente en la comunidad internacional.

Es importante apuntar y reflexionar para definir acciones, en el entendido de que en el marco de la actual coyuntura internacional existen condiciones favorables para reconstruir el Derecho Internacional de la Cooperación y avanzar en el fortalecimiento de los Principios Básicos de la Carta y su redimensionamiento, con la ampliación de estos

y su codificación a tenor de aquellos elementos identificados ya como ineludibles para la preservación de la propia especie Humana.

En el 2015 se cumplieron 45 años de la Resolución 2625 del 24 de octubre de 1970 sobre los Principios de Derecho Internacional, referente a las relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados. Aún es menester movilizar a todos los sujetos del Derecho Internacional y a la propia opinión pública mundial, para a través de los mecanismos del Sistema de la ONU (Comisiones Especiales u Organizaciones y Organismos Internacionales) se analicen y elaboren propuestas concretas que permitan la convocatoria a una Conferencia Internacional que se pronuncie favorablemente al respecto, como ocurrió en 1970 en conmemoración del 25 aniversario de las Naciones Unidas.

En la ratificación, ampliación y remodificación de los Principio Básicos del Derecho Internacional, y con ello al retorno a la Cooperación Internacional según los Objetivos y Propósitos de la Carta (en plena vigencia), está la posibilidad de alcanzar la renovación democrática de las Naciones Unidas, que exigen los Estados integrantes de la actual Comunidad Internacional.

América Latina, en el contexto de establecimiento de democracias reales y estables, su búsqueda de una real integración, y reconocida la importancia de superar, como condición de éxito, su dependencia histórica de los Estados Unidos, ha trabajado en la consolidación del reciente mecanismo en funciones de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC). Por todo ello debiera hacer suya la propuesta estratégica de reactivación de los Principios Básicos del Derecho Internacional a partir de una nueva Conferencia Internacional prevista. En igual sentido debe proyectarse hacia otras Organizaciones Regionales como la Organización de la Unidad Africana y el Movimiento de Países No Alineados, así como a los conocidos Foros Sociales que periódicamente se efectúan a nivel mundial, por regiones.

Para Cuba y su Revolución Socialista, plena de protagonismo histórico, tanto en los ámbitos transitados de la bipolaridad como de la unipolaridad, por la defensa a ultranza y consolidación de su modelo de desarrollo, la vigencia y desarrollo del DIP en el contexto de las

Relaciones Internacionales, ha constituido y constituye un objetivo estratégico.

Vale apuntar en este sentido, como en el discurso pronunciado en el Golfo Pérsico en 1991, el expresidente Bush expresara en calificación despótica: “Cuba es un paria internacional”, o aquella decepcionante anécdota cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1998 (como lo ha continuado haciendo hasta el presente), por aplastante mayoría la condena a Estados Unidos por el bloqueo a Cuba, y un miembro de la delegación norteamericana expresara al respecto que “a Estados Unidos no le interesan los concursos de simpatía.”

En consecuencia, es menester en nuestro país, como parte de la educación ciudadana orientada al fortalecimiento de los valores, un mayor conocimiento del Sistema de las Naciones Unidas, sus objetivos, propósitos y principios, en particular entre los cuadros de dirección política y de gobierno a todos los niveles. Hacia estos aspectos apuntaba el líder histórico de la Revolución Cubana, Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, cuando subrayaba en una de sus acostumbradas “Reflexiones” la trascendencia de la “Batalla de Ideas” en todas las esferas.

Bibliografía

D’ Estéfano Pisanni, Miguel A: *Breve Historia del Derecho Internacional*, Editorial Ciencias Sociales, 2003.

Colectivo de Autores: *Temas de Derecho Internacional Público*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2009.

Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*. Biblioteca Jurídica Aguilar, España, 1976.

Castro Ruz, Fidel: *Reflexiones*. Sitio Web. Cuba Debate.

La Organización de las Naciones Unidas y el sistema de Derechos Humanos

United Nations and the System of Human Rights.

Marta Beatriz Nicanovich Cingolani

Resumen

En este trabajo se hace un análisis de los diversos sistemas regionales y globales establecidos para la protección de los derechos humanos, dentro del escenario económico y político mundial, en particular dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas. Para esto se examinarán los mecanismos previstos en los tratados internacionales correspondientes y su concreta aplicación a partir de la entrada en vigor.

El artículo aboga por la necesidad de establecer un sistema destinado a la protección efectiva de los derechos inalienables a todo ser humano. Esta tarea ha sido una de las principales contribuciones del Derecho Internacional en cuanto a la determinación de la personalidad jurídica del individuo.

Palabras clave

Organización de las Naciones Unidas, Derechos Humanos, Declaración Universal de los Derechos Humanos

Abstract

Through this paper, the author carries out an analysis on the different regional and global systems established for the protection of human rights, within world economic and political scene, particularly within the framework of the United Nations. To get it, the mechanisms foreseen in the

corresponding international treaties and their concrete application since the moment they were put into practice, will be examined.

The article advocates the necessity to establish a system aimed at the effective protection of the affected inalienable rights of all human beings. This goal has been one of the main contributions of the International Law regarding the determination of the juridical personality of the individual.

Key words

United Nations, Human Rights, Universal Declaration of Human Rights

Introducción

Hitos históricos en el desarrollo del sistema de los Derechos Humanos

Bajo el derecho consuetudinario no había ninguna norma más clara que el trato de un Estado respecto de sus propios nacionales recae exclusivamente dentro de la jurisdicción interna de tal Estado, es decir que no es controlado o regulado por el Derecho Internacional. Es cierto que en un número de ocasiones las Grandes Potencias intervinieron en el Imperio Turco para prevenir atrocidades en gran escala, y que existía cierto apoyo entre los escritores respecto de un derecho para una intervención humanitaria colectiva, pero eso se daba en lo que hace al derecho consuetudinario.

De otra manera, casi las únicas restricciones ejercidas sobre un Estado por el tratamiento de sus propios nacionales antes del período de la Sociedad de las Naciones se encontraban en una cantidad de provisiones de tratados para la protección religiosa (por ejemplo: Augsburgo (1555), Osnabrück (1648), Utrecht (1713), y el Congreso de Viena (1815)).

Diversos documentos de la historia constitucional británica, aprobados en el siglo XVII, establecieron determinados derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos ingleses, pero serán las declaraciones que aparecieron a fines del siglo XVIII de las revoluciones americana y francesa las que proclamen, con carácter de generalidad y no solo para

sus nacionales, los derechos del hombre. Se trata de la Declaración de derechos (*Bill of rights*) de Virginia del 12 de junio de 1776 y de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano adoptada por la Asamblea constituyente francesa el día 26 de agosto de 1789. Desde entonces, la mayor parte de las constituciones de los Estados enuncian en su parte dogmática una serie de derechos humanos y libertades fundamentales, y en su parte orgánica y procesal establecen medios para el control del respeto de tales derechos y libertades. En la fase del Derecho Internacional clásico, pues, la protección de los derechos del hombre quedaba encomendada a los Estados, y el Derecho Internacional solo preveía al respecto mecanismos muy excepcionales como el derecho de asilo o la intervención por causa de humanidad.

No obstante, en los umbrales del Derecho Internacional contemporáneo, el enorme poder de los mass media en la conformación de la opinión pública mundial, y la existencia de foros internacionales para la cristalización de esa opinión, hicieron adquirir conciencia de dos derechos evidentes. Primero, que en muchas ocasiones era el propio Estado el primer y más importante violador de los derechos del hombre, y segundo, que existía una relación innegable entre el respeto a los derechos humanos dentro de los Estados y el mantenimiento de la paz en la comunidad internacional. Las circunstancias del desencadenamiento de Segunda Guerra Mundial fueron también muy elocuentes en este punto. En síntesis, finalizada la confrontación en 1945, los derechos humanos pasaron a integrar las exigencias más elementales de la convivencia en la sociedad internacional, de ahí que su respeto sea una aspiración fundamental del Derecho Internacional contemporáneo, hasta el punto de que se entiende hoy comúnmente que las normas internacionales sobre protección de los derechos del hombre forman parte en sus aspectos básicos y esenciales del *ius cogens* internacional.¹

¹ En este sentido ha dicho el Tribunal de La Haya en el *asunto Barcelona Traction* que “los principios y las reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana” representan “obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto” (CIJ, *Recueil*, 1970, p. 31), u obligaciones *erga omnes*, y que constituyen en realidad, como se ha puesto justamente en relieve por A. MIAJA DE LA MUELA (Valladolid, 1970), obligaciones derivadas del *ius cogens*. En idéntica filosofía se inspira el Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados al considerar que constituye un crimen internacional –figura distinta y de mayor gravedad que el simple hecho ilícito internacional– “una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*” (art. 19.)

De una manera general, el Derecho Internacional clásico no se preocupaba por el trato que dispensaba el Estado a sus propios súbditos, cuestión que dejaba básicamente a la jurisdicción interna de los Estados. El Derecho Internacional clásico únicamente señalaba un estándar mínimo que el Estado debía observar respecto a particulares extranjeros -personas físicas o jurídicas-, y en caso de vulneración de tal estándar, articulaba la sanción por el mecanismo de la responsabilidad internacional del Estado infractor y la protección diplomática del Estado de la nacionalidad de la víctima. Mediante la protección diplomática, este último Estado podía reclamar, si lo estimaba políticamente oportuno, al Estado infractor, y siempre que el particular perjudicado hubiese agotado los recursos internos de estos. En el Derecho Internacional contemporáneo ha cambiado este planteamiento y a lo que se aspira, mediante la protección internacional de los derechos del hombre, es a la imposición de obligaciones de los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, ya que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos.

El primer avance mayor se dio con la inserción en los tratados de paz, después de la Primera Guerra Mundial, de cláusulas para la protección de minoridades. La ejecución de estas cláusulas se dio bajo la garantía de la Liga de Naciones y en algunos casos las cláusulas incluían, incluso, el derecho de traer reclamaciones ante un tribunal especial.²

Pero, por supuesto, estas cláusulas del tratado solo cubrían el caso de las minoridades en cuestión y no hacían nada para crear obligaciones generales para respetar los derechos humanos fundamentales. Un desarrollo de una naturaleza más general fue, sin embargo, la conclusión de un número de convenciones laborales bajo la Organización Mundial del Trabajo (OIT).

Como se acaba de ver hasta 1945, el Derecho Internacional concernía únicamente con los derechos y obligaciones de los estados, y es fácil olvidar cuánto se requirió de un cambio de énfasis antes que los Estados estuviesen preparados a aceptar aún el principio abstracto que el Derecho Internacional podía proteger los derechos humanos de los individuos. Además, es evidente que algunos Estados se muestran reticentes a aceptar el carácter obligatorio

² Por ejemplo, el Tribunal de la Alta Silesia. Véase *Steiner & Gross versus The Polish State*, Ann. Dig. (1927-8), Caso Número 88.

de la solución pacífica de controversias en toda una gama de circunstancias, no solo en cuestiones de derechos humanos, estas y otras disputas son usualmente con otros Estados.

Las apabullantes atrocidades de los Nazis contra los judíos y contra otras razas durante la Segunda Guerra Mundial llevó a un fuerte movimiento para la protección internacional de derechos humanos fundamentales y la Carta de las Naciones Unidas contiene numerosas referencias a ellos. En efecto, la preocupación internacional por los derechos humanos se manifestó en el año 1945 en la Carta de las Naciones Unidas y, a partir de entonces, instrumentos de diverso carácter y de distinto alcance han intentado articular la protección de tales derechos. Pero los instrumentos en cuestión tienen valor muy desigual, pues si lo que realmente importa en el campo de la protección internacional de los derechos y libertades del hombre no es tanto la definición de los mismos como la eficacia de los recursos que se pongan a disposición de los beneficiarios ante instancias internacionales de control y garantía, vamos a comprobar que la situación únicamente es satisfactoria –y ello relativamente– en un círculo convencional muy restringido –el del Consejo de Europa en Europa occidental– y respecto a una categoría particular de los derechos del hombre: los derechos civiles y políticos.

Pero conviene que examinemos oportunamente la cuestión en diversos planos: en el mundial o de las Naciones Unidas, en el de Europa occidental en la Unión Europea, en el de la Conferencia para Seguridad y Cooperación en Europa, y en el americano. Luego haremos una referencia somera a la situación general de los derechos humanos en el Tercer Mundo y a los mecanismos internacionales de protección allí existentes como en el caso del continente africano.

Es cierto que la naturaleza o sustancia de un derecho humano puede variar de acuerdo a la orientación política, social o económica del Estado o grupo de Estados en los cuales se dice que existan. Es bastante posible, por ejemplo, que el derecho sustantivo y los procedimientos institucionales concernientes a los derechos humanos en Europa sean radicalmente diferentes de aquellos que encontramos en África o en el continente americano. Por supuesto, muy pocos dudarían que existen teóricamente algunos derechos humanos

fundamentales o universales que son válidos a través de las fronteras sociales, económicas y políticas (buenos ejemplos son: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la prohibición del genocidio).

Por otra parte, es importante para el jurista internacional especialista en derechos humanos establecer una clara distinción entre reglas sustantivas de derecho y reglas de moralidad. Debemos estar seguros que el derecho que toma forma obligatoria tiene también la cualidad de una regla legal. En otras palabras, cuando hablamos sobre la legislación de derechos humanos, debemos estar seguros que la sustancia de lo que se promueve reside en una obligación legal y no en un principio moral. Si los derechos humanos no fueran protegidos bajo el Derecho Internacional, una conducta puede ser deplorada, y puede ser aún “inmoral”, pero no sería ilegal. El simple hecho de que muchos de los principios morales concernientes a los derechos humanos hayan sido transformados en una serie de obligaciones legales, aún si solo existen en lo abstracto sin mecanismos de aplicación o ejecución efectivos, ellas pueden actualmente inhibir a los Estados en su conducta hacia los individuos.

La crisis económica internacional y la situación de los Derechos Humanos

Todas las crisis que conforman la mega crisis sistémico-estructural o crisis global actual (institucional, financiera, alimentaria, energética y ecológica o medioambiental) son el resultado de los cambios que ha sufrido el modelo de acumulación capitalista durante los últimos años y son todas determinadas por la acción de las leyes del mercado globalizado propio de la era de globalización neoliberal en que se está viviendo. Distintos autores basan la especulación financiera sobre la llamada “financierización” de la economía, por cuanto el “excedente” de capital que no encuentra tasas de ganancia atractivas en la economía real, irá en pos de la ganancia especulativa basada en la expansión del capital y el crédito ficticios.³ En 1929, solo un 3% de la población estadounidense se vinculaba a la especulación bursátil, mientras que ahora esa cifra llega al 60%.⁴

³ José Luis Rodríguez, Cuba, 2011.

⁴ Osvaldo Martínez, Cuba, 2007.

En esencia, los antecedentes más inmediatos de la crisis financiera actual se remontan al estallido de la burbuja financiera norteamericana en agosto del 2007. En ese momento se acumuló el impago masivo de las hipotecas de alto riesgo (“subprime”), las que se habían difundido ampliamente sobre la base del incremento especulativo del 80% en el valor de la propiedad residencial, entre los años 2000 y 2006. Posteriormente, estos valores inflados se desplomaron. En el 2009 cayeron un 31%, lo que condujo a la bancarrota, en primer lugar, a los bancos hipotecarios que no pudieron cobrar. El 2008 fue una fecha clave: comenzó la quiebra de los bancos, entre ellos varios de enorme importancia, como el Lehman Brothers.⁵ Este fenómeno se manifestó en forma parecida en Japón años antes y en Europa, aunque en el último caso quebraron no solo las entidades financieras, sino también los Estados nacionales más endeudados.

Es evidente que la crisis actual no es una crisis más y producirá cambios de profundo calado en la economía mundial. Al contraerse violentamente el crédito, la crisis pasó a afectar la economía real. Este fenómeno lo vemos tomando como indicadores: la caída del Producto Interno Bruto (PIB), el comercio internacional, y la elevación de la tasa de desempleo, que llevó a un impacto negativo en el consumo personal que representa en los Estados Unidos alrededor del 70% del crecimiento de la economía.

Solo trataremos aquí de este último indicador: el nivel de desempleo o la falta de un empleo decente (derecho humano exigido por la Organización Internacional del Trabajo). Si se analizan datos de la OIT, la tasa de desempleo en el mundo se movió en el 2009 hasta un 6,6% que equivalió a 212 millones de personas, con un aumento de 34 millones de desempleados. Los trabajadores con situaciones precarias de ingresos aumentaron a 1 500 millones (es decir el 50% del total mundial). La tasa de desempleo en el 2010 casi no varió (6,5%). El desempleo juvenil siguió en aumento en el 2013, con una media mundial del 12,6%, según informó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en un informe publicado en Ginebra, Suiza.⁶

⁵ “Global recession timeline”, en www.news.bbc.co.uk, 11 de agosto de 2009.

⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT): Informe Situación internacional del trabajo y el empleo, Ginebra, Suiza, www.oit.org.

En los Estados Unidos vemos el peligro para salir de la crisis del permanente incremento de la tasa de desempleo que llegó al 10,2% y bajó ligeramente en abril del 2010 al 10,1%. Si se consideran los trabajadores subempleados, este índice llegó al 17,5%. En los países desarrollados la globalización neoliberal ha conllevado a la desaparición de millones de empleos. El nivel de desempleo en la Eurozona llegó al 9,4% para el 2011. Los casos más críticos de la Unión Europea (UE) se dieron en los países del Báltico y España, contándose también Grecia entre los más afectados. Aunque los datos de Rusia han sido controversiales, se llegó al 8,4% de desempleo en el 2009. América Latina, según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) se movió en torno al 10%. (www.econstats.com y www.eclac.org).

Veamos España y Grecia. En España la crisis es aguda: más de 6 000 000 de desempleados, manifestaciones populares de más de 100 000 personas, y una mayor cantidad de personas que perdieron sus viviendas por no poder pagar las hipotecas. España es el país con los peores números de desempleados en la región con el 26,6% de los trabajadores desempleados, y según lo estimado para el 2013 se alcanzó una tasa de desempleo del 26,8% (abril del 2013), un nivel únicamente comparable al previsto para Grecia (27%). En el caso de los jóvenes, las cifras son aún más dramáticas y superaron el 56% de desocupación. El 21% de la población vivía en el 2012 por debajo del umbral de la pobreza, y lo más grave es que el grupo social que no estaba empeorando era precisamente el condenado a disminuir: los pensionistas mayores de 65 años. La tasa de pobreza aumentó entre las personas en edad de trabajar: entre 16 y 64 años.⁷ El número de personas que viven en la pobreza podría aumentar en ocho millones hasta el 2025, con lo que uno de cada tres de los nuevos pobres de Europa sería español.

En Grecia, es necesario estar pendiente de lo que logre negociar con la Troika, Alexis Tsipras, líder del partido de izquierda Syriza, cuyo equipo económico determinó como prioridad el aumento del salario mínimo a los niveles anteriores a la crisis, crear 300.000 nuevos empleos, derecho a seguro social y la eliminación o disminución de algunos impuestos, como el de los inmuebles. Como parte esencial de su propuesta de gobierno, Tsipras subrayó, asimismo, la responsabilidad del Estado a la hora de ofrecer educación y sanidad pública de calidad, erradicar la corrupción

⁷ *Granma Internacional*, 2013.

y la injusticia fiscal y fortalecer la democracia, las instituciones y la sociedad. Todos estos derechos humanos parecen inalcanzables de lograr. La Eurozona presionó con fuerza a Grecia con el propósito de acelerar las negociaciones con sus acreedores, encaminadas a resolver problemas económicos como liberar tramos de ayuda y evitar su salida del grupo. Tsipras se mostró contrario de las medidas de fuerza contra Rusia por ser “un camino que no conduce a ninguna parte”, y apostó por las vías diplomáticas.

El nivel de falta de empleo y empleo decente, que es un Derecho Humano fundamental (el derecho a un trabajo digno) continúa aumentando en el Eurozona. Se sabe que una recuperación de los puestos de trabajo perdidos tomará varios años, lo que incidirá en los ritmos de crecimiento del consumo, que es un factor determinante para lograr una recuperación sostenida.

Uno se puede preguntar si el microcrédito es un paliativo para enfrentar la crisis. Los microcréditos permiten particularmente en países en desarrollo, que muchas personas sin recursos puedan financiar proyectos laborales, por su cuenta, que les reviertan ingresos. Hoy el negocio microfinanciero no consiste únicamente en colocar créditos, sino también en captar depósitos y ofrecer otros servicios para contribuir al desarrollo local. Se puede decir que las críticas al micro crédito son válidas: la idea madre sobre la que se cimentan los micro créditos –que los pobres pueden gastar indefinidamente más de lo que tienen– genera una falsa comprensión de las verdaderas causas de los desequilibrios sociales y económicos en el mundo y la forma de abordarlos, y también de la arquitectura institucional global establecida para entender y afrontar estos problemas humanos; se encubren las verdaderas causas de la pobreza y el subdesarrollo; son un arma eficiente para no pensar en el compromiso político y ético que tenemos; sirven para desactivar las políticas de cooperación internacional transformándolas en políticas de bancarización y convirtiendo la pobreza en deuda eterna; por otro lado, el propio Banco Grameen, que declara una tasa de devolución del 98% en sus informes, tiene otros informes en los que se declara que la morosidad es del 25% hasta el punto de imponer seguros sobre los familiares de los endeudados para que, en caso de muerte, sean los dolientes quienes asuman el pago de los créditos contraídos.

Esfuerzos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y otras entidades internacionales en la preservación del respeto de los Derechos Humanos

Plano universal: la obra de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

No obstante la existencia de antecedentes con respecto a la protección de ciertos derechos inherentes a la condición humana (recordemos que la Sociedad de las Naciones (SDN) estableció ciertas atribuciones para el Consejo de la Sociedad, pero estas se limitaban, como vimos, a la protección de las minorías étnicas), la Carta de la Organización de las Naciones Unidas constituye la primera manifestación orgánica positiva de un conjunto de normas de derecho internacional referidas al respeto de los derechos humanos.

La Carta de las Naciones Unidas reafirma en el Preámbulo “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”; en el artículo 1 declara como propósito la cooperación internacional “en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión”; en el artículo 55c establece que la Organización promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”; en el artículo 56, los miembros individuales prometen tomar ‘acciones conjuntas y separadas’ en cooperación con la Organización para tales fines; y en el artículo 62-2 se señala como función del Consejo Económico y Social la de “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades”.

Esta clara intención de salvaguarda de los derechos humanos surge en reiteradas oportunidades en el texto de la Carta, particularmente en los capítulos dedicados a la Cooperación Internacional (capítulo 9), Territorios No Autónomos (capítulo 11) y Régimen Internacional de Administración Fiduciaria (capítulo 12). Asimismo, se otorgan funciones relativas a la promoción y protección de esta categoría de derechos a

distintos órganos establecidos por la Carta, tales como la Asamblea General (AG) y el Consejo Económico y Social (ECOSOC).

Pero la Carta no define, sin embargo, cuáles son exactamente los derechos humanos y libertades de los cuales habla, ni siquiera hace ninguna mención de la maquinaria para garantizar su observancia. Por el contrario, establece como un principio general en el Artículo 2 (7) que nada en la Carta ‘autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en cuestiones que caen esencialmente dentro de la jurisdicción doméstica de cualquier Estado’. Esta provisión, inmediatamente suscita el tema de hasta qué punto la Organización está autorizada para considerar reclamaciones respecto a violaciones sobre derechos humanos por miembros individuales sino más bien para tratar de alentar el respeto para los derechos humanos generalmente entre los miembros; y hay quienes argumentan incluso que las cláusulas de la Carta solo contiene un mandato piadoso para cooperar en la promoción del respeto por los derechos humanos y no imponen ninguna obligación legal sobre los miembros en relación con sus propios nacionales. Este último argumento parece que va demasiado lejos, dado que una promesa a cooperar en la promoción implica al menos una obligación negativa de no actuar de forma tal que se socaven los derechos humanos (por esta razón las antiguas políticas de segregación racial de Sudáfrica parecen no estar en armonía con la Carta).

En los primeros años de vigencia de la Carta de las Naciones Unidas se planteó el problema de si estas disposiciones de la Carta imponían realmente obligaciones jurídicas de comportamiento a los Estados miembros en materia de derechos humanos. El artículo 56 establecía el compromiso de los Estados miembros de “tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”. Y dicho artículo 56 era diversamente interpretado, pues mientras algunos sostenían que el único compromiso que en virtud de él asumían los Estados miembros era el de cooperar internacionalmente, otros entendían, desde una perspectiva más progresista, que el artículo 56 obligaba también a los Estados miembros a adoptar medidas en el plano interno. Hoy la controversia está superada y es manifiestamente clara la segunda de

ambas interpretaciones, como dijo el Tribunal de La Haya en su dictamen del 21 de junio de 1971 en el asunto Namibia.⁸

Si pues los Estados miembros de la Organización han contraído en la Carta la obligación de respetar los derechos humanos, no se puede sostener que tal materia sea de jurisdicción interna en el sentido del párrafo 7 del artículo 2 de la misma. Según esta última disposición las Naciones Unidas no pueden intervenir en asuntos que sean esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, pero en materia derechos del hombre, los Estados miembros han asumido compromisos internacionales. La cuestión ha pasado a ser objeto del interés de la sociedad internacional y del Derecho de Gentes y en ella no se puede alegar la excepción de jurisdicción interior de los Estados. La práctica de las Naciones Unidas se ha orientado indudablemente por esta vía. Pero la Carta de las Naciones Unidas no contenía una enumeración y una definición de los derechos humanos y libertades fundamentales, y este vacío iba a ser llenado muy pronto por medio de una Declaración de la Asamblea General.

Efectivamente, las Resoluciones 5 (I) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) del 16 de febrero de 1946 y 9 (II) y 12 (II) del 21 de junio del mismo año crearon como órgano auxiliar la Comisión de Derechos Humanos (hoy reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos), a la que se encomendó, entre otras cosas, la preparación de un proyecto sobre una Declaración de Derechos Humanos. Este proyecto fue finalmente sometido a la Asamblea General que aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos el día 10 de diciembre de 1948, por 48 votos a favor y 8 abstenciones (Unión Soviética y otros Estados socialistas, más Arabia Saudita y África del Sur); dos delegaciones estaban ausentes (Honduras y Yemen).

Como veremos más adelante, la Declaración enumera y define los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero no instaaura ningún derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales ni establece ningún otro

⁸ “Conforme a la Carta de las Naciones Unidas, el exmandatario se había comprometido a observar y respetar los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción de raza, en un territorio que posee un *status* internacional. El hecho de establecer y aplicar (...) distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia, u origen nacional o étnico, que son una negación de los derechos humanos fundamentales, constituye una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta” (CIJ, *Recueil*, 1971, p. 45).

mecanismo jurídico de control. Ello no hubiera sido aceptable en aquel entonces desde el punto de vista político. Además, en una perspectiva formal y positivista, y en cuanto plasmada en una resolución de la Asamblea General, la Declaración no es “per se” obligatoria para los Estados miembros de las Naciones Unidas. Pese a ello cabe decir que su peso político-jurídico y su significación moral son grandes. La Declaración presenta un indiscutible valor programático y en este sentido hay que afirmar que ha tenido un impacto capital en otras importantes resoluciones de la Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social y otros órganos de las Naciones Unidas. Ha ejercido también indudable influencia en Convenciones que están en vigor, adoptadas en el seno de la Organización, y en otros tratados multilaterales y bilaterales. Ha influido por fin en las Constituciones nacionales y en las leyes internas.

Como analizaremos oportunamente, con independencia de los Pactos de Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas ha realizado un relevante esfuerzo codificador a través de una obra convencional muy amplia y encomiable en materia de derechos del hombre, propiciando la adopción de una serie de convenciones sectoriales. Con independencia de esas convenciones, existen otras Declaraciones de la Asamblea General que tienen un irrefutable valor programático y que han colaborado a crear un estado de conciencia internacional en favor de la protección de los derechos humanos.

Hay que decir, asimismo, que en el seno de la Organización Internacional del Trabajo –organismo especializado de las Naciones Unidas– se han adoptado importantes convenciones en materia de derechos económicos y sociales, fundamentalmente en el campo laboral. Otros organismos especializados de las Naciones Unidas que en los campos de sus respectivas competencias se han ocupado de los derechos humanos son la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

La protección de los derechos humanos en Europa Occidental: la obra del Consejo de Europa

El Consejo de Europa, organización internacional de Europa occidental creada el día 5 de mayo de 1949, constituye fundamentalmente una comunidad ideológica, basada en el triple pilar de democracia parlamentaria, Estado de Derecho y respeto a los derechos del hombre. Precisamente por ello y por la homogeneidad política reinante entre los Estados miembros así como por el generalmente alto nivel de respeto hacia tales derechos, es en el ámbito de dicha organización donde más lejos se ha llegado en el campo de la protección internacional de los derechos del hombre.

De un modo general, la obra del Consejo de Europa en este terreno puede dividirse en dos grandes categorías bien definidas: derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, de otra. La primera categoría de derechos está protegida en la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, firmada en Roma el día 4 de noviembre de 1950, y que ha sido completada por once protocolos adicionales, en la que es parte España. La segunda categoría de derechos es objeto de protección en la Carta Social Europea, firmada en Turín el día 18 de octubre de 1961, en la que también es parte España. Y si lo realmente importante en materia de protección internacional de los derechos del hombre viene constituido por los mecanismos de control y garantía puestos a disposición de los particulares ante instancias internacionales, hay que decir que la Convención de Roma ha llegado mucho más lejos que la Carta de Turín, estado de cosas que se explica por la especial naturaleza de los derechos protegidos. Y es que realmente, tanto desde el punto de vista político como técnico-jurídico, los derechos civiles y políticos se prestan a un tipo de protección mucho más eficaz, satisfactorio y avanzado que los derechos económicos, sociales y culturales.

La protección de los derechos humanos en la Organización para la seguridad y Cooperación en Europa

En cuanto a la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa tiene como resultado más tangible hasta 1990 al Acta Final de Helsinki del 1 de agosto de 1975, firmada por treinta y cinco Estados (todos los Europeos del Este y del Oeste menos Albania, más Canadá y los Estados Unidos). La paz y la distensión eran los objetivos fundamentales de la Conferencia. En el Acta Final de Helsinki, efectivamente, los Estados participantes reafirman su intención de “lograr condiciones en las que sus pueblos puedan vivir en una paz auténtica y duradera” y se declaran convencidos “de la necesidad de realizar esfuerzos para conseguir que la distensión sea un proceso continuo y cada vez más viable y general de dimensión universal”.

Pero la distensión tenía un carácter global y profundo, que rebasaba los aspectos puramente militares, de seguridad y desarme, para incidir de lleno en el campo del respeto a los derechos del hombre y la cooperación humanitaria. Sin respeto a los derechos del hombre no habría auténtica distensión. Y ello no solamente porque la guerra constituye la más grave y flagrante violación de los derechos del hombre, sino también, porque como ha dicho Charles De Visscher existe un vínculo estrecho e indiscutible entre el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales en el interior del Estado y el mantenimiento de la paz entre los Estados.⁹

Tales ideas están presentes de modo claro en el Acta Final de Helsinki. Así, cuando el principio VII del Decálogo trata de los derechos humanos, dice que “su respeto es un factor esencial de la paz”. Y por otro lado, uno de los aspectos más destacables del Acta es el equilibrio entre los principios que reafirman la soberanía del Estado y el “statu quo” (I, III, IV, VI que se refieren respectivamente a la igualdad soberana, inviolabilidad de las fronteras, integridad territorial y no intervención en los asuntos internos) y el principio VII que trata del respeto a los derechos del hombre. En una óptica política hay que decir que el tema de los derechos humanos fue introducido en las negociaciones y llevado al Acta Final por iniciativa de las delegaciones occidentales y precisamente

⁹ Charles De Visscher: *Théories*, 1960, pp. 127 ss.

como contrapeso del principio de la inviolabilidad de las fronteras, que beneficiaba lógicamente a los Estados de Europa Oriental.

La protección de los derechos del hombre en América: la obra de la Organización de Estados Americanos (OEA)

La Carta de la Organización de Estados Americanos, firmada en Bogotá el día 30 de abril de 1948, proclama entre sus principios el del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana (artículo 5.j); y el propósito de proteger estos derechos a nivel internacional determinó la firma en San José de Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención entró en vigor el día 18 de julio de 1978 y hoy son partes en ella veinticinco Estados de América del centro, del sur y países anglófonos del Caribe, a saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Como puede comprobarse, las ausencias son notables y significativas.

En lo que respecta a los derechos protegidos, el capítulo II de la Convención se refiere a los derechos civiles y políticos, y el capítulo III a los derechos económicos, sociales y culturales. Pero el tratamiento de una y otra categoría de derechos humanos es muy distinto en la Convención, pues mientras el capítulo II contiene una amplia enunciación y definición de derechos civiles y políticos, el capítulo III, integrado por un solo artículo, el 26, no incluye más que el compromiso de los Estados parte de adoptar medidas para la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura que se enuncian en la Carta de la Organización y Protocolo de Buenos Aires; y ello “en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Es decir, aunque superficialmente pudiera concluirse que el ámbito de los derechos protegidos por la Convención de San José es muy amplio, en cuanto que cubriría no solo los derechos civiles y políticos,

sino también los económicos, sociales y culturales, lo cierto es, que la inclusión de esta última categoría de derechos es “más programática que real, más efectuada en el terreno de los principios todavía por desarrollar que orientada hacia la solución de los problemas actuales”.

Referencia especial al Tercer Mundo. El sistema africano

Es difícil ciertamente llegar a un concepto del Tercer Mundo unánimemente aceptado, pero circunscribiendo la expresión a los países en desarrollo de África, Asia y Latinoamérica –que en las Naciones Unidas forman el Grupo de los 77– cabe comprobar que la problemática de los derechos humanos presenta en tales regiones características de perfiles muy peculiares.

Una primera nota consiste en la situación de subdesarrollo económico, social y cultural en que se encuentran los países en cuestión. Y como ha dicho Gross Espiell, tales realidades “obligan a asignar una preeminencia “de facto” al reconocimiento y a la efectividad, o por lo menos a la invocación, de los derechos económicos, sociales y culturales y a la idea de que debe darse prioridad al desarrollo económico, frente a la garantía de los derechos humanos, civiles y políticos, que no deberían interferir en los esfuerzos del Estado para resolver inmediatamente los problemas que plantean las prioridades impuestas por el necesario progreso económico y social”.¹⁰

Una segunda nota común a los países del Tercer Mundo –a la que también se refiere Gross Espiell– es la ausencia general de estructuras institucionales y administrativas sólidas y eficaces así como la inestabilidad política. Semejante situación repercute negativamente en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales y en el respeto de los derechos civiles y políticos.

Esta situación pesó en la actitud de los Estados africanos y asiáticos cuando se elaboraron los Pactos de las Naciones Unidas de 1966, pues allí pusieron énfasis en la prioridad del desarrollo económico y social y en la satisfacción de los derechos de tal naturaleza y se alinearon también con los países socialistas en la oposición a la admisión de reclamaciones individuales por violación del Pacto de derechos civiles y políticos, aunque finalmente

¹⁰ Gross Espiell: “La evolución del concepto de derechos humanos: criterios occidentales, socialistas y del tercer mundo”, *Anuario de Ihladi*, 5, 1979, p. 96.

algunos países afroasiáticos propugnaron la solución de compromiso que prosperó definitivamente: hacer posible aquellas reclamaciones por la vía de un Protocolo de aceptación facultativa.

Por lo demás, y aparte de la Convención interamericana de San José, ya analizada someramente en el apartado anterior, hay que referirse dentro del Tercer Mundo a la Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos, adoptada por unanimidad en Nairobi el día 24 de junio de 1981 por la Asamblea de la Organización de la Unidad Africana y antes por la Conferencia Ministerial celebrada en Banjul (Gambia). La Convención entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Rasgo característico de la Carta es que junto a la tradicional enumeración de derechos (artículos 1-26) incluye, asimismo, deberes de los individuos hacia su familia y sociedad, el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas y la comunidad internacional (artículos 27 a 29).

La Carta regula, también, las medidas de salvaguardia (artículos 30-50) estableciendo como órgano de control la llamada Comisión, que puede recibir comunicaciones de Estados y otras comunicaciones. En el primer caso, la Comisión intenta un arreglo amistoso entre los Estados interesados y si no lo consigue redacta un informe que se envía a dichos Estados y a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de dicha Organización. En el segundo caso -otras comunicaciones-, si la Comisión considera que revelan la existencia de un cuadro de violaciones serias o masivas de los derechos humanos y de los pueblos, llamará la atención de aquella Asamblea.

Afectaciones fundamentales en cuanto a la garantía de los Derechos Humanos

El Rol y la Naturaleza de la legislación de Derechos Humanos

Es importante que el internacionalista que se especializa en los derechos humanos haga bien la distinción entre reglas sustantivas del derecho y reglas de moralidad, no importando cuán deseables o necesarias sean estas últimas. Tal como sucede con otras áreas del Derecho Internacional, ningún grado de retórica puede asegurar que un estado observe una obligación internacional sobre derechos humanos, pero existe considerablemente más chance si

esa obligación puede demostrarse que surge de una “fuente de derecho” reconocida. Por supuesto, eso no significa que cada derecho humano pueda ser basado en un tratado o una costumbre, porque “los principios generales del derecho” pueden constituir un aditamento a la existencia puramente positivista de obligaciones legales internacionales. Eso significa, sin embargo, que antes que mecanismos legales puedan ser usados para obligar a un Estado a un comportamiento dado (por ejemplo: mediante procedimientos estipulados en un tratado que obliga), debemos estar seguros que el ‘derecho’ que se aplica reviste también la calidad de una norma legal.

Por supuesto, a pesar de que la mayoría de los procedimientos institucionales para la protección de los derechos humanos se concentran en obligaciones legales ‘puras’, el comportamiento general de un estado en el ámbito de los derechos humanos puede estar influenciado por muchos otros factores, tales como la opinión pública y el ‘derecho blando’ (“soft law”). En otras palabras, cuando hablamos sobre la ley de los derechos humanos, debemos estar seguros que la sustancia de lo que se trata de promover reside en una obligación legal y no en un principio moral. Sin embargo, cuando hablamos de la naturaleza de los derechos humanos y en la manera en que dichos conceptos afectan el comportamiento del Estado, es apropiado referirse a una amplia gama de principios, algunos de los cuales no habrán alcanzado el “status” de derecho garantizado por el Derecho Internacional “per se”.

En la práctica, el bulto de la ley referida a los derechos humanos opera a fin de prevenir que un Estado cause ‘daño’ a sus propios nacionales. Esto no significa meramente un daño físico, pero puede implicar un daño económico, social, legal o intelectual. En este sentido, la ley concerniente a los derechos humanos es una excepción a la absoluta y exclusiva jurisdicción territorial que un estado posee de otra manera. Los derechos humanos pueden, de hecho, estar considerados bajo la rúbrica general de ‘inmunidades respecto de la jurisdicción nacional’. El mayor impacto de la ley concerniente a los derechos humanos ha sido erosionar el control absoluto que un Estado anteriormente ejercía sobre sus nacionales. Un Estado puede ser ahora responsable internacionalmente por actos realizados en su propio territorio a sus propios ciudadanos. De esa manera, el artículo 2 (7) de la Carta de las Naciones Unidas, que estipula que ‘nada contenido en la presente Carta

podrá autorizar a las Naciones Unidas a intervenir en cuestiones que caen esencialmente dentro de la jurisdicción interna de cualquier Estado' no ha inhibido a las Naciones Unidas (UN) en su intento de desarrollar un código comprensivo de derechos humanos. Simplemente, los desenvolvimientos acontecidos desde 1945 han sacado la cuestión de los derechos humanos fuera del plano interno y lo han promovido a la jurisdicción del derecho internacional.

El propósito de la ley concerniente a los derechos humanos es, pues, asegurar que los individuos son protegidos de los excesos de Estados y Gobiernos. ¿Cómo puede esto operar en la práctica? Primeramente, puede ser posible operar una maquinaria comprensiva y obligatoria para la protección de los derechos humanos en casos concretos. Esto ha sido logrado en un grado limitado y, por supuesto, permanece como objetivo final. La consideración efectuada por la Comisión de Derecho Internacional de la factibilidad y el deseo de establecer una Corte Penal Internacional es parte de este proceso continuo. Sin embargo, por lo general, la protección efectiva para individuos específicos con respecto a violaciones personales de sus derechos humanos es la excepción más que la regla, a pesar de que el fin de la 'guerra fría' prometió mayores progresos.

Esto ha llevado a muchos comentaristas a lamentar la 'falta de efectividad' de la legislación concerniente a los derechos humanos y castigar a los Estados por no estar preparados a aceptar una maquinaria obligatoria de aplicación. No obstante podemos preguntarnos si esto es realmente sorprendente dado el hecho de que ha sido solo recientemente que los Estados han aceptado el principio básico de proteger los derechos humanos. Hasta 1945, como dijimos anteriormente, el Derecho Internacional concernía, generalmente, solo a los derechos y obligaciones de los Estados y es fácil olvidarse cuán grande tuvo que ser el giro en el énfasis puesto antes que los Estados estuvieran preparados a aceptar aún el principio abstracto que el Derecho Internacional podía proteger los derechos humanos de los individuos o particulares. Además, es evidente que los Estados se muestran reticentes a aceptar la solución pacífica de controversias de forma obligatoria en una amplia gama de circunstancias, no solo en cuestiones de derechos humanos, y teniendo en cuenta que estas otras controversias son usualmente con otros Estados.

Sin embargo, aunque la protección de los derechos humanos en casos concretos no es tan vigorosa como desearíamos, es importante apreciar que esta es solo una forma por la cual el Derecho Internacional puede ayudar. En otro nivel, la existencia de obligaciones internacionales con respecto a derechos humanos por lo general y el surgimiento de obligaciones comunes con respecto a derechos específicos e identificables (tales como la prohibición del crimen de genocidio), deberían ser reconocidos como logros considerables “per se”. Además, la existencia de obligaciones legales genuinas significa que podemos describir la conducta de un Estado como ‘fuera de la ley’ o ‘ilegal’ y esto constituye una forma poderosa de crítica hacia el mismo. En otras palabras, el simple hecho que muchas de las obligaciones legales morales, aun si solo existen por siempre en lo abstracto sin mecanismos obligatorios de aplicación, pueden efectiva y realmente inhibir a los Estados en su conducta hacia los individuos. Si los derechos humanos no fueran protegidos bajo el Derecho Internacional, una conducta puede ser deplorada, y aún ser considerada inmoral, pero no sería una conducta ‘ilegal’.

El desarrollo de la legislación de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Veamos ahora ejemplos concretos. Si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos contiene una lista de derechos económicos, sociales, culturales y políticos y provee en el Artículo 2 que ‘cada persona tiene el título de todos los derechos y libertades establecidas en esta Declaración, sin distinción de ningún tipo’, debe tenerse en cuenta que la Declaración no tuvo como fin crear obligaciones legales que tuvieran un carácter compulsivo. No podía hacerlo, pues así es la regla general para las resoluciones de la Asamblea General.

El efecto preciso de la Declaración fue, por lo tanto, de instar a los Estados a que establecieran procedimientos para la futura protección de los derechos humanos. Tenemos que hacer justicia, en sentido general, al efecto dinámico que la Declaración ha tenido en la legislación sobre derechos humanos. El simple hecho de la adopción de la Declaración ilustra que existió un acuerdo sobre el principio de la importancia de los derechos humanos, como asimismo un consenso respecto al tipo de derechos que deberían ser

protegidos. Más importante aún fue que la Declaración proveyó el ímpetu para el desarrollo del derecho consuetudinario y los regímenes de tratado más comprensivos como lo veremos luego. En el caso de los Estados Unidos de América de *Filartiga versus Pena-Irala* (1980; 630 F. 2º 896) la corte sentenció su creencia que la Declaración había asumido una fuerza y validez en el derecho consuetudinario por su propia cuenta y, más allá que había dado origen a una norma consuetudinaria específica que prohíbe la tortura. De hecho, la Declaración es uno de las más significativas resoluciones que haya sido adoptada por la Asamblea General, tanto en términos de su efecto sobre el desenvolvimiento del derecho internacional como debido a su tema específico.

También es importante destacar que la legislación sobre derechos humanos no es estática. Muchos comentaristas hablan de ‘generaciones’ de derechos humanos, que es otra forma de describir como la sustancia de los derechos humanos ha pasado a ser más refinada de manera tal que el mismo concepto de ‘derechos humanos’ ha pasado a estar más imbricado en el sistema del Derecho Internacional. De manera tal que derechos ‘de primera generación’ comprende aquellos derechos civiles y políticos que están ahora en el centro de la mayor parte de los regímenes de tratados sobre derechos humanos. Ellos incluyen tales asuntos como el derecho a la vida, la abolición de la esclavitud, el derecho a un justo juicio, la prohibición de la tortura y el derecho a ser reconocido ante la ley. Los así llamados derechos humanos de segunda generación generalmente se relacionan a asuntos de importancia social y económica, tales como el derecho a trabajar, el derecho a la seguridad social, el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la educación. Sorprendentemente, sin embargo, la distinción entre estos y los de primera generación no reside en el hecho que los de segunda generación surgieran después (como por ejemplo: véanse las dos Convenciones a las que nos referimos después, que surgieron en 1966). Más bien reside en que los mecanismos de aplicación para los derechos de segunda generación tienden a ser más flexibles y menos poderosos que aquellos disponibles para el individuo que clama por la violación de sus derechos civiles y políticos.

Esto no es sorprendente dado que el logro de los derechos económicos y sociales depende grandemente sobre la organización social determinada

dentro de cada Estado, mientras que los derechos civiles y políticos tienen un sabor más ‘universal’. Finalmente, existe cierto apoyo académico para los llamados derechos de tercera generación. Los derechos de ‘tercera generación’ pueden incluir conceptos generales como derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente protegido, derechos a la paz y un amplio derecho a la autodeterminación. Claramente, estos son ‘derechos’ que pertenecen más apropiadamente a grupos o ‘pueblos’ más que a individuos o particulares, y muchos juristas argumentan que son ‘derechos’ en un sentido moral o filosófico y que no connotan todavía la existencia de una obligación legal y un derecho legal correlativo.

Un punto de vista optimista del efecto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es que generó un principio general de derecho internacional consuetudinario por el cual los Estados estaban obligados a respetar los derechos humanos de sus nacionales. Se le puede acreditar a las Naciones Unidas que ha sido capaz de tomar este principio general y ponerlo en práctica en un número de maneras concretas. En efecto, algunos comentaristas argumentan que el impacto de las Naciones Unidas ha sido tal que una obligación general de respetar los derechos humanos es ahora una norma de “*jus cogens*”. La naturaleza legal obligatoria de los regímenes específicos instituidos bajo los auspicios de las Naciones Unidas no pueden ser puestos en duda.

Lo más significativo de esto es que las dos Convenciones Internacionales sobre las cuales se hablará oportunamente forman un código razonablemente comprensivo de derechos humanos universales y proveen un cierto nivel de fuerza de aplicación contra los Estados que delinquen. Además, no debe olvidarse que la Asamblea General, sus Comités y otros órganos de las Naciones Unidas regularmente consideran cuestiones de derechos humanos como un accesorio necesario a sus actividades políticas. De esa manera, las cuestiones sobre Namibia, el apartheid en Sudáfrica y la situación del Medio Oriente han dado origen a discusión y acción en el ámbito de los derechos humanos. Por ejemplo, en 1977, el Consejo de Seguridad impuso sanciones obligatorias sobre Sudáfrica, en parte por ‘acudir a violencia masiva y matanzas contra el pueblo africano, incluyendo a escolares y estudiantes y otros resistiendo en virtud de la discriminación racial.’¹¹ Un

¹¹ Res. Consejo de Seguridad 418 (1977).

deseo similar de promover derechos civiles y políticos aparenta estar detrás de la imposición de sanciones económicas contra Haití en junio de 1993.

La Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (1966)

El efecto de la Convención Internacional sobre derechos civiles y políticos (1966) es proveer un marco para la protección de todos los derechos civiles y políticos mirados comúnmente como esenciales para la dignidad y libertad del hombre. Sin embargo, a pesar que las partes a la Convención están bajo una clara obligación legal de respetar los derechos humanos definidos allí, el sistema que asegure su aplicación no es generalmente efectivo a fines de proveer un recurso para los individuos en casos concretos. Al pasar a ser parte, un Estado está automáticamente obligado por el artículo 40 de someter informes periódicos (cada cinco años) a la Comisión de Derechos Humanos (actualmente Consejo de Derechos Humanos) establecida bajo la Parte IV de la Convención.

Los informes sometidos a la Comisión (actualmente Consejo de Derechos Humanos) deberán indicar las medidas tomadas para implementar los términos de la Convención y puede haber un chequeo o examen limitado de un representante estatal. Por supuesto, estos informes son escritos por un funcionario gubernamental y es poco probable que contenga admisiones de violación de un tratado. Sin embargo, el deber legal de someter informes es significativo en sí mismo en el sentido que pone una carga sobre el Estado para explicar positivamente los pasos que ha tomado para cumplir con sus obligaciones internacionales.

El artículo 41 de la Convención establece medidas concretas que establecen un procedimiento para reclamaciones interestatales, donde una parte puede declarar, como una opción y sobre la base de reciprocidad, que reconoce la competencia de la Comisión de Derechos Humanos (actualmente Consejo de Derechos Humanos) para recibir reclamaciones de otros Estados. Si una solución pacífica no es posible, la Comisión (actualmente el Consejo de Derechos Humanos) puede con el consentimiento posterior de las partes, referir

el asunto a una Comisión de Conciliación “ad hoc”. El informe de este cuerpo, como las recomendaciones o fallo producido por la Comisión (o Consejo) no es vinculante y no tiene obligatoriedad jurídica. Puede, por supuesto, resultar en presión política para remediar la violación alegada de derechos humanos –por ejemplo, cambiando la legislación interna– pero no da origen a una obligación secundaria legal de la misma forma que una decisión vinculante de la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

El Protocolo Opcional a la Convención (1966)

Este Protocolo provee la posibilidad de reclamaciones individuales a la Comisión (o Consejo de Derechos Humanos) con respecto a violaciones personales de derechos humanos. Sin embargo, este procedimiento es enteramente opcional. El Reino Unido no firmó el Protocolo, pero muchos otros Estados europeos lo hicieron (por ejemplo: España, Francia, Italia, Hungría), como, asimismo, varios países sudamericanos y de América Central (por ejemplo: Argentina, Uruguay, Nicaragua, Panamá). La Comisión no actúa en calidad de capacidad judicial y los Estados parte al Protocolo no pueden ser obligados a proveer información o presentar representantes. Además, aún si la Comisión determina que ha habido una violación de la Convención, esta determinación no es vinculante para el Estado, a pesar de que la publicación del fallo, como en el de *Bazzano Decision* (1979, 19 ILM 133) contra Uruguay y en el *Luyeye Magana Decision* (1979, ILR 187) contra Zaire puede ir muy lejos para asegurar que el Estado la cumpla. Sin embargo, el Estado no está legalmente obligado a hacerlo.

La firma de la Convención es una buena publicidad y es instructivo en el sentido que no todos los Estados partes que aceptan la obligación general de proteger los derechos humanos están preparados para tomar el próximo paso lógico y adoptar aún las obligaciones muy limitadas para su aplicación de la Convención y del Primer Protocolo Optativo. Este no es el caso, por ejemplo, bajo la Convención Europea donde casi todos los firmantes al primer instrumento han aceptado alguna maquinaria que garantice su aplicación o ejecución.

La Convención Internacional concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales (1966)

Ella es la contraparte de la Convención concerniente a los derechos civiles y políticos. Esta Convención también entró en vigor en 1976 y, hacia el 1 de enero de 1992, había 106 partes a la Convención, incluyendo el Reino Unido. Según algunos juristas, el tenor de esta Convención es promocional más que vinculante. La Convención está designada a promover el bienestar económico y social, no a impedirlo poniendo a los Estados bajo obligaciones que impidan una difundida reforma económica y social. Por razones similares, la maquinaria que asegura la aplicación de la Convención no es tan fuerte como la de su contraparte. Los Estados están bajo la obligación de someter informes cada cinco años a la Comisión sobre Derechos económicos, sociales y culturales, cuyos miembros no representan formalmente su estado de nacionalidad, y que opera bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC). No es sorprendente que la existencia de una maquinaria que asegure la aplicación de la Convención sea más débil dada la naturaleza de las obligaciones contenidas en la Convención económica.

ECOSOC y la Comisión de Derechos Humanos

En 1948, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) hizo una contribución significativa al desarrollo de la legislación sobre los derechos humanos estableciendo la Comisión de Derechos Humanos, que tenía amplios poderes para examinar el desarrollo de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. La Comisión estaba compuesta por 43 miembros, que representaban a sus Estados, y se debe hacer notar que era primariamente un órgano político más que judicial. (El actual Consejo de Derechos Humanos es también un órgano de carácter político más que jurídico). Sin embargo, tiene jurisdicción para investigar alegatos de amplias violaciones de los derechos humanos. Esto puede resultar en la designación de un grupo de trabajo independiente cuya tarea era de informar de nuevo a la Comisión, o la Comisión puede emprender una

investigación por sí misma. En 1984, por ejemplo, la Comisión designó a un profesor de derecho para liderar una investigación sobre violaciones alegadas de derechos humanos en Afganistán y, en enero de 1990, una delegación de la Comisión visitó prisiones en Irán como parte de sus investigaciones sobre el abuso de derechos humanos en dicho país. Sin embargo, aun cuando el informe final de la Comisión pueda ser bastante crítico, no es vinculante jurídicamente y no existe mecanismo que garantice la aplicación.

La Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales (1950)

En 1950 los Estados miembros del Consejo de Europa firmaron la Convención Europea de los Derechos Humanos, que entró en vigor en 1953, y para el 1 de enero de 1992 eran 23 las partes a la misma, incluido el Reino Unido. La Convención representa un abanico comprensivo de los derechos civiles y políticos que se estiman son comunes a todos los pueblos de Europa. Desde el fin de la ‘guerra fría’ muchos de los ex Estados europeos socialistas han pasado a ser partes en el sistema (por ejemplo: Polonia, Hungría). La Convención es similar en alcance a la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, a pesar de que sus provisiones para garantizar su aplicación son considerablemente más efectivas. El artículo 1 de la Sección I obliga a los Estados a proteger los derechos humanos de cualquier persona dentro de su jurisdicción, ya sea nacional, nacional de otra parte contratante o nacional de un tercer país. (Como por ejemplo en *Berrehab versus Netherlands* donde los derechos de un residente marroquí fueron violados).

La forma usual en la cual una parte contratante va a hacer frente a sus obligaciones va a ser asegurando que su derecho interno no viole los derechos protegidos en la Convención. Por esta razón, muchos estados han formalmente incorporado la Convención a su derecho interno. Generalmente, el propósito de la Convención no es prevenir o castigar violaciones globales de derechos humanos (a pesar de que

operaría en tales circunstancias) pero de encerrar brechas aisladas en el derecho interno de las partes. En forma similar a la Convención Internacional, se les permite a los Estados derogar de ciertas provisiones ‘en tiempos de emergencia pública que amenacen la vida de la nación’ (Artículo 15), excepto que no se puede hacer una derogación de esa índole con respecto a los Artículos 2, 3, 4(1) y 7 (no hay legislación penal retrospectiva). El Reino Unido, por ejemplo, ha efectuado una derogación siguiendo la decisión en *Brogan versus UK* (de 1989) 11 EHRR 117)) que estaba en violación de la Convención hasta el punto en que el Acto de Prevención de Terrorismo (Provisiones Temporarias) de 1984 autorizaba la detención contraria al derecho de cada persona ‘arrestada o detenida a ser traída prontamente ante un juez’ bajo el Artículo 5(3). Esta derogación en sí misma ha sido confirmada como legal por la Corte de Derechos Humanos de Estrasburgo en *Brannigan and McBride versus United Kingdom*, *The Times*, 28 de mayo de 1993.

El incumplimiento de una norma de la Convención trae aparejada la responsabilidad internacional. Esto puede significar que el Estado concernido está obligado a adecuar su derecho interno a la Convención o, como sucedió en el caso *Brogan*, el Estado puede actuar para prevenir futura responsabilidad efectuando un cambio legal en esas obligaciones. En casos apropiados, usualmente que impliquen un daño específico a individuos, la Corte Europea de Derechos Humanos pueden conceder ‘satisfacción’ bajo el artículo 50. Esto puede tomar la forma de una concesión monetaria, como en el *Young, James and Webster Case* (de 1983, 5 EHRR 201) siguiendo un incumplimiento del Artículo 11 (libertad de asociación) por el Reino Unido.

La puesta en vigor de la Convención es emprendida por los tres entes (la Comisión, el Comité de Ministros y la Corte Europea de los Derechos Humanos, situada en Estrasburgo) actuando juntos o separadamente. Esencialmente, la Convención provee un procedimiento para reclamaciones tanto estatales como por individuos, pero todos tienen que ser hechos ante la Comisión en primera instancia.

Actualmente, solo los Estados o la Comisión pueden referir un caso a la Corte, a pesar de que bajo la regulación 30 (Regulaciones revisadas,

1983) un individuo puede comparecer ante la Corte para presentar su caso. En 1990, sin embargo, el Protocolo 9 a la Convención fue abierto a la firma y esto dio a los individuos el derecho de traer un caso ante la Corte si las demandas ante la Comisión llegasen a la nada. Sin embargo, es por respeto a las reclamaciones ante la Comisión y su subsiguiente remisión bajo los procedimientos existentes que la Corte ha sido capaz de desarrollar la legislación de derechos humanos de Europa.¹²

Indudablemente, la Convención Europea ha tenido un gran impacto en la legislación de los derechos humanos desde su entrada en vigor en 1953. El uso creciente de la Corte ha hecho mucho para remediar defectos en la legislación interna de las partes contratantes, tanto así como el proveer a los individuos o particulares una solución concreta en un número de casos. Esto representa un gran avance en relación a las Convenciones Internacionales analizadas anteriormente. Hay por supuesto, algunos defectos en el sistema, el más notable es la demora en tiempo consiguientemente a una demanda de un individuo o particular. También se encuentra la naturaleza política de las decisiones tomadas por el Comité de Ministros. Pero sin embargo, en el todo, estas son críticas pequeñas si consideramos la falta de progreso efectuado fuera de este marco en el ámbito de la protección de los derechos humanos. La existencia de un sistema europeo razonablemente efectivo es, por lo tanto, un logro considerable en sí mismo. En el futuro se deberá reflexionar sobre la posibilidad de coordinar y hacer más eficiente el procedimiento de tanto la Comisión como la Corte, tal vez incluso adoptando un sistema de Cámara o una Corte de Primera Instancia.

¹² Ejemplos significativos incluyen: el caso *Brogan y Wemhoff versus Federal Republic of Germany* (1979-80, 1 EHRR 55 sobre el Artículo 5(3)), el *Golder Case* (57 ILR 200, sobre el Artículo 6(1)), *Sunday Times versus United Kingdom* (1981, 3 EHRR 317, sobre el Artículo 10), y *Lawless versus Government of Ireland* (1979-80, 1 EHRR 1) los que llevaron a un cambio en el procedimiento permitiendo a un individuo demandante de comparecer ante la Corte.

Otra maquinaria regional

Otras iniciativas europeas

Es tentador pensar en los derechos humanos en Europa solo en términos de la Convención Europea a la que nos referimos anteriormente. Hay, sin embargo varias otras iniciativas que han hecho mucho para proteger los derechos de los pueblos en el continente europeo. En un nivel, existieron las provisiones del tratado que establecía la Comunidad Europea y ellos podían tener ‘efecto directo’ en el derecho interno de los otros Estados miembros. Obviamente, los ‘derechos’ mismos son más económicos que políticos, pero la implementación del Tratado de la Unión Europea (el Tratado de Maastricht) y su Capítulo Social está teniendo un efecto significativo en el bienestar económico y social de los nacionales de la mayoría de los Estados miembros. En un tenor similar está la Carta Social Europea (1961), un tratado multilateral, vinculante en el Derecho Internacional, del cual es parte el Reino Unido.

De tal vez más significación política es el proceso iniciado por el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa (1975) (El Acta Final de Helsinki del CSCE). A pesar de que no es un acuerdo internacional vinculante, el proceso de la CSCE involucra a cerca de cada Estado europeo, incluyendo aquellos del ex bloque socialista, los Estados Unidos, Canadá y la ex Unión Soviética. Ha producido un número de acuerdos más específicos que tratan de temas de derechos humanos y existen procedimientos limitados para monitorear violaciones de derechos humanos dentro de Europa. Por cierto, a pesar de que esto pueda parecer muy vago, el proceso del CSCE ha sido bastante efectivo en erigir el perfil de los derechos humanos en Europa e ilustra nuevamente la dimensión extra-legal del derecho internacional.

El hemisferio occidental

En 1948 la Novena Conferencia de Estados Americanos adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre. A pesar de que no contenía provisiones para su aplicación, actuó como un ímpetu hacia

la legislación sobre derechos humanos en el hemisferio occidental. Sin embargo, no fue hasta 1969 que la Organización de Estados Americanos adoptó la Convención Americana de los Derechos Humanos incluyendo provisión por una Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Al firmar esta Convención, los Estados “ipso facto” aceptan el derecho de reclamación individual a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (establecida separadamente en 1959/60). El derecho de reclamación interestatal es, sin embargo, opcional bajo el Artículo 45. Además, como el sistema europeo, la jurisdicción de la Corte es opcional bajo el Artículo 62 y solo la Comisión y/o el Estado concernido pueden referir un asunto a ella acto seguido a las tentativas infructuosas por la Comisión de alcanzar una solución negociada. Los derechos protegidos por la Convención son ampliamente similares a aquellos del modelo europeo. Hacia el 1 de enero de 1992, hubo 23 partes, no incluyendo los Estados Unidos.

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)

En 1979, un Seminario de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de Comisiones Regionales de Derechos Humanos con Especial Referencia a África se llevó a cabo en Monrovia, Liberia. Esto probó constituir el ímpetu final para la adopción de un sistema africano para la protección de los derechos humanos. Por ende, el 24 de junio de 1981, la 18 Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno adoptaron la Carta de la OUA de Derechos Humanos y de los Pueblos (la Carta de Banjul), que entró en vigor en octubre de 1986 cuando una simple mayoría de los Estados de la OUA la han ratificado. Hacia el 1 de enero de 1992, había 46 Estados parte.

Bajo el artículo 1 de la Carta, los Estados parte ‘reconocerán los derechos, obligaciones y libertades englobados en esta Carta y van a emprender la acción para adoptar medidas legislativas y otras para ponerlos en efecto’. La obligación, es por ende, menos absoluta que aquella encontrada en la Convención Europea, a pesar de que este es un enfoque sensato dado que muchos Estados africanos ven a la independencia y la estabilidad

económica como los objetivos nacionales más importantes. La Carta, sin embargo, cubre una más amplia gama de derechos que su contraparte Europea, pues trata sobre derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Significativamente, la Carta no siempre enfatiza los derechos individuales o de particulares, pero refuerza ciertos valores comunitarios. De ahí que, el Artículo 18 provee que ‘la familia será la unidad natural y la base de la sociedad’ y los Artículos 19 a 24 afirman los derechos de los ‘pueblos’ a la autodeterminación, ‘existencia’ y condiciones para un medio ambiente satisfactorio. De forma similar, los Artículos 17, 28 y 29 imponen obligaciones sobre el individuo respecto de la familia y la sociedad. La garantía de aplicación de la Carta corre por cuenta de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Parte II), que ejerce funciones de supervisión general tanto como jurisdicción bajo un sistema obligatorio de reclamaciones interestatales.

A modo de conclusión

De esta forma, resulta indiscutible la necesidad de establecer un sistema relativo a la protección efectiva de los derechos inalienables a todo ser humano, de forma tal de garantizar desde el punto de vista interno las condiciones ideales para un orden o equilibrio social lo cual ha de repercutir favorablemente en la convivencia internacional en sus aspiraciones de progreso, entendimiento y paz. En tal sentido, el papel desempeñado por la Organización de las Naciones Unidas no solo ha sido decisivo en cuanto a los principios y reglas que rigen estos tratados si no en el esfuerzo por sensibilizar e instrumentar los mismos.

Sin embargo, la crisis económica internacional y la mega crisis sistémico-estructural global actual que la acompaña (institucional, financiera, alimentaria, energética y medioambiental) generan afectaciones reales a las masas en el marco de sus derechos y garantías fundamentales. Para la ONU representa un gran reto preservar las conquistas en materia de garantías de derechos humanos y evitar amargos retrocesos que anulen lo mundialmente alcanzado.

Bibliografía

Libros y periódicos:

Castro, Fidel. *“Lula”, Reflexiones del Comandante en Jefe*. Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado. La Habana, 2008.

Centella A., *et al.* “Variaciones y cambios del clima en Cuba”. Informe Técnico. Centro Nacional del Clima, Instituto de Meteorología. La Habana, Cuba, 1997.

Christiana Figueres, “Estamos muy cerca de pasar el umbral de 400 ppm, tema del cambio climático desde la Conferencia de Doha, Catar, a finales del 2012.

CITMA “Estrategia Ambiental Nacional, 2007- 2010”, Editorial Academia. Cuba.

Correo del diputado, “Temas de Economía Mundial” No. 3/08, No. 9/08, No. 6/08 y No. 03/09, Ediciones Poder Popular, 2009.

Escrigas, C. *et al* (2009): “Nuevas dinámicas para la responsabilidad social”. En: *La Educación Superior en tiempos de crisis*, GUNI, Barcelona, pp. 3-16

Lapinel, B. P., *et al*: Sistema Nacional de Vigilancia de la Sequía: Análisis del período 1931-90. Informe Científico-Técnico, Centro Meteorológico Territorial, Camagüey. 1993.

López, Hedelberto:” Crisis Alimentaria, compañías ricas, hambre para pobres”. Temas de la Economía Mundial. Correo del diputado. No.8/08. Ediciones Poder Popular, p.33.

Castro, Fidel: “La otra tragedia”. Periódico *Granma*, 19 de julio de 2010.

MINAG. Estrategia Ambiental. Versión preliminar. Dirección de Ciencia y Técnica, Área de Desarrollo y Servicios Técnicos, Ministerio de la Agricultura, La Habana, 1998.

Paginas web consultadas:

<http://es.wikipedia.org>

<http://www.iica.>

<http://www.agroprofesional.com>

<http://www.fao.org>

<http://www.cienciapopular.com>

<http://www.monografias.com>

http://cambio_climatico.ine.gob

<http://www.buenastareas.com>

<http://www.terra.org>

<http://www.cubagob.cu>

<http://www.ipes.org>

<http://www.ecured.cu>

<http://www.habanaenlinea.cu>

Legislación consultada:

Constitución de la República de Cuba de 1976, en *Gaceta Oficial* Extraordinaria. No. 7, La Habana, 1ro de agosto de 1992.

Ley No. 59, “Código Civil”, *Gaceta Oficial* Edición Extraordinaria No. 9 , 13 de octubre de 1987.

Ley No. 81”Del Medio Ambiente”, *Gaceta Oficial* Edición Extraordinaria No. 7 de 11 de julio de 1997.

Decretos-Leyes

Decreto Ley No. 200 “De las Contravenciones en Materia de Medio Ambiente”. *Gaceta Oficial*, Edición Ordinaria, No. 8, 23 de diciembre de 1999.

Conferencia de Copenhague sobre Cambio Climático (Diciembre del 2009)

Granma, La Habana, Cuba, 13 de diciembre del 2014, página 4).

Vigésimo primera Conferencia de las Partes de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (COP21)

Ya, en 1979, en la VI Conferencia Cumbre del Movimiento de Países no Alineados (MNOAL), celebrada en el Palacio de las Convenciones de La Habana, Fidel Castro Ruz, en la sesión inaugural previó el peso de la crisis de entonces y la venidera.

“La ONU pronostica un infierno climático para el 2050”, *Granma*, Internacionales, 3 de septiembre de 2014, p. 4).

Dr. Josep Xercavins I Valls, “Kioto II: demasiado nombre para tan poca cosa” (*Granma*, enero de 2013, p. 9).

Conferencia de Copenhague sobre Cambio Climático (Diciembre de 2009)

Enrique Milanés León (*Juventud Rebelde*, Internacional, 29 de noviembre de 2015, p. 6).

Mediaciones y “marcas de identidad” en el sistema electoral en Estados Unidos

Mediations and “Identity Marks” in US Electoral System

Ernesto Domínguez López

Resumen

En el artículo se propone el estudio de aspectos clave del sistema electoral estadounidense, que lo dotan de rasgos muy peculiares, con el objetivo de evaluar como inciden en la relación entre la voluntad formal de los ciudadanos y los resultados finales de las elecciones presidenciales. Específicamente se aborda el colegio electoral como expresión del método indirecto utilizado en ese ámbito, y la existencia de una tipología de estados a partir de su comportamiento electoral, en la que destacan los swing states, todos ellos ponderados de acuerdo con las dimensiones de sus colegios respectivos. En este ámbito se expresan el interés por mantener el control de las elites sobre el sistema político y las consecuencias del carácter federal de la república nortea. Este modelo introduce un grado de distorsión significativo cuando se compara el voto popular con el voto compromisario. Para su ponderación se propone un método sencillo que arroja resultados claros. La combinación de todos estos factores implica que en la práctica el valor real del voto de los ciudadanos varía de estado en estado, lo cual contradice algunos de los principios fundacionales de la democracia, incluso en su versión estadounidense.

Palabras clave

Sistema electoral, colegio electoral, elecciones presidenciales, estados pendulares, democracia

Abstract

The article proposes a study on key aspects of US political system, which define some of its most peculiar features, with the aim of evaluating their incidence on the relation between the formal will of citizens and the final outcome of presidential elections. It addresses specifically the Electoral Colleges an expression the indirect character of the system, and the existence of a typology of states defined by their electoral behavior, especially swing states, all of them weighted by the dimension of their electoral colleges. This expresses an interest in preserving the elites' control on the political system and the consequences of the federal character of the republic. The model introduces a significant degree of distortion when comparing popular vote to electoral vote. A simple but effective method to weight that distortion is proposed. The combination of all these factors implies that in reality the value of a citizens' vote varies state to state, situation that contradicts some of the foundations of democracy, even in its American definition.

Key words

Political system Electoral College, presidential elections, swing states, democracy

Introducción

Dada la influencia de Estados Unidos dentro del sistema-mundo contemporáneo, el estudio de los procesos políticos que se desarrollan en ese país constituye un campo de particular importancia para la comprensión del curso histórico que sigue la potencia norteamericana, y sus imbricaciones con las dinámicas hemisféricas y mundiales. Las decisiones que se toman en

política interna y exterior dependen de las interacciones entre los diversos actores políticos, integrados a su vez dentro de una red de relaciones mucho más amplia en la que las distintas élites controlan los mecanismos de reproducción del sistema, de formación de opinión y de ejercicio de poder. Pero cada una de esas decisiones promueve intereses específicos que entran en contradicciones, en ocasiones agudas, con otros componentes del sistema. Conocer la distribución de fuerzas, el estado de los mecanismos de toma de decisión y los condicionantes globales y particulares es entonces de interés para el mundo entero.

Dentro de ese vastísimo campo, las elecciones aparecen como uno de los temas de la mayor importancia. Aunque los cargos públicos y los mecanismos legales no son *strictu sensu*, el Poder con mayúscula, sí son instrumentos para su ejercicio, constituyen espacios de toma de decisiones y expresan en su dinámica las relaciones entre los diversos sujetos políticos. Por tal motivo, su estudio representa, por una parte, una vía para conocer el estado de esos instrumentos, y también un punto de entrada para comprender la configuración de fuerzas entre las distintas elites y los diversos sectores de la población, así como el posicionamiento de los intereses centrales y marginales que se mueven en ese escenario.

Sobre la política estadounidense se ha publicado una considerable cantidad de trabajos de distintos tipos, enfoques y niveles de calidad, prácticamente en todo el mundo. En nuestro país, muchos de esos textos se concentran en los procesos de conformación de política exterior en sus distintas fases, especialmente en su implementación. Entre ellos priman, por motivos evidentes, los estudios referidos a la política hacia Cuba. No obstante, se pueden encontrar no pocos trabajos valiosos que se aproximan al tema que propongo aquí, como *El espectáculo electoral más caro del mundo* (2014), de Ramón Sánchez Parodi; varias compilaciones producidas en el Centro de Estudios Hemisféricos y Sobre Estados Unidos (CEHSEU), como *Estados Unidos: Dinámica interna y política exterior* (1998), *Estados Unidos a la luz del siglo XXI* (2008), y *Estados*

Unidos: Procesos internos, geopolítica mundial y relaciones con América Latina (2014); y artículos publicados en Cuadernos de Nuestra América, Revista Universidad de La Habana y Temas, además de en varias revistas internacionales con la autoría de Jorge Hernández, Luis René Fernández Tabío, Soraya Castro, Carlos Akira de la Puente, entre otros investigadores. Internacionalmente, la mayor producción se encuentra por supuesto en Estados Unidos, aunque se registran importantes contribuciones provenientes de México, Argentina, Chile, Francia, Alemania, Gran Bretaña, Canadá, entre otros países.

El autor de estas líneas ha publicado varios artículos sobre diversos aspectos del proceso electoral estadounidense, en especial el papel de los grupos étnicos y la distribución territorial de las bases partidistas, en revistas como Universidad de La Habana y Norteamérica, publicación esta última del Centro de Investigaciones Sobre América del Norte de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ello como parte del programa de investigación sobre el sistema político estadounidense del CEHSEU, que actualmente coordina. Como resultado de ese trabajo, un libro se encuentra actualmente en proceso editorial.

En el texto que someto a su consideración, abordo algunos ángulos fundamentales que en la gran mayoría de los casos se soslayan o se dan por conocidos, sin que necesariamente sea el caso. Y son aspectos que condicionan el funcionamiento del sistema y el ejercicio de los derechos ciudadanos. Propongo un acercamiento a algunos de los rasgos distintivos más significativos dentro del sistema electoral estadounidense, y una reflexión sobre el impacto de su existencia sobre los resultados de los comicios. Ello implica una indagación sobre parte de los factores que median entre los ciudadanos y las decisiones políticas, es decir, se trata de una discusión sobre algunos de los aspectos que definen el tipo de democracia existente en ese país y su funcionamiento. Para ello parto de un problema central: la necesidad de conocer la relación que existe entre la voluntad expresa de los ciudadanos y los resultados de las elecciones presidenciales.

La profundización en este tema específico puede contribuir a una mejor comprensión de los condicionamientos que enfrenta la selección del presidente y su posterior gestión en el cargo. Esta no es la fuente de todos ellos, ni siquiera de la mayoría, pero sí constituye una parte muy importante de ese sistema. Este tipo de discusiones abre también espacios para aproximaciones desde otros campos, como los estudios constitucionales, por ejemplo, que pueden encontrar numerosas aristas para la indagación científica.

Para Cuba este tipo de estudios reviste un interés especial, por muchos motivos. En primer lugar, la vieja e intensa relación entre los dos países hace de Estados Unidos un referente insoslayable para numerosos aspectos de la cultura cubana, incluyendo las relaciones políticas, sin importar que la valoración que se haga del modelo norteamericano sea positiva o negativa. En segundo, es perceptible en la ciudadanía y en una parte de la academia cubana cierto grado de incompreensión de la estructura y funcionamiento del sistema político, y en especial del sistema electoral estadounidense. Tercero, situados en medio de un proceso de reajuste de las relaciones bilaterales entre los dos Estados vía negociación, es de considerable utilidad conocer esta clase de factores, pues son otros tantos generadores de comportamientos y actitudes en la clase política con sede en Washington.

El trabajo lo he desarrollado a través de dos vías. Primero, el estudio de los marcos formales, esencialmente constitucionales, dentro de los cuales existe el sistema electoral, para evaluar su incidencia sobre los resultados de los comicios en relación con las tendencias registradas en la ciudadanía. Segundo, la sistematización de una serie de datos sobre resultados electorales y distribuciones de votos electorales, para sustentar varias de las ideas más importantes manejadas en el texto.

En la elaboración utilicé una amplia literatura científica, tanto en forma de libros como de artículos, que contribuyeron a la conformación de los marcos teóricos. Esto se acompañó con el uso de fuentes periodísticas para el seguimiento de algunos procesos específicos, sitios especializados, como Real Clear Politics y Gallup, que ofrecen sobre todo resultados de sondeos

pre y post electorales. Los datos de los resultados electorales se pueden consultar en varias fuentes, pero para mi investigación preferí recurrir, siempre que fuera posible, a los recopilados en el sitio del Presidency Project, de la Universidad de California en Santa Bárbara, cuyo sitio ofrece una gran cantidad de recursos diversos, de alta confiabilidad.

Algunos puntos de partida

En el discurso político y académico predominante en la contemporaneidad, el sistema electoral se entiende como el mecanismo establecido para la participación masiva de los ciudadanos en el proceso político general. Esto se considera así a partir de la emergencia de principios como el de la igualdad ante la ley y el voto como parte de los derechos inherentes a la condición de ciudadano, imbricados con los derechos civiles y las libertades individuales que se encuentran en el centro del pensamiento liberal desde su formación en etapas tempranas del desarrollo de la modernidad. Este es un constructo que se erigió además sobre el concepto de representatividad, el mismo que permitió la formación de los primeros parlamentos durante la baja Edad Media.

Una noción de estas características entronca de manera directa con el debate, de larga data, en torno a las múltiples concepciones de democracia que han proliferado a lo largo de los años. Esto es particularmente cierto a partir de los procesos históricos que generaron una paulatina incorporación de sectores crecientes de las poblaciones en las dinámicas políticas y, por tanto, hicieron necesario reforzar los mecanismos de legitimación de los regímenes políticos, incluyendo la resignificación e implementación de la representación y, por supuesto, la noción de participación entroncada con la anterior en una relación muy compleja.

Habitualmente, los modelos occidentales (europeos y norteamericanos) privilegian factores tales como la pluralidad de partidos, la celebración de elecciones periódicas y libres, la capacidad de control ciudadano formal sobre el funcionamiento del sistema político, la representatividad de los

cargos públicos, entre otros. Todo ello asociado con la generación de una legitimidad legal, de acuerdo con la clasificación de Weber.¹³ Esto es, amparada en la existencia y aceptación de un marco regulatorio estable, que establezca las condiciones básicas del juego político de manera que aparezca como justo.

Debajo de esta superficie encontramos otras realidades menos visibles, que abarcan en lo fundamental las interacciones de múltiples intereses encarnados en las distintas correlaciones de fuerzas, con sistemas de influencia que desbordan los aparatos institucionales establecidos como cristalizaciones de los desarrollos particulares, siempre dentro de los marcos globales de la evolución de los *complexus culturales*¹⁴ concretos, que ponen en entredicho la posibilidad de un modelo único de democracia. No debe resultar extraño entonces que la diversidad de conceptos existentes se muy grande¹⁵.

No pretendo resolver este problema, si es que una solución es posible, pero es un punto de partida esencial para la interpretación de los procesos electorales. Para este trabajo se puede entender la democracia, de forma algo reducida, como un régimen político, y como tal asociado con formaciones estatales, las cuales solo existen cuando hay diferenciación social y relaciones de dominio-subordinación. En ese caso, se trata de la participación de los componentes del o de los macro sujetos sociales en el poder en los procesos de toma de decisiones, por ser ellos los que concentran las capacidades de promover sus intereses y de identificarlos con el "interés nacional" u otra forma de cristalización de identidades abstractas expresadas en manifestaciones

¹³ M. Weber: Economía y sociedad, pp. 170-241.

¹⁴ El concepto de *complexus cultural* empleado aquí está definido y parcialmente desarrollado en Domínguez López, E. (2010): "Apuntes para la nueva Historia: el *complexus cultural*", Pensando la Complejidad, Año IV, No. VIII, enero-junio, pp. 272-282.

¹⁵ Algunos enfoques pueden encontrarse en Schumpeter, J. (1942): *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper & Row, New York; Wolin, S. (1960): *Politics and Vision*, Little Brown, Boston; Arendt, H. (1963): *On Revolution*, Penguin, New York; Verba, S. y N. Nie (1972): *Participation in America: Political Democracy and Social Equality*, Harper & Row, Nueva York; Barber, B. (1984): *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley; Sartori, G. (1987): *The Theory of Democracy Revisited*, Chatham House Publishers Inc., Chatham; Dryzek, J. S. y P. Duleavy (2009): *Theories of the Democratic State*, Palgrave MacMillan, New York; Schaefer, D. L. (ed.) (2012): *Democratic Decision-Making. Historical and Contemporary Perspectives*, Lexington Books, Lanham Boulder New York Toronto Plymouth

específicas e integradas en un sistema de relaciones de poder, y el espacio de participación reservado para los macrosujetos subordinados en la escala social.

De manera que cuando hablamos de democracia en Estados Unidos, debemos considerar la existencia de un subsistema jerárquico dentro de ese *complexus* cultural, en el que se distribuyen los diversos sujetos sociales. La existencia de los macrosujetos y sus disímiles particiones implica un sistema de relaciones de poder con claras diferenciaciones verticales, de acuerdo con la distribución asimétrica de cuotas de influencia. El sistema electoral actúa como uno de los principales mecanismos legitimadores del régimen político, y más ampliamente de las relaciones de poder. Cumple esa función mediante la construcción de una imagen de participación y la concesión de ciertas cuotas de participación efectiva a los sujetos subordinados dentro del sistema. Esto último está en línea con la concepción elitista de la democracia, expresada de forma bien directa por Joseph Schumpeter¹⁶.

Si consideramos la existencia del registro de electores, según lo cual no es suficiente ser ciudadano, sino que se debe desarrollar un procedimiento adicional para poder votar, se hacen evidentes las mediaciones formales entre la ciudadanía, la elección de gobernantes y legisladores y el ejercicio de la política práctica. Observemos además el impacto de los medios de comunicación, y más ampliamente de la promoción de modelo comercial, los costos de las campañas electorales, los flujos de recursos desde el sector privado, la existencia y funcionamiento de los grupos de presión, entre otros factores, y quedará muy claro la multiplicidad en número y confluente de esas mediaciones.

Existe a nivel mundial una considerable diversidad de modelos políticos, de acuerdo con el tipo y carácter de las instituciones que los conforman, la relación entre los distintos componentes, los modos de elección o designación de cargos públicos, e incluso la pervivencia de elementos tradicionales. Desde que se construyó el sistema político estadounidense a finales del siglo XVIII,

¹⁶ Schumpeter, J.: *ob. cit.*

se diferenci6 radicalmente de los modelos europeos contempor6neos, entre los que dominaban ampliamente las monarquías absolutas, que durante el siglo siguiente evolucionarían hacia monarquías constitucionales en una gran parte, en medio de profundas crisis y procesos revolucionarios. De hecho, tal diferenciación, en el estado en que se encontraban en el momento fundacional de la república norteamericana, parece haber sido uno de los objetivos mejor definidos durante el diseño del sistema y la formulación de su lógica de funcionamiento¹⁷. Las elecciones estuvieron en el corazón de ese distanciamiento.

El volumen y naturaleza de los poderes que le son reconocidos al Jefe de Estado por la Constitución¹⁸ hacen que la república estadounidense sea marcadamente presidencialista, a pesar de la existencia del principio de controles y contrapesos (checks and balances), como parte de la aplicación de las ideas ilustradas de separación de los poderes políticos. No obstante, la existencia de ramas separadas dentro del subsistema de gobierno significa un tope para la actuación de cada una de ellas por sí sola, siguiendo la idea básica de evitar la concentración de los poderes del Estado en un único individuo para impedir la reproducción de los modos de funcionamiento de las monarquías absolutas. También se pretendió contrapesar las posibilidades de formación de un cuerpo de gobierno que concentrase los poderes en una especie de tiranía colegiada. Y como un sistema de seguridad redundante, se protegió el cumplimiento de los principios constitucionales y legales en general con una estructura autónoma: la Corte Suprema y todo el sistema de cortes federales de rango inferior. Sin dudas, esto implica la existencia de contradicciones y tensiones durante el funcionamiento normal del sistema, algunas de ellas de gran alcance, en dependencia de la coyuntura histórica específica¹⁹. Dadas esas características, el mecanismo diseñado para la elección del presidente es parte esencial del sistema electoral en su conjunto.

¹⁷ Véase Kernell, S. y G. C. Jacobson (2003): *The Logic of American Politics* (Second Edition), CQ Press, Washington D.C., pp. 3-65.

¹⁸ Las competencias del presidente, en lo fundamental, fueron establecidas por la Sección 2 del Artículo II de la Constitución. Cullop, F. C. (2009): *The Declaration of Independence and The Constitution of the United States*. Signet Classics, New York, pp. 131-134.

¹⁹ Estudios sobre algunas de las implicaciones de esas contradicciones se encuentran en Thurber, J. A. (1995): *La Democracia Dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso*, Heliasta, Buenos Aires, 1995.

Condicionada por todos estos componentes estructurales y funcionales, la elección del presidente es uno de los subprocesos centrales dentro del funcionamiento del sistema político de Estados Unidos. El modelo estadounidense se diferencia considerablemente de sus homólogos contemporáneos de Europa Occidental y Central donde, con la excepción de Francia, las competencias reales de los jefes de Estado, ya sean presidentes o monarcas, son escasas. En esos casos, los poderes ejecutivos se concentran en un gabinete electo a partir de la distribución de fuerzas en los respectivos parlamentos. En cambio, lo acerca, al menos en alguna medida, a los modelos comúnmente utilizados en Europa Oriental, América Latina, Asia y África, donde los presidentes tienen la posibilidad de desempeñar funciones de liderazgo legal, aunque la realidad del mismo depende, por supuesto, de la combinación de factores que desbordan los marcos establecidos por la ley.

De tal manera, resulta evidente la importancia que reviste la lucha y el diálogo entre los distintos sectores de la elite de poder, los grupos y corrientes políticas, las instituciones de interés de diversa índole, los partidos y en general los diversos sujetos activos dentro del sistema político, por colocar a sus propios candidatos en la Casa Blanca, por ser parte de coaliciones que sustenten al presidente electo, o al menos ganar una cuota de influencia lo mayor posible dentro de su administración. Ello implica el acceso directo al ejecutivo y por tanto a las competencias de que este dispone. No es difícil entonces explicarse la inyección en los instrumentos de las campañas electorales de montos crecientes de dinero y otros recursos que son manejados por los equipos respectivos y por otras agrupaciones, como los Comités de Acción Política (PAC)²⁰ y los más recientes súper PAC. Es evidente que, en un ámbito así son posibles múltiples combinaciones entre sujetos y estrategias, el apoyo a más de un candidato, por ejemplo, para garantizar beneficios en cualquier circunstancia.

²⁰ Las siglas PAC identifican a los comités de acción política. El súper PAC es una figura incorporada a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de considerar compatible con la Constitución la eliminación de los límites impuestos a las contribuciones individuales y corporativas a las campañas electorales. Esta aprobación abrió las puertas para una creciente y abierta participación del gran capital y sus gestores en las elecciones. Supreme Court of the United States. (2010): *Citizens United vs. Federal Election Commission*. Appeal from the United States District Court for the District of Columbia. No. 08-205. Argued March 24, reargued September 9, 2009 and decided January 21, 2010, (<http://www.supremecourt.gov>) 20 de julio de 2012.

Las candidaturas presidenciales y los procesos electorales pueden ser estudiados siguiendo la pista de los principios y métodos de la publicidad comercial. Por ejemplo, cada uno de ellos, vinculado a su vez a una organización política y a alguna rama dentro de ella, trata de crear su propia imagen de marca, la cual trata de hacer lo más atractiva posible, teniendo en cuenta que debe venderla a un público heterogéneo. Los directores promocionales utilizan, a partir de aquí, las más diversas vías para captar votantes, desde publicidad abierta hasta subliminal, ya sea televisiva, on-line y todas las que estén a la mano²¹. Se trata de un espectáculo entre los muchos que conforman la sociedad contemporánea. No es extraña tampoco la aparición de nuevos productos en el mercado de insumos para las campañas, en otros términos, el incremento en la producción de bienes de capital y servicios para estas. Un ejemplo es la existencia del sitio ElectionMall²², el cual oferta instrumentos informáticos y servicios técnicos para los equipos de los candidatos. La descripción de algunos productos no podría ser más elocuente: páginas de donaciones que permiten recolectar dinero las 24 horas, tiendas en línea de camisetas, pegatinas, gorras, entre otros productos sobre el candidato, o la creación de redes sociales buscando votantes, donantes y voluntarios.

De manera que el sistema electoral estadounidense es parte integrante de los mecanismos de ejercicio de las relaciones de poder en esa sociedad, condicionado por una estructura jerárquica que ha evolucionado en el tiempo, pero con un sólido sistema de élites en su cúspide. Su democracia, uno de los emblemas esgrimidos por los gobernantes estadounidenses, proyectada hacia el exterior como el modelo más avanzado existente, es en realidad expresión de ese ordenamiento social y funciona como un instrumento de legitimación de la distribución de poder que le da forma. En esas condiciones, las elecciones discurren a través de procedimientos que reflejan la naturaleza de esa sociedad, incluyendo el papel desempeñado por los medios de comunicación, el marketing y el dinero.

²¹ Aquí son válidos los enfoques trabajados en Ramonet, I. (2006): *Propagandas silenciosas. Masas, televisión y cine*, Fondo Cultural del ALBA, La Habana; Qualman, E. (2009): *Socialnomics. How Social Media Transforms the Way We Live and Do Business*, John Wiley & Sons, Hoboken; Klein, N. (2007): *No Logo. El poder de las marcas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana; y Davis, R. (2009): *Typing Politics. The Role of Blogs in American Politics*, Oxford University Press, Oxford.

²² ElectionMall, (<http://www.electionmall.com>), 6 de junio de 2012.

El colegio electoral

Una de las peculiaridades más distintivas del sistema electoral estadounidense es la existencia del colegio electoral en los comicios presidenciales. Este es un colegio de compromisarios seleccionados en cada estado cuyos sufragios son los que definen el resultado de la votación por la fórmula presidente vicepresidente. O sea, para que un presidente y un vicepresidente sean electos legalmente, deben recibir el apoyo de la mayoría de esos compromisarios; en caso de no lograrlo ninguno de los candidatos, la decisión final recaería en el Congreso. El funcionamiento de esa institución y el procedimiento electoral a nivel federal están regulados por la Sección 1 del Artículo II de la Constitución, parcialmente modificado por la Enmienda XII, que data de 1804. Están también recogidos y ampliados en el Capítulo 1 del Título 3 del US Code²³. En ninguna parte en esos textos se hace referencia al sufragio popular.

La otra modificación del proceso, de mucha menor cuantía, se introdujo con la Enmienda XXIII, aprobada el 3 de abril de 1961²⁴, en la cual se establece la creación del colegio electoral del Distrito Federal de Columbia (Washington D.C.), sede del gobierno federal, el cual hasta entonces no había tenido participación directa. Según lo normado, cada estado cuenta con un colegio cuya membresía equivale al número de senadores y representantes que tenga en ese momento. Según la enmienda XXIII, Washington D.C. selecciona un número igual al que le correspondería si fuera un estado, siempre que no rebase el del estado con menos población. Durante los años transcurridos desde entonces ha contado con tres electores.

Como se puede apreciar claramente, el modo de elegir al jefe de Estado y su sustituto constitucional está organizado según un modelo de más de 200 años de antigüedad. Dicho modelo establece una votación indirecta, en la cual el voto popular, tardíamente introducido e inicialmente reducido, solo era importante en la selección de los compromisarios

²³ US. Code, (<http://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionUSCode.action?collectionCode=US-CODE&searchPath=Title+12&oldPath=&isCollapsed=true&selectedYearFrom=2011&y-cord=570>), 6 de mayo de 2012.

²⁴ Cullop, F. C.: ob. cit., p. 146.

¿Cuál es el sentido de la construcción y conservación de esa estructura? En ello confluyen varios factores. El primero viene desde su introducción, en los orígenes mismos, y es la protección de la relación de poder en la sociedad estadounidense. No debe olvidarse que la Convención de Filadelfia, convocada en 1787 para revisar los Artículos de la Confederación y que terminó elaborando la Constitución, era básicamente una reunión de comerciantes, hombres de negocios, plantadores, abogados, presidentes de colleges, en total 55 delegados de 12 de los 13 estados originales (Rhode Island no participó), quienes por entonces se perfilaban como representantes de la elite de la sociedad norteamericana.

En esa cifra se contaban figuras tan prominentes como Alexander Hamilton, James Madison y James Wilson, mientras se encontraban ausentes por diversos motivos otros como Thomas Jefferson, John Adams, John Jay y Samuel Adams²⁵. Los fundadores de la federación eran conscientes de la existencia de múltiples divisiones en la sociedad, fragmentos que eran resultado de las diversas condiciones de los individuos, que ellos asociaban con la propiedad. El gobierno federal debía en su criterio coordinar a estos grupos en pro del bien mayor, para lo cual debía estar en manos de los más capacitados; ergo, debía ser controlado por una clase o sistema de clases dirigentes²⁶. Luego la protección del orden existente y la estimulación de una Zona de Desarrollo Próximo

²⁵ Sobre esta Convención se pueden encontrar estudios diversos, como algunos de los publicados en el *Journal of the Early Republic*, que edita la *Society for Historians of the Early American Republic*, así como epígrafes y capítulos en libros dedicados a la historia de Estados Unidos, por ejemplo Foner, E. (2011): *Give me Liberty! An American History* (third edition), W. W. Norton & Company, New York Londres, pp. 267-271; Morrison, S.E., H. S. Commanger y W. E. Leuchtenburg (1987): *Breve Historia de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., pp. 155-169; Orozco, J. L.: "El pensamiento político estadounidense" en Franco Hijuelos, C., R. Fernández de Castro y F. Lorenzo (Comp.) (1996): *¿Qué son los Estados Unidos?*, McGraw-Hill, México D.F., pp. 67-94

²⁶ Estas y otras reflexiones sobre las características y el futuro de la entonces naciente república fueron desarrolladas por Hamilton, Madison y Jay en los números de *El Federalista*. Véase Hamilton, A., J. Madison y J. Jay (1961): *The Federalist Papers*, New American Library, York Scarborough. Existe una conexión lógica entre este pensamiento y la formación de lo que Charles Wright Mills llamó elite de poder (Mills, C. W. (1957): *The Power Elite*, Oxford University Press, New York), cuya relación con el Estado y más ampliamente con el sistema político es un tema de gran complejidad.

social favorable a los intereses de las elites mediante un gobierno diseñado al efecto era un objetivo de los constituyentes²⁷.

Para comprender el segundo aspecto clave en la conformación del colegio electoral es necesario considerar otra de las características básicas de Estados Unidos: su condición de federación, creada siguiendo un modelo actualmente anticuado. Existen diversas maneras de entender una estructura federal, pero en el punto en que nos encontramos hay un aspecto de especial interés, y es el problema de la soberanía. En efecto, en una federación moderna existen de derecho dos soberanías: la del pueblo, entendido como el conjunto de los ciudadanos de ese Estado, y la de los sujetos federados. En el caso estadounidense, estaríamos hablando de la soberanía del pueblo de la Unión y la soberanía de cada uno de los 50 estados.

Esta doble soberanía está expresada en el bicameralismo del parlamento estadounidense, donde la cámara baja representa a los ciudadanos, mientras que la cámara alta representa a los estados. Por eso, en la primera, el número de representantes por estado se ajusta periódicamente mientras la segunda permanece fija. Es interesante que hasta la aprobación de la Enmienda XVII, en 1913, los senadores fueran elegidos por las Asambleas Legislativas estatales, y solo después de esa fecha pasaron a ser elegidos por el pueblo de los estados. Además, la Enmienda X, parte del Bill of Rights anexado a la Constitución durante el proceso de ratificación, establece que las facultades no delegadas ni prohibidas por el texto quedan reservadas para los estados y el pueblo²⁸. Es bien evidente que este es un instrumento para el ejercicio de la soberanía estadual, además de una fuente prácticamente inagotable de conflictos entre las unidades federadas y el gobierno central.

²⁷ Aquí estoy proponiendo aplicar al desarrollo de la sociedad el concepto de Zona de Desarrollo Próximo introducido dentro del enfoque histórico-cultural de la Psicología por Lev Vygotski. Véase Vygotski L. S. (1964): *Pensamiento y Lenguaje*. Lautaro, Buenos Aires.

²⁸ Cullop, F. C.: *ob. cit.*, p. 140.

En una medida apreciable, el sistema electoral recoge esa condición, al ponderar el voto por estados, dentro de los cuales es que se produce la votación popular. Dicho en otras palabras, no es una elección, sino 51 (contando el Distrito Federal de Columbia), cada una de las cuales da un resultado autónomo, mediado por la actuación de los compromisarios, y la suma de todos ellos es la que arroja el ganador final.

Luego, el mantenimiento del colegio electoral responde al menos a tres causas visibles: el sostenimiento de un mecanismo de control del sistema por las elites, particularmente por lo difícil que resulta para formaciones menores abrirse paso a través de ese sistema de votaciones; la ponderación del voto por estados, de acuerdo con la histórica exigencia de estos de mantener grandes cuotas de autonomía; y no debemos olvidar la continuidad de una tradición que incluye la conservación de una Constitución a todas luces anticuada. Además, esta estructura permite la existencia de elites locales con capacidad para influir sobre el funcionamiento del Estado federal, en la medida que controlan notables cuotas de poder político en su escala.

El desarrollo histórico del colegio ha estado marcado por la extensión del principio de *winnertakesall*²⁹, es decir, el hecho de que los representantes del partido que postula al candidato que obtenga la mayor parte de los votos emitidos en un estado, aunque sea por un margen muy estrecho, recibe la totalidad de los puestos correspondientes en el colegio. Las excepciones en este punto son Nebraska y Maine, estados en los cuales son posibles los repartos de los compromisarios. En el caso de Nebraska, por ejemplo, se otorga un voto electoral al ganador de cada uno de sus distritos congresionales y dos al ganador general del estado.

Por supuesto, la importancia de estos casos es mínima, toda vez que en la distribución actual cuentan con apenas 5 y 4 votos respectivamente, además de que en la historia solo ha sucedido una vez, cuando Barack Obama ganó uno

²⁹ Este principio es también expresión de los paradigmas de larga duración dentro de la cultura estadounidense, que tiene como parte de sus pilares la competencia y lo que llaman la meritocracia, la cual se traduce en la obtención de beneficios de acuerdo con los méritos alcanzados, es decir, según los resultados de esa competencia.

de los votos de Nebraska en 2008 al imponerse en uno de los distritos. Esto es posible porque según lo establecido por la Constitución, cada estado define la manera en que se realiza la elección de los compromisarios, a partir de las características del proceso constituyente estadounidense. Las tendencias recientes a la evolución de la distribución territorial de la población, y por tanto de la organización de los distritos electorales, podría llevar a la extinción natural de este sistema, si los distritos se reducen a solo uno.

En el desarrollo de estos comportamientos desempeñó un papel importante el surgimiento de los partidos políticos, inexistentes como tales durante el período constituyente, aunque sí se registran formas tempranas de polarización política. El sistema de partidos es el resultado de un proceso evolutivo muy peculiar, con una tendencia histórica al bipartidismo, a partir de la temprana formación de corrientes principales en la formulación del proyecto de nación original. Esas corrientes son visibles en los textos de los llamados Padres Fundadores y se expresaron en los múltiples momentos de la construcción del Estado norteamericano. Sus características, por tanto, difieren de los restantes casos que se pueden estudiar, con partidos de carácter electoral en lugar del modelo ideológico predominante en Europa y en otros escenarios³⁰.

El sistema se caracteriza por la relativa debilidad estructural de las formaciones partidistas, las cuales actúan más como foros de coordinación entre grupos y corrientes políticas e ideológicas de signo más o menos común, que como organizaciones coherentes, con disciplina partidista y una plataforma estable que oriente su funcionamiento³¹. De hecho, las llamadas

³⁰ Sobre las tipologías de partidos políticos y de sistema de partidos, existen numerosos textos. Probablemente los clásicos más reconocidos sean Duverger, M. (1974): *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F.; y Sartori, G. (1976): *Parties and party systems. A framework for analysis*, Cambridge University Press, Cambridge Londres New York Melbourne. Un excelente estudio comparado de la formación y evolución de varios sistemas de partidos seleccionados se encuentra en Chhiber, P. y K. Kollman (2004): *The Formation of National Party Systems. Federalism and Party Competition in Canada, Great Britain, India and the United States*, Princeton University Press, Princeton Oxford.

³¹ Lo común al interior de los partidos se refiere muchas veces solo a intereses combinados en torno a los instrumentos de poder formal del Estado, pues tras las fachadas de las agrupaciones se encuentra una gran diversidad de posiciones y de agendas políticas, lo cual significa vínculos con diferentes sectores sociales, particularmente dentro de la elite de poder.

plataformas de los partidos mayores, aprobadas cada cuatro años en las convenciones nacionales que designan formalmente las candidaturas para el ejecutivo federal, son en realidad programas electorales que funcionan como recursos promocionales y declaraciones de principios, en lugar de como guías reales de la gestión de gobierno³². Esta última está sujeta a compromisos de diversa índole, pre y poselectorales, de acuerdo con las correlaciones de fuerzas y los intereses en juego. Las estructuras partidistas son fundamentales en la nominación de candidatos, que por sus peculiaridades e importancia ameritan un estudio independiente.

Los marcos históricos dentro de los cuales surgió el sistema electoral, y más ampliamente el sistema político estadounidense, condicionaron también uno de los rasgos distintivos del colegio: los compromisarios poseen plena capacidad de decisión. Es decir, no existe en la constitución ni en ninguna otra legislación complementaria un límite a la libertad de los electores para emitir su voto, por lo que pueden decidirse por apoyar a cualquiera de los candidatos que individualmente prefieran, sin tener que considerar obligatoriamente la voluntad de los ciudadanos de su estado. Aunque es improbable, es posible que la mayoría de los compromisarios a nivel nacional den su voto a un candidato que no haya sido favorecido por el electorado de sus estados respectivos, incluso a una persona que no figure como candidato oficial. La elección popular termina en la selección de estos compromisarios, y en caso de producirse un resultado de estas características, no existen instrumentos legales para revertirlo³³.

En la práctica, la importancia del voto de los colegios, derivada de la libertad de elección de los compromisarios ha ido variando en el tiempo, hasta convertirse actualmente en un paso básicamente formal. Como norma, el resultado final es conocido desde que terminan las elecciones a nivel de estado. Sin embargo, el diseño reserva espacios para algunas sorpresas. A pesar del mencionado *winnertakesall* de la práctica habitual, los electores colegiados preservan grados significativos de libertad, que han sido utilizados

³² Los textos de las plataformas pueden ser consultados en The Presidency Project (<http://www.presidency.ucsb.edu>).

³³ Ver la Sección 1 del Artículo II de la Constitución. Cullop, F. C.: ob. cit., pp. 131-132.

en varias ocasiones. Si miramos al pasado reciente, nos encontramos con que a partir de la segunda mitad del siglo XX hubo división de los votos electorales en Alabama en 1956, donde un voto fue para el independiente Walter Jones; en Mississippi, Alabama y Oklahoma en 1960, donde el independiente Harry S. Byrd ganó 8, 6 y 1 respectivamente; en Virginia en 1972, donde uno de los electores votó en favor del libertario³⁴ John Hospers; en Washington en 1976, donde el republicano Ronald Reagan arrebató un voto electoral al presidente y también republicano Gerald Ford; en 1988 en West Virginia, donde el apoyo de uno de los compromisarios fue para el demócrata Lloyd Bentsen, en detrimento del candidato oficial demócrata Michael Dukakis; en las elecciones del año 2000, en las cuales uno de los compromisarios de Washington D.C. se abstuvo, y en 2004, cuando uno de los electores de Minnesota dio su voto al demócrata John Edwards³⁵.

Otro factor de la evolución del modelo está dado por el irregular crecimiento de la población estadounidense y su impacto sobre los procesos electorales. De acuerdo con la constitución, a cada estado le corresponden dos escaños en el Senado federal, pero los puestos en la Cámara de Representantes se redistribuyen periódicamente de acuerdo con los resultados de los censos. A diferencia de otros ordenamientos políticos, el número total de representantes se mantiene fijo, y cada diez años se reasigna a los estados, de acuerdo con la distribución de la población, con la condición de que cada estado debe tener al menos uno. Es importante recalcar que el proceso se realiza de acuerdo con el número de habitantes, no con el número de ciudadanos, una distinción significativa en un país con un considerable número de inmigrantes no naturalizados. La fórmula empleada comienza por asignar un asiento a cada estado y después comienzan a repartirse los 385 restantes de acuerdo con el volumen de las poblaciones respectivas³⁶. El trazado de los distritos electorales, cuando hay más de uno, es potestad de las autoridades locales, sin intervención federal.

³⁴ En español es preferible este término algo extraño para traducir el inglés libertarian. La palabra de origen peninsular libertario, que parece más precisa, se asocia históricamente con el anarquismo, por lo que es recomendable evitar su empleo en este sentido para eliminar posibles confusiones conceptuales. Aunque anarquistas (libertarios) y libertarios tienen varios puntos de contacto en sus postulados, también tienen notables diferencias.

³⁵ Mapas electorales históricos de The Presidency Project, (<http://www.presidency.ucs.edu>), 28 de agosto de 2012. Se trató en lo fundamental de decisiones individuales de los compromisarios, excepto en el caso de 1960.

³⁶ Congressional Apportionment (<http://www.census.gov>), 20 de junio de 2012.

Todo esto significa no solo que los estados tienen importancias diferentes en el proceso electoral, sino que esa importancia relativa varía en el tiempo. A partir de la redistribución según los resultados del censo de 2010, los votos electorales por estados quedaron como se muestra en la tabla siguiente

Estados	Votos	Estados	Votos
Alabama	9	Nebraska	5
Alaska	3	Nevada	6
Arizona	11	New Hampshire	4
Arkansas	6	New Jersey	14
California	55	New Mexico	5
Colorado	9	New York	29
Connecticut	7	North Carolina	15
Delaware	3	North Dakota	3
Florida	29	Ohio	18
Georgia	16	Oklahoma	7
Hawaii	4	Oregon	7
Idaho	4	Pennsylvania	20
Illinois	20	Rhode Island	4
Indiana	11	South Carolina	9
Iowa	6	South Dakota	3
Kansas	6	Tennessee	11
Kentucky	8	Texas	38
Louisiana	8	Utah	6
Maine	4	Vermont	3
Maryland	10	Virginia	13
Massachusetts	11	Washington	12
Michigan	16	Washington D.C.	3
Minnesota	10	West Virginia	5
Mississippi	6	Wisconsin	10
Missouri	10	Wyoming	3
Montana	3		

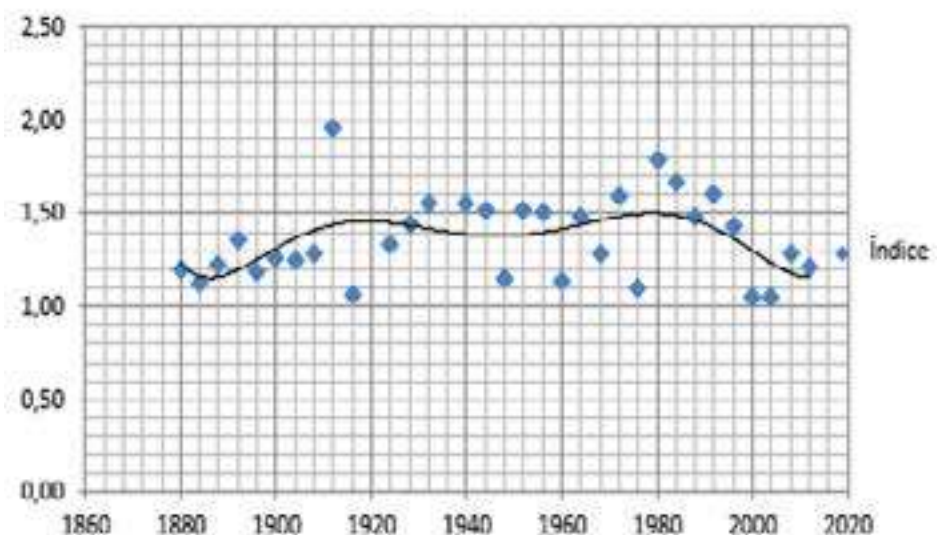
Solo algunos ejemplos de cómo han variado estas cifras en los decenios más recientes. Estados muy importantes como New York, Ohio, Pennsylvania, Illinois y Michigan perdieron 4, 3, 3, 2 y 2 compromisarios respectivamente, entre 1990 y 2010. Particularmente llamativo el caso neoyorquino, que tenía a comienzos del siglo XX el colegio más numeroso, con más de 40 miembros. Por el contrario, solo entre 2000 y 2010, Texas ganó cuatro puestos y Florida dos, mientras otros seis estados del Sur y el Oeste obtuvieron un escaño adicional³⁷. Tanto los números vigentes como las tendencias registradas son factores de ponderación del valor relativo de los escenarios electorales, aunque no los únicos, como veremos más adelante.

Este sistema implica además una distorsión del voto popular que permite resultados finales que no necesariamente se corresponden con el deseo expreso de la mayoría de los electores que acuden a las urnas. El sentido común indica que este es un aspecto importante, pero medirlo es ya más difícil. Un método sencillo para ponderar los efectos del carácter indirecto de la elección es observar el comportamiento de lo que se puede definir como índice de distorsión. Este índice (D) estaría definido como la razón entre el porcentaje de los votos electorales (E) y el porcentaje de los votos populares (P) obtenidos por el ganador final de la elección, es decir, $D=E/P$. En el caso ideal de una coincidencia perfecta entre ambos, el valor de D sería 1. Un resultado mayor significa que el sistema fue un factor favorable al ganador, en caso de ser menor, lo habría perjudicado.

Los resultados de un seguimiento de este indicador pueden experimentar algunas variaciones menores de acuerdo con los datos reportados por las fuentes, por eso es conveniente emplear una fuente única considerada confiable. De esa manera se minimiza el margen de error. Para los cálculos utilicé los datos recogidos en la base de datos del Presidency Project, de la Universidad de California en Santa Bárbara. El gráfico 1 muestra los resultados obtenidos.

³⁷ Ídem.

Gráfico 1



De aquí se pueden observar varios comportamientos interesantes. Por ejemplo, en los 32 ejercicios incluidos el índice de distorsión fue mayor que uno, oscilando entre un mínimo de 1,05 en 2000 y 2004, y un máximo de 1,96 en 1912³⁸. El 81,25% de los casos (26 de los 32), se encuentran en una franja entre 1,10 y 1,60, ambos inclusive. De aquí sigue inmediatamente que el sistema de colegios electorales ha sido siempre un factor de importancia en los resultados oficiales de los procesos. Esto incluye dos casos en los que el ganador del voto compromisario perdió el voto popular (1888 y 2000). Además, los índices más bajos se generaron en los comicios más cerrados, cuando la diferencia en los colegios fue de un entero. En esos casos, esa distorsión relativamente pequeña fue en realidad de mayor importancia, dadas las características de los procesos correspondientes.

De esta simple observación de los resultados históricos se puede concluir inmediatamente que el fenómeno distorsión es muy real, y debe ser considerado en cualquier estudio sobre los procesos electorales estadounidenses. Es un caso en el que la intuición es válida. Esto refuerza la

³⁸ Los anteriores a 1880 no están en la muestra por diversos motivos, que incluyen la ausencia de voto popular hasta 1824 y la anomalía del período 1860-1876, signado por la Guerra Civil y la Reconstrucción.

importancia de los estados como escenarios clave de la política electoral, y hace más evidente la necesidad de profundizar en sus peculiaridades.

El papel de los swing states

Los factores que he expuesto brevemente potencian un rasgo distintivo de los procesos electorales estadounidenses: las campañas se fragmentan en la búsqueda de los resultados por estados, donde la coherencia del discurso se sacrifica a la adecuación de las narrativas a los contextos específicos en los que actúa el candidato. De manera tal que los esfuerzos de los equipos y de los actores protagónicos del espectáculo se organizan de acuerdo con las expectativas que se dibujan para cada uno de los escenarios. Y aquí es donde desempeñan un papel decisivo los llamados swing states.

Los sujetos federados en los cuales se desarrolla la elección tienen comportamientos bien diferentes. La mayoría de los estados y el Distrito Federal tienen claramente definido por qué candidato se inclinarán desde etapas tempranas del proceso, se les considera sólidos (solidstates), y por tanto son relativamente escasos los recursos y esfuerzos que les dedican los competidores. Sin embargo, existe un número mucho más reducido en los cuales ninguno de los contendientes tiene una clara ventaja en la intención de voto de los electores registrados que se pueda considerar decisiva y por tanto están abiertos para cualquiera. Estos son los que deciden, y son por tanto los que atraen el grueso de la acción de las campañas. Dichos estados reciben varios nombres, como estados campo de batalla (battlegroundstates, una denominación muy representativa, pues en ellos es donde se despliega la lucha en toda su magnitud); estados púrpura (purplestates, de la combinación de rojo y azul, los colores que los medios han asignado a los partidos republicano y demócrata), o estados pendulares (swing states).

Una segunda manera de definirlos es considerar que los estados pendulares son aquellos que a lo largo del tiempo han oscilado entre uno y otro de los

partidos fundamentales en las elecciones presidenciales. Un segundo grupo de estados abiertos serían aquellos en los que no está claramente definido el probable ganador en una convocatoria concreta. Ellos de conjunto formarían los battlegroundstates. Esto es sin dudas una posibilidad, pero esa oscilación, salvo algunas excepciones, es resultado de un electorado muy repartido entre las tendencias políticas fundamentales o altamente abstencionista que los abre a cualquier resultado, en tanto que los abiertos pueden oscilar entre los contendientes de una votación a otra siempre que se mantengan las condiciones en el entorno del punto de equilibrio. De modo que no existe en la práctica una separación entre ambos enfoques; en realidad se complementan.

Alrededor de este grupo existe normalmente una serie de estados en los cuales, si bien uno de los candidatos tiene una ventaja sostenida superior al margen de error de las encuestas, esta no es lo bastante amplia como para garantizar el resultado. Es decir, se trata de colegios que no pueden perderse de vista, pues tienen el potencial de pasar de un bando a otro en caso de alguna variación importante en la percepción de los electores sobre los contendientes en medio de la campaña. En ellos se refleja un liderazgo en las encuestas, apoyan a uno de los candidatos, pero dejan margen a una posible apertura. Existe otro grupo, los estados probablemente favorables a uno u otro candidato. En estos la diferencia es mayor que en los anteriores, sin llegar a ser incontrovertible, como en los solid. Luego, las estrategias de campaña se desarrollan a lo ancho de un espectro de comportamientos y estatus diversos, los cuales matizan la actuación de los candidatos y sus equipos. Obviamente estamos considerando una situación de bipartidismo prácticamente puro, de manera que podemos situar los estados en un único eje, y por tanto el sistema de referencia es relativamente sencillo.

Un tercer actor con impacto suficiente en el electorado introduciría variaciones notables en este ámbito. Algo así no se ve realmente desde las elecciones de 1968, con la figura de George Wallace. Actualmente, la presencia de otros candidatos poco añade a este panorama, dado el creciente

monopolio de los capitales a invertir y de los medios de comunicación por las maquinarias electorales articuladas en los dos partidos fundamentales. Incluso un candidato con tantos recursos propios como el multimillonario Ross Perot, quien concurre en 1992 y 1996, poco pudo hacer para sí mismo, pues no obtuvo ningún voto electoral, aunque sí atrajo una parte del voto popular cercano a los republicanos, particularmente en 1992. En ese año conquistó hasta el 18,4% de los sufragios populares,³⁹ convirtiéndose en uno de los factores de la derrota de George H. Bush frente a William Clinton.

Los swing states han ido cambiando a lo largo de la historia electoral de Estados Unidos, de acuerdo con el momento histórico, las circunstancias internas de cada uno y las candidaturas presentadas. Algunos estados tienen un largo historial de oscilaciones, mientras que otros lo han sido solo en ocasiones específicas. Incluso en un proceso concreto algunos estados pueden moverse de clasificación. Esto se produce en la franja central del espectro general, es decir, aquellos que están plenamente abiertos y los que conservan ese potencial. En algunos casos pueden producirse variaciones en las intenciones declaradas de voto que muevan alguno de los considerados probables hacia el centro, pero raramente llegan hasta la condición de battleground. Utilizando una metáfora física, la zona de los estados pendulares hace las veces de punto de equilibrio hacia el cual se mueven otros electorados cuando hay una variación importante del sistema de fuerzas que los condicionan, y aclaramos que esa importancia es relativa al estatus específico de cada uno de ellos.

Lo cierto es que, una vez identificados, en ellos se concentra la verdadera campaña. Arrebatarle votos populares al rival en un estado que este va a ganar de cualquier forma, según todos los especialistas y los sondeos, no reporta beneficio alguno, pues todos los votos compromisarios serán para aquel. No importa la diferencia final, no es racional gastar recursos en un solidstate y viceversa, si se considera que el candidato debe ganar de todas maneras, el tiempo, esfuerzo y dinero que invertirá en él serán mínimos. Por ejemplo,

³⁹ Mapas electorales históricos de The Presidency Project (<http://www.presidency.ucsb.edu>), 28 de agosto de 2012.

desde la década de 1990 hay pocas dudas de que el candidato demócrata se impondrá en New York y California, y el republicano en Texas y South Carolina. La competencia abierta se concentra en aquellos escenarios en los cuales la campaña pudiera inclinar la balanza hacia uno u otro.

Si revisamos las elecciones de 2012, podemos encontrar una muestra bien clara de este tipo de comportamiento. A la altura de octubre el número de swing states se situaba 10, de acuerdo con el promedio de los resultados de los sondeos: Florida, Ohio, New Hampshire, Iowa, Pennsylvania, Virginia, Colorado, Nevada, Wisconsin y Michigan⁴⁰. En el momento de la elección hubo algunas variaciones en este listado. El total de estados donde la diferencia fue inferior a 8 puntos (cifra que he tomado de manera convencional para cubrir la franja más cercana dentro del espectro de votaciones) fue de 11, con la salida de Michigan y la incorporación de North Carolina y Minnesota. En una franja cercana, entre 8 y 10 puntos de diferencia, se situaron Michigan, Georgia, New Mexico y Missouri⁴¹. Sin embargo, no todos los estados en esa lista fueron considerados pendulares, pues por ejemplo, Minnesota, Georgia y Missouri nunca fueron considerados como tales por los expertos, sobre todo por los llamados pundits, figuras que además de experticia tienen grados de influencia considerables sobre las campañas. El problema radica en que no existe un acuerdo sobre una definición que permita la identificación sin dudas de estos importantísimos factores del proceso electoral.

Más allá de los méritos de una u otra variante de explicación, de una simple lectura de los resultados electorales del último siglo resulta evidente que han existido y, según todos los indicios y la lógica, seguirán existiendo fluctuaciones en la distribución territorial de las bases electorales de las corrientes ideológicas, los partidos y sus candidatos. La configuración vigente en el momento de redactar este texto se consolidó alrededor de 1990, luego del parte aguas que representaron la crisis de los años setenta y la revolución conservadora de los ochenta. Esta última década es muy significativa, pues en ella se consolidó la

⁴⁰ Ver los polls de todas las encuestadoras de alcance nacional en Real Clear Politics (<http://www.realclearpolitics.com/epolls/2012/>).

⁴¹ The Presidency Project (<http://www.presidency.ucsb.edu>), 16 de noviembre de 2012.

transición de lealtades regionales entre los dos partidos dominantes, con el predominio de los republicanos en el Sur y los estados interiores del Oeste, y de los demócratas en el Noreste y la costa del Pacífico, luego de dos elecciones (1980 y 1984) en las cuales el republicano Ronald Reagan prácticamente arrasó, especialmente en la segunda, en la cual solo perdió 13 votos electorales de 538⁴². Por ende, los estados pendulares también han variado en ese proceso.

Otro aspecto importante en lo referido a los swing states es la diferencia entre su impacto individual sobre el conjunto del proceso. Esto es consecuencia directa de las dimensiones de los colegios electorales, de la cual hablaba anteriormente. Como resultado de la existencia de esa especie de lámina refractora de la votación, entre los estados pendulares hay también muy notables diferencias en cuanto a importancia relativa. Y ello es uno de los factores que toman en consideración los directivos de las campañas electorales al planificar y ejecutar los presupuestos con que cuentan⁴³.

Entre los swing states destacan dos casos. El primero de ellos es Ohio, una especie de talismán, que desde la década de los sesenta siempre ha sido ganado por el vencedor final del proceso electoral. El otro es también Florida, actualmente el mayor de todos, con un total de 29 compromisarios desde 2010, acompañados por los márgenes más reducidos en los comicios. Y este es otro aspecto muy importante. En el gráfico dos podemos observar la evolución histórica de los márgenes en el llamado Sunshine State.

⁴² Mapas electorales históricos de The Presidency Project, (<http://www.presidency.ucsb.edu>), 28 de agosto de 2012 y Sánchez-Parodi Montoto, R. (2008): "¿E pluribus unum? Reflexiones sobre las elecciones de 2004: antecedentes e incidencia en el futuro de los Estados Unidos de América", Jorge Hernández Martínez (Coord.): Los EE.UU. a la luz del siglo XXI, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, pp. 33-65.

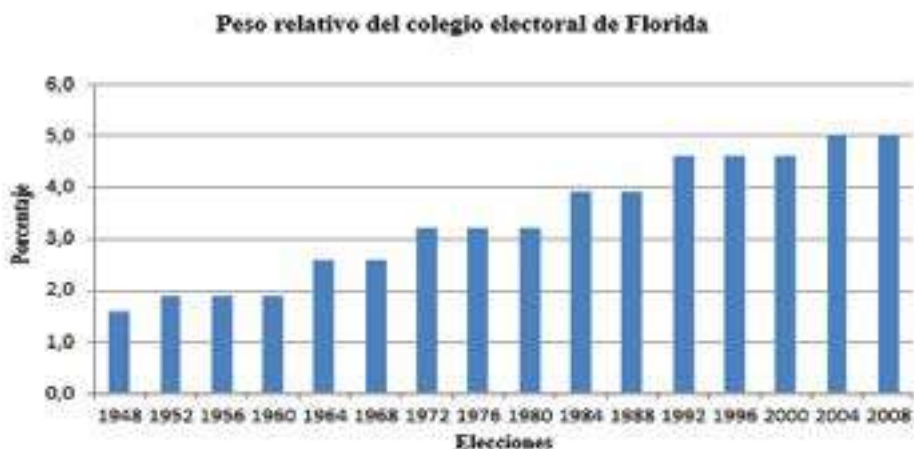
⁴³ El término presupuesto se usa aquí de manera muy amplia, pues se trata de un flujo continuo de fondos desde los diversos donantes hacia las empresas publicitarias, los organizadores de eventos y los demás diversos receptores de los gastos de campaña. Los equipos de los distintos candidatos y PAC y súper PAC actúan como canalizadores del flujo de esos fondos de acuerdo con las estrategias y tácticas implementadas.

Grafico 2



Resulta evidente que la condición reconocida actualmente de estado pendular detentada por Florida se formó definitivamente en los años noventa, tras décadas de transformaciones que lo llevaron desde el status de estado sólido demócrata, hasta ser un escenario ganado más frecuentemente por los republicanos, pero abierto a cualquiera de los dos, según indican los números. Entre ellos se registran los márgenes más estrechos del país, como la diferencia de 0,01 puntos porcentuales en los comicios del año 2000, y los 0,9 de 2012. El rápido crecimiento de su colegio electoral representado en el gráfico tres se traduce en esas condiciones en un incremento sostenido de su peso específico en las elecciones presidenciales.

Gráfico 3



Si consideramos los 11 estados situados en la franja de menor diferencia (8 puntos), la presidencia se definió realmente por la distribución competitiva de 140 votos, un 26,0% del total, mientras el destino de los 398 restantes era conocido de antemano. Por cierto, Florida, con sus 29 electores, aportó el 20,7% de ese total. De esos compromisarios en disputa, 125 fueron ganados en ese año por el presidente en ejercicio y candidato demócrata, Barack Obama. La distorsión en ese espacio fue mucho más acusada que en el electorado general.

Esto puede conducir a una reflexión adicional, relacionada esta vez con la franja del electorado que resulta de hecho centro de atención de las campañas. Según los sondeos realizados periódicamente por las compañías encuestadoras y por los registros estatales, un porcentaje elevado de los electores está inscrito como simpatizante de uno u otro partido, y como norma vota mayoritariamente por ese partido, con tasas entorno al 85%-90%⁴⁴. Luego, el resultado final está dado por una parte por la distribución territorial de esos votantes comprometidos, y por otra la balanza puede inclinarse hacia uno u otro bando según las preferencias de los llamados independientes.

Pero aún hay que contar otros factores. Primeramente, la condición de independiente es una autodefinición de los electores, pero ello no implica que no existan preferencias estables, por lo cual se pueden encontrar independientes que votan de manera continuada por demócratas o republicanos, lo cual reduce la franja de indecisos. Por otra parte, el que un estado sea pendular no significa necesariamente que en él se concentre el electorado indeciso, pues es probable que las fuerzas estén equilibradas entre los partidos aun en casos de alto nivel de polarización, por lo que la distribución del electorado puede estar dentro de un margen más o menos cercano a la media nacional, siendo necesario en este punto un estudio caso a caso, e incluso a nivel micro, para encontrar tendencias más o menos regulares y estructuras demográficas entre los llamados swing voters.⁴⁵ Un

⁴⁴ Este punto puede ser seguido a través de los sondeos realizados por empresas demoscópicas, como Gallup (<http://www.gallup.com>) o Rasmussen (<http://www.rasmussen.com>).

⁴⁵ Así se denomina a los votantes que, al no tener filiación partidista o preferencia permanente, pueden votar por uno u otro de los candidatos de acuerdo con factores puntuales.

artículo del New York Times consideraba que el porcentaje real de estos distribuidos en los swing states para la elección presidencial de 2012 se encontraba entre el 3% y el 5% del total de electores inscritos⁴⁶, un número reducido, sobre el cual se concentró el grueso de la labor promocional de los equipos de campaña. Sin embargo, estos son solo estimaciones, pues no existen instrumentos para identificar a esas personas, toda vez que no se ha podido asociar la oscilación en el voto no ha podido ser asociada con ningún conjunto específico de características demográficas o sociológicas.

Conclusiones

El diseño del sistema electoral estadounidense es fuente de una fuerte distorsión de los resultados finales en términos de votos compromisarios con respecto al sufragio popular. Ello implica una mediación muy importante entre los ciudadanos y la más alta magistratura del país, lo cual introduce un matiz de gran alcance en el modelo de democracia imperante. Una de sus primeras consecuencias es la diversa y variable ponderación del voto de cada ciudadano, condicionada por el estado en que esté registrado. Esto contradice algunos de los principios sobre los cuales están sustentadas la Constitución y la democracia en el país norteamericano.

La supervivencia del colegio electoral contribuye además a cerrar el paso a posibles propuestas alternativas que pudieran presentarse, fuera de los partidos fundamentales del sistema. Solo una formación capaz de presentarse en todo el país y ganar mayorías en algunas zonas, tiene posibilidades de insertar sus representantes en las instancias formales de toma de decisiones políticas. Esto añade nuevas mediaciones, pues las maquinarias partidistas, los grandes donantes a las campañas, los medios de prensa y otros actores que se articulan entorno a las candidaturas en su nominación y posterior promoción, adquieren un altísimo nivel de influencia sobre el proceso y sobre los decisores políticos. La categoría de estados pendulares, generada por la existencia del colegio, añade una serie de factores adicionales, pues hace aún

⁴⁶ Berg, R.: "Few Voters Are Truly Up for Grabs, Research Suggests", The New York Times, 16 de agosto de 2012.

más asimétrica la distribución de cuotas de influencia y sirve de referente para la asignación de recursos y el diseño de las narrativas de los candidatos.

Los resultados electorales registrados durante siglo y medio muestran claramente los efectos de ese sistema de factores condicionantes. La distorsión es evidente, y se cuentan casos en los que han llevado a la Casa Blanca al menos votado de los dos candidatos principales. Por tanto, no se trata solamente de un comportamiento potencial detectado a partir de la lectura de la constitución y algunos otros textos, sino una realidad con existencia concreta, la cual hay que considerar al estudiar el sistema electoral estadounidense.

Bibliografía

Arendt, H.: *On Revolution*, Penguin, New York, 1963.

Barber, B.: *Strong Democracy*, University of California Press, Berkeley, 1984.

Berg, R.: "Few Voters Are Truly Up for Grabs, Research Suggests", *The New York Times*, 16 de agosto, 2012.

Chhiber, P. y K. Kollman: *(The Formation of National Party Systems. Federalism and Party Competition in Canada, Great Britain, India and the United States*, Princeton University Press, Princeton Oxford, 2004.

Congressional Apportionment, (<http://www.census.gov>), 20 de junio de 2012.

Cullop, F. C.: *The Declaration of Independence and The Constitution of the United States*. Signet Classics, New York, 2009.

Davis, R. *Typing Politics. The Role of Blogs in American Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Domínguez López, E.: "Apuntes para la nueva Historia: el complexus

cultural, *Pensando la Complejidad*, Año IV, No. VIII, enero-junio, 2010, pp. 272-282.

Dryzek, J. S. y P. Duleavy: *Theories of the Democratic State*, Palgrave McMillan, New York, 2009.

Duverger, M.: *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1974.,

Foner, E.: *Give me Liberty! An American History* (third edition), W. W. Norton & Company, New York Londres, 2011.

Gallup (<http://www.gallup.com>)

Hall, K. L.: *Major Problems in American Constitutional History*, D.C. Heath and Company, Lexington Toronto, 1992. ed.

Hamilton, A, J. Madison y J. Jay: *The Federalist Papers*, New American Library, York Scarborough, 1961.

Kernell, S. y G. C. Jacobson: *The Logic of American Politics* (Second Edition), CQ Press, Washington D.C., 2003.

Klein, N.: *No Logo. El poder de las marcas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2007.

Mayer, W. G.: *(The Swing Voter in American Politics*, The Brookings Institution Press, Washington D.C., (ed.) 2008.

Mills, C. W.: *The Power Elite*, Oxford University Press, New York, 1957.

Morrison, S. E., H. S. Commanger y W. E. Leuchtenburg: *Breve Historia de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1987.

Orozco, J. L.: "El pensamiento político estadounidense" en Franco Hijuelos, C., R. Fernández de Castro y F. Lorenzo: *¿Qué son los Estados Unidos?*, McGraw-Hill, México D.F., 1996 (Comp.), pp. 67-94

Qualman, E.: *Socialnomics. How Social Media Transforms the Way We Live and Do Business*, John Wiley & Sons, Hoboken, 2009.

Ramonet, I.: Propagandas silenciosas. Masas, televisión y cine, Fondo Cultural del ALBA, La Habana, 2006.

Rasmussen (<http://www.rasmussen.com>)

Real Clear Politics (<http://www.realclearpolitics.com/epolls/2012/>)

Sánchez-Parodi Montoto, R.: "¿E pluribus unum? Reflexiones sobre las elecciones de 2004: antecedentes e incidencia en el futuro de los Estados Unidos de América"

Hernández Martínez, Jorge (Coord.): Los EE.UU. a la luz del siglo XXI, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2008, pp. 33-65.

Sartori, G.: The Theory of Democracy Revisited, Chatham House Publishers Inc., Chatham, 1987.

_____: Parties and party systems. A framework for analysis, Cambridge University Press, Cambridge Londres New York Melbourne, 1976.

Schaefer, D. L.: Democratic Decision-Making. Historical and Contemporary Perspectives, Lexington Books, Lanham Boulder New York Toronto Plymouth, (ed.) 2012.

Schumpeter, J.: Capitalism, Socialism and Democracy, Harper & Row, New York, 1942.

Supreme Court of the United States: Citizens United vs. Federal Election Commission. Appeal from the United States District Court for the District of Columbia. No. 08-205. Argued March 24, reargued September 9, 2009 and decided January 21, 2010, (<http://www.supremecourt.gov>) 20 de julio de 2012, 2010.

The Presidency Project, (<http://www.presidency.ucsb.edu>)

Thurber, J. A. La Democracia Dividida. Cooperación y conflicto entre el Presidente y el Congreso, Heliasta, Buenos Aires, 1995.

US. Code, (http://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionUS_code.action) 6 de mayo de 2012.

Verba, S. y N. Nie : Participation in America: Political Democracy and Social Equality, Harper & Row, Nueva York, 1972.

Vygotski L. S. : Pensamiento y Lenguaje: Lautaro, Buenos Aires, 1964.

Weber, M. : Economía y sociedad, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1971.

Wolin, S. Politics and Vision, Little Brown, Boston, 1960.

Derecho Penal

Los “actos reflejos” y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción

The “Reflex Acts” and the negative role of the juridical-penal of action

Harold Bertot Triana

Nibaldo Hernández Mesa

Resumen

Las formas de valorar un hecho penal como el narrado en el siguiente artículo pueden ser muy polémicas y contradictorias si se parte de referentes teóricos distintos de la doctrina del Derecho Penal. Los autores analizan en detalle las explicaciones válidas o no, para ubicar una decisión penal en los límites de “ausencia de acción” basado en los razonamientos de las teorías causal, finalista, social, negativa y personal. El examen de estas doctrinas permiten a los autores avalar como correcta la decisión del Tribunal Supremo Popular lo cual demuestra la necesidad de un amplio y argumentado razonamiento en los fallos penales de cierta complejidad.

Palabras clave

Derecho Penal, procedimiento penal, actos reflejos, responsabilidad penal, acción, ausencia de acción, función negativa de la acción.

Abstract

The ways to value a penal event like the one treated in the next article, may be very polemic and contradictory if we start from theoretical sources different from the theory of Penal Law. The authors carry out a detailed

analysis of the valid or not valid explanations to consider a penal decision in the limits of “absence of action”. They do it based on the reasoning of causal, finalist, social, negative and personal theories. The validation of these doctrines allows the authors to guarantee as correct the decision of the Popular Supreme Court; it demonstrates the necessity of a wide and rich reasoning in the penal verdict of certain complexity.

Key words

Penal Law, penal procedure, reflect acts, penal responsibility, action, lack of action, negative role of the action.

Introducción

El propósito del presente trabajo es analizar un tipo particular de sentencia penal bajo la óptica de la intersección de un tema de la Neurociencia, el de los actos motores inconscientes, con la función negativa del concepto jurídico-penal de acción. En la discusión se interrelacionarán los elementos del derecho penal –sobre todo en los criterios sustentadores de la acción como categoría autónoma– con los de la neurología, psicología y psiquiatría, enfatizando cuatro hipótesis potentes de la Neurociencia, transdisciplina que posibilita, por primera vez en la historia de la ciencia, el análisis del cerebro en tiempo real durante la actividad humana.

Desarrollo

La Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, en la causa número 159 del año 2013, dio por probado el siguiente hecho:

«Que el acusado LPR, en fecha 28 de enero de 2012 en el horario de las 10:00 antemeridiano, se encontró con el ciudadano EGM en el área festiva conocida como Las Cuarenta, situada en el reparto del mismo nombre, en este municipio y provincia de Las Tunas. Ambos comenzaron a ingerir bebidas alcohólicas, consistentes en cerveza de termo y ron casero, permaneciendo en dicho lugar hasta las 7:00 pasado meridiano, horario

en el que, juntos y a pie, se marcharon para la unidad gastronómica La Arboleda, situada en las proximidades de la terminal de ferrocarril, entre las calles Lico Cruz y Lucas Ortiz, municipio Las Tunas. En ese sitio, en el que no ingirieron alimentos, continuaron tomando cerveza, esta vez de botella, y ron casero de un pomo, lo que hacían sentados a una mesa de las existentes en dicha instalación. Allí estuvieron hasta las 9:00 de la noche, horario en el que salieron en dirección al crucero ubicado entre las calles Prolongación de Martí y Carlos Sosa Ballester, de la citada demarcación, lugar en el que existe un paso a nivel de la vía férrea y donde se detuvieron, pues en ese instante pasaba un tren de carga, muy extenso, formado por dos máquinas locomotoras y 32 vagones. El acusado y EGM quedaron parados uno al lado del otro, el acusado en el lado derecho y su acompañante en el izquierdo. En un instante el acusado perdió el equilibrio, yéndose hacia delante. Para evitar ser alcanzado por el tren se agarró del hombro derecho de EGM, con esto ganó en estabilidad, pero hizo que su acompañante perdiera el suyo, provocando el impacto del cuerpo de la víctima con las planchas componentes del mismo. Producto del roce EGM cayó fuera de la vía férrea muy cerca del lugar en el que estaba parado.

El acusado, consciente de lo sucedido, huyó del lugar al observar que se aproximaban algunas personas, pero luego regresó, y al escuchar que llevarían la víctima hacia el hospital, insistió en que este estaba borracho y que él lo llevaría para la casa. No obstante, entre los que acudieron al lugar se encontraba el oficial de patrulla OGS, quien detuvo un vehículo y trasladó a la víctima y al acusado hacia el hospital Ernesto Guevara de la Serna donde el herido recibió la asistencia médica necesaria.

La víctima sufrió excoriaciones y hematomas en el hombro derecho, en el dorso del antebrazo derecho, en el lateral del hemiabdomen derecho, al dorso de ambas piernas y dorso del pie derecho, así como en la región dorsal de la columna vertebral, en la región escapular izquierda y en la región lateral del muslo izquierdo, sufriendo hemiperitoneo de 1 800 mililitros y fractura

de la pelvis en ambas ramas, con abundante sangramiento interno, una hematoma retroperitoneal de 20 centímetros de diámetro que le interesó el riñón izquierdo, todo lo cual le produjo una anemia aguda y a consecuencia de ello falleció en las primeras horas de la madrugada del 29 de enero de 2012. Al momento de su deceso el ciudadano EGM no tenía personas dependientes económicamente de él y sus familiares representados por la ciudadana LGM incurrieron en gastos de funerales ascendentes a novecientos noventa y cinco pesos (\$ 995.00).

Durante el proceso investigativo el acusado fue sometido a peritaje psiquiátrico en virtud del cual quedó demostrado su retraso mental leve, pero en el momento de cometer los hechos, se encontraba en un estado de no enajenación mental y en correspondencia con ello poseía capacidad para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta.

El acusado LPR tiene 35 años de edad, caracterizándose por ingerir bebidas alcohólicas frecuentemente, al extremo de encontrarse en estado de embriaguez con regularidad, y se muestra agresivo bajo los efectos del alcohol. Posee antecedentes penales por haber sido ejecutoriamente sancionado en la causa 678 de 1995 del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río, por el delito de robo con fuerza en las cosas a un año de privación de libertad; en la causa 732 de 1999 del Tribunal Municipal Popular de Las Tunas por un delito de daños a multa de doscientas cincuenta cuotas de dos pesos cada una; en la causa 418 de 2002 del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, por un delito de tráfico de drogas a cuatro años de privación de libertad, y en la causa 372 de 2004 del Tribunal Municipal Popular de la misma provincia por un delito de denuncia o acusación falsa a multa de cuatrocientas cuotas de un peso cada una.

El Tribunal Provincial Popular calificó los hechos referidos como constitutivos del delito de homicidio por imprudencia, previsto y sancionado en el artículo 261 en relación al 9 apartado 3 del Código Penal, sin la

conurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal e impuso al acusado LPR la sanción de siete años de privación de libertad, con las accesorias del caso.

Por su parte, el Tribunal Supremo dictó sentencia absolutoria, argumentando «Que si el acusado, junto al amigo que resultó fallecido, habían ingerido bebidas alcohólicas desde horas de la mañana y ya en la noche salieron ambos en dirección a un sitio conocido por El Crucero, en el recorrido encontraron un paso a nivel del ferrocarril, donde se detuvieron a esperar que pasara un tren de carga, muy extenso, instante en que el acusado perdió el equilibrio y se fue hacia adelante y para recuperarlo se agarró del hombro de su acompañante, lo que provocó que este perdiera el suyo e impactara con su cuerpo las planchas componentes de uno de los vagones que lo proyectaron hacia atrás, ocasionándole lesiones que provocaron la muerte, es de concluir, que el movimiento corporal ejecutado por el inculcado para protegerse ante la caída inminente, no califica como una acción, en el sentido jurídico-penal que exige el artículo 8, del Código Penal, porque responde a un movimiento reflejo, no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano; configurándose en el presente caso un típico supuesto de ausencia de acción, de ahí que debe acogerse el motivo de infracción de ley del recurso, establecido a tenor del ordinal primero, del artículo sesenta y nueve, de la Ley de Procedimiento Penal, aunque por argumento distinto al alegado por el recurrente.»

I La exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción

Los hechos transcritos de la referida sentencia nos ubican en el complejo tema de la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción. La argumentación de la Sala hace alusión, en rigor, a la llamada función negativa de la acción, cuando concluye en la presencia de un “movimiento reflejo,

no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano”. La mayoría de los autores coinciden en significar que esta función negativa de la acción tiene lugar generalmente en tres supuestos: fuerza irresistible, que hace referencia a una condición de fuerza proveniente del exterior y que actúa materialmente sobre el agente (a quien atan fuertemente a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, no puede siquiera manifestar su voluntad); movimientos reflejos, que hace referencia a movimientos que se producen por estímulo del mundo exterior percibido por los centros sensores que lo transmiten directamente a los centros motores, sin intervención de la voluntad; y los estados de inconsciencia, como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc.¹

En su momento el teórico español Jesús María Silva Sánchez expuso acertadamente que si bien lo anterior en el nivel de los principios no ofrecía dificultades, se complicaba considerablemente al producirse su aplicación a la pluralidad de situaciones reales². Ello porque en la realidad se suscitan movimientos de muy diversa naturaleza que se discuten si son “actos reflejos” o que, sin serlos, pueden equipararse en sus consecuencias jurídico-penales al “acto reflejo”, a los efectos de excluir la responsabilidad penal. Entre estos se encuentran “actos involuntarios” que algunos autores, a partir de aceptar determinada teoría psicológica, denominan “situaciones intermedias”, como pueden ser los llamados “actos en cortocircuito” (en los que la voluntad participa, así sea fugazmente)³, “movimientos instintivos”, “reacciones

¹ Ver a modo de ejemplo, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: Derecho Penal, Parte General, 8va edición, revisada y puesta al día, tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp.219-222.

² Ver de Jesús María Silva Sánchez: “La Función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXIX, Fasc. III, sept.-dic. 1986, pp. 906-907 y del mismo autor “Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIV, Fasc. I, enero-abril, 1991, pp. 1-24.

³ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán: Derecho Penal, Parte General, 8va edición, revisada y puesta al día, tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 221.

primitivas”, “reacciones espontáneas”⁴, etc. Esta discusión alcanza nuevos matices para cada juzgador a partir de la concepción de acción que asuma teóricamente entre aquellas que se han discutido en la teoría penal por varios años. Además, como tradicionalmente los conceptos de “voluntad” y “conciencia” del sujeto han supuesto el tronco del problema sobre el cual giran cada una de ellas, se complejiza aún más cuando estas deben definirse y explicarse en el campo propiamente dicho de la Psicología, la Neurología y la Psiquiatría.

El artículo 8.1 de nuestro Código Penal establece que: “Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo la conminación de una sanción penal”. La propia normativa exige entender el fenómeno delictivo a partir de estructuras categoriales que diferencian a la acción de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y, por tanto, la posibilidad de la exclusión de la responsabilidad penal si esta no se configura.

II. Sobre la autonomía de la categoría acción. La conciencia y la voluntad como determinantes de su contenido

Varios autores coinciden en que la capacidad de existir de la categoría acción depende de si logra cumplir con las funciones encargadas a las categorías en Derecho Penal. Estas son: una función clasificatoria, como elemento común que puede caracterizar a todas las formas de manifestarse

⁴ En tal sentido se hace muy difícil, y poco práctico, establecer exactamente en los Códigos Penales aquellas conductas que no son productos de la voluntad. En 1952 el American Law Institute de Estados Unidos, conformado por jueces, abogados y académicos, comenzaron la redacción de un modelo de Código Penal como base para las legislaciones estatales, donde si bien no define el término voluntad, se limita a exponer cuatro ejemplos de actos que se consideran voluntarios, a saber: un reflejo o convulsión; un movimiento del cuerpo en inconsciencia o durante el sueño; conductas durante hipnosis; o un movimiento corporal que no es el resultado del esfuerzo o determinación del actor. Los comentaristas se limitaron a expresar que se trataba de una “conducta que escapaba del control del actor”. Sin embargo, fueron vagos en brindar una mejor interpretación para el requisito del acto voluntario. Publicado en 1962, se actualizó en 1970, sin que se haya sometido a ulteriores revisiones, lo que ha creado grandes confusiones en las cortes norteamericanas por su atraso con respecto al desarrollo de la ciencia en este sentido, además de que el requerimiento de acto voluntario, se aplica tanto para los estados mentales como para cualquier acto. Ver a Deborah W. Denno: “A mind to blame: new views on Involuntary Acts”, en *Behavioral Sciences and the Law*, 21, 2003, pp. 601-618. Para ver un acercamiento a los problemas que suscita el acto involuntario en el sistema judicial norteamericano, consultar también a Bernadette McSherry: “Voluntariness, Intention, and the Defence of Mental Disorder. Toward a Rational Approach”, en *Behavioral Sciences and the Law*, 21, 2003, pp. 581-599.

el delito; una función de enlace o unión, cuyo contenido material atraviesa con entidad propia las distintas valoraciones que se suceden en el campo del resto de las concretas categorías del delito como concreciones o adiciones; y una función negativa o de delimitación, que excluye de las consecuencias jurídico penales a todas aquellas manifestaciones de la vida que no comportan consecuencias jurídico-penales, como puede ser los daños causados por animales o los actos humanos realizados por procesos psíquicos que escapan del control, como las convulsiones o los ataques epilépticos, entre otros⁵.

En el marco de las concepciones causalista-naturalista, finalista, social, negativa y personal, la búsqueda de una concepción de la acción que cumpla con estas tres funciones ha sido intensa, llena de contradicciones y de debates por los autores, al igual que la búsqueda de un concepto general de acción, que englobe tanto los hechos comisivos como omitivos.

Existe cierto consenso en apuntar el fracaso de la teoría causal de la acción dentro del llamado sistema clásico, para servir de elemento base común a todas las manifestaciones del delito. El modo que encuentra este sistema para construir una categoría autónoma fue demarcar un ámbito propio, libre de las valoraciones que se indicaban pertenecían al campo del resto de las categorías. Su conceptualización fue tendente a que se entendiera o se viera este momento (el de la acción) como una simple relación causa-efecto, sin necesidad de llevar a este escalón valorativo del delito alguna que haga

⁵ En tal sentido se hace muy difícil, y poco práctico, establecer exactamente en los Códigos Penales aquellas conductas que no son productos de la voluntad. En 1952 el American Law Institute de Estados Unidos, conformado por jueces, abogados y académicos, comenzaron la redacción de un modelo de Código Penal como base para las legislaciones estatales, donde si bien no define el término voluntad, se limita a exponer cuatro ejemplos de actos que se consideran voluntarios, a saber: un reflejo o convulsión; un movimiento del cuerpo en inconsciencia o durante el sueño; conductas durante hipnosis; o un movimiento corporal que no es el resultado del esfuerzo o determinación del actor. Los comentaristas se limitaron a expresar que se trataba de una “conducta que escapaba del control del actor”. Sin embargo, fueron vagos en brindar una mejor interpretación para el requisito del acto voluntario. Publicado en 1962, se actualizó en 1970, sin que se haya sometido a ulteriores revisiones, lo que ha creado grandes confusiones en las cortes norteamericanas por su atraso con respecto al desarrollo de la ciencia en este sentido, además de que el requerimiento de acto voluntario, se aplica tanto para los estados mentales como para cualquier acto. Ver a Deborah W. Denno: “A mind to blame: new views on Involuntary Acts”, en *Behavioral Sciences and the Law*, 21, 2003, pp. 601-618. Para ver un acercamiento a los problemas que suscita el acto involuntario en el sistema judicial norteamericano, consultar también a Bernadette McSherry: “Voluntariness, Intention, and the Defence of Mental Disorder. Toward a Rational Approach”, en *Behavioral Sciences and the Law*, 21, 2003, pp. 581-599.

referencia a su ilicitud (lo que se hace en la antijuricidad) o sobre el aspecto subjetivo (valorado en la culpabilidad). No se reparó en definir a la acción como conducta voluntaria dirigida a la modificación del mundo exterior, que se agotaba en una contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores. La dificultad sobrevino cuando se intentó explicar entonces cómo definir a la omisión, donde precisamente no había “contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores”, y fue cuando no pudo construirse si no haciendo referencia a la antijuricidad, pese a que Ernst Beling pretendió conceptualizarla en el marco de un proceso causal como “distensión muscular”⁶.

Por su parte en la dirección neokantiana Edmund Mezger asume entender un denominador común en la acción y en la omisión. Se trataban de entender a ambas como conductas humanas que diferían en cómo se valoraban cada una de ellas respecto a la exigencia de la norma penal, es decir, como motivadoras a no hacer o a hacer: el que hace quiere “algo”, y el que omite no quiere “algo”. La acción abarcaba toda conducta humana concreta, signada por el fundamento de la voluntad de la acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de voluntad. “Toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y, por ello, necesariamente, es una conducta dirigida a un fin, a una meta. El que actúa debe siempre querer «algo», y el que omite, no querer «algo». De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza «ontológica» (esencial), un carácter «final». Está siempre dirigida a una «meta» determinada”; y por el movimiento corporal externo, caracterizado como un “suceso objetivo producido mediante el acto de voluntad.”⁷

Mezger sostiene el fundamento de la voluntad de la acción como conducta dirigida a un fin, pero aclara que este contenido de la voluntad no es objeto

⁶ Eugenio Zaffaroni: Derecho Penal, Parte General, 2da. edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 402.

⁷ Edmund Mezger: Ob.cit., p. 88. Como expresó Roxin, al menos el “concepto natural de acción cumple muy bien la función de delimitación, excluyendo de antemano actividades de animales y de personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras “excitaciones sensoriales”. Claus Roxin: Ob.cit., p. 237.

de valoración en la acción sino en la culpabilidad. Los motivos se aducen en dos aspectos: para lograr el carácter “neutral” de la categoría, y que pueda servir de base de todas las investigaciones jurídico penales y no permitir se recargue la teoría de la acción de difícil comprensión⁸. Destacaba la acción como un concepto ontológico, el ser jurídico, mientras que la apreciación normativa de sus distintos elementos tenía lugar en el resto de las categorías, como la antijuricidad y la culpabilidad.

Las críticas, desde entonces, se dirigieron a destacar la necesidad de un concepto autónomo y superior. En esta dirección Gustav Radbruch entendió que el concepto natural de acción no lograba brindar un “supraconcepto común” y que el concepto superior del sistema jurídico-penal se encontraba en la *tipicidad*⁹. Sin embargo, desde esta concepción natural de la acción se fueron delineando los elementos característicos de la acción, cuando el actuar consciente y voluntario del individuo se constituyó en elemento decisivo en toda construcción teórica de la acción desde entonces.

En este sentido, la teoría de la acción final, creada por Hans Welzen, defendió entender que ese “movimiento corporal” o “distensión muscular” había que comprenderlo en el marco de un movimiento voluntario dirigido hacia una finalidad, que tiene su base en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso casual, y por consiguiente de dirigirlo a la consecución de un fin. “La «finalidad» o actividad finalista de la acción –sostiene Welzen– se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos¹⁰”. Argumentaba Welzen,

⁸ Edmund Mezger: Ob.cit., p. 89.

⁹ Edmund Mezger: Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 87. Ver también a Juan Manuel Lacruz López: “En el centenario de la publicación de Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem de Gustav Radbruch ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LI, 1998, pp. 177-217.

¹⁰ Hans Welzen: Derecho Penal, Parte General, traducción de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 39.

en consecuencia, que “el defecto fundamental de la acción causal consiste en que no solo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera («acto voluntario»). Desconoce que toda acción es una obra (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal.”¹¹

Las críticas vertidas sobre la concepción finalista de Welzen advirtieron como una de sus principales debilidades no servir de elemento común para la comisión, la omisión y la culpa¹². Roxin se hizo eco de los propios finalistas como Armin Kaufmann y Hirsch sobre la falta de adecuación de la teoría de Welzen a los delitos de omisión, “pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final¹³.” En este punto consideramos con Roxin que si la voluntad consciente del fin, se constituía en la “espinas dorsal” de la acción y “rectora del acontecer casual”¹⁴, en verdad se creaban serios problemas para englobar un comportamiento omisión, sobre todo en la culpa.

¹¹ Ibídem, p. 51. En realidad, el verdadero cambio de perspectiva respecto a la concepción positivista del delito, que escindió radicalmente lo objetivo (acción, tipicidad, antijuricidad) y lo subjetivo (culpabilidad), lo constituyó la valoración del aspecto subjetivo, confinado hasta entonces en la culpabilidad, en el ámbito de lo que hasta entonces se entendía como lo objetivo en la concepción del delito, que se limitaba a significar únicamente los elementos objetivos o externos del delito.

¹² Ver a Eugenio Zaffaroni: Ob. cit., pp. 406-407.

¹³ Claus Roxin: Ob. cit., p. 240. Sin embargo, hay criterios en Welzen que no son nada desdeñables, como cuando defiende que la voluntad “forma el futuro, no solamente en los rasgos que modifica positivamente, sino también en aquellos que deja libres. Porque la voluntad no es solamente un factor causal, sino un factor finalista, vale decir, formador consciente del objeto, su dominio del hecho comprende también lo que deja acontecer. También esta es su obra, en cuanto el respectivo campo de realidad estaba confiado en la vida social a su formación finalista, si él fue garante para la formación del porvenir en el respectivo sector de realidad (...) la omisión no puede “causar” nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él.” Hans Welzen: Ob. cit., pp. 211-212. Tomados en su sentido literal, cobran estas reflexiones cierta validez en los llamados “delitos impropios de omisión” o “comisión por omisión”, (por ejemplo: el médico que con la finalidad de que muere un paciente no lo interviene quirúrgicamente), si bien no resultan idóneos para explicar la omisión en los delitos por imprudencia, donde precisamente no hay finalidad alguna de causar el resultado con el actuar omisivo, y que en modo alguno puede explicarse en los términos aludidos anteriormente por Welzen. Se argumenta, por tal razón, que la teoría finalista fracasó en brindar un concepto que sirviera de elemento base común.

¹⁴ Hans Welzen: Ob. cit., p. 42.

En el desarrollo de la teoría de la acción se suelen igualmente advertir la teoría social y negativa de la acción, la primera con un enfoque que la define como una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales (Maihofer) o toda conducta socialmente relevante (Jeschek), a las cuales se les objeta que no cumplen un rol adecuado como función delimitadora y de enlace¹⁵. Por su parte la “concepción personal de la acción” de Claus Roxin, sufre de una exposición incoherente o al menos no comprensible del todo, que vacían en cierta medida el contenido valorativo que otorga a su concepto de acción, cuando entiende a la acción como “manifestaciones de la personalidad” dominadas o domeñables por la voluntad y la conciencia (en eso estamos de acuerdo).¹⁶ En otro momento sostiene -como veremos más adelante-, que puede haber actos no conscientes, que no excluyen la acción, porque se presentan como un “movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo”¹⁷.

Las anteriores posiciones están caracterizadas por una tendencia a la descolocación del sujeto en la base de los esquemas teóricos o concepciones sobre la teoría penal que, más que recurrente, comporta visibles carencias filosóficas y metodológicas. Se olvida que el Derecho Penal es una construcción teórica sobre las conductas de los seres humanos, y que ninguna formulación teórica sobre hechos delictivos puede prescindir de entender el comportamiento humano como el elemento común o la base que sostiene todo el sistema jurídico-penal, en complejas interrelaciones con las finalidades políticas en momentos determinados del desarrollo social.

Partiendo de estos presupuestos, a nuestro criterio la función de elemento común o base en la estructura del delito tiene en consideración en que cuando hablamos de “acción” en sentido jurídico-penal, nos referimos a una conducta humana, a un sujeto que consciente y voluntariamente actúa en un medio social determinado. Y en tal sentido no encuentro inconvenientes en asimilar ambos conceptos como formas de manifestarse la conducta

¹⁵ Claus Roxin: Ob. cit., p. 244-245.

¹⁶ Ibídem, p. 252.

¹⁷ Claus Roxin: Ob. cit., p. 262.

humana. Se hace preciso tomar como base esta realidad para elevarlos a una concepción general de la acción que sirva de punto de partida para el resto de las valoraciones que exige la existencia de un delito, y según las propias exigencias de la norma penal para cada caso, en tanto permita la concurrencia o no de un comportamiento omisivo (como puede ser el homicidio imprudente por algún comportamiento omisivo), o cuando la conducta que se sanciona comprende la no realización de una acción exigida por la ley (delito de simple omisión). En ambas (acción u omisión) se trata de conductas humanas que difieren únicamente en el modo en que el sujeto se posiciona respecto a su realidad objetiva, y donde la significación jurídico-penal constata una transformación de la realidad objetiva con conciencia y voluntad del sujeto que actúa u omite.

Coincidimos con Quirós en que la definición del artículo 8.1 del Código Penal cubano no se instituye las características integrantes del delito, y que por tanto, la acción y la omisión no aluden en este momento a su carácter típico, sino que hay que entenderlo como conceptos que definen conductas desde un plano prejurídico¹⁸. Sin embargo, la discusión entre una concepción “naturalística” (algunos pueden asimilarla a su carácter prejurídico) y “normativa” de la acción, entendido el primero por una ausencia de valoración para constatar su existencia, y no así el segundo, se torna en realidad superfluo, sobre todo porque un comportamiento determinado (una acción o una omisión) existe como realidad objetiva aún cuando no haya alcanzado significación jurídico-penal, y por tanto solo alcanza tal relevancia cuando los elementos que caracterizan la conducta humana (la voluntariedad y la conciencia) se manifiestan a partir de exigencias del Derecho Penal.

La omisión es un no hacer con consecuencias en la realidad objetiva, que se atribuye como obra de un individuo, porque el Derecho Penal exige, de acuerdo a normas jurídicas, éticas, religiosas, etc., que donde no se hace se debería hacer. Es este el sentido valorativo que alcanza la omisión como

¹⁸ Renén Quirós: Manual de Derecho Penal, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 94-95.

un no hacer (“acción negativa” o conducta humana), para el Derecho Penal frente a aquellos autores, como Armin Kaufmann, que pretenden presentarlo como un concepto que designa un actuar humano independiente de que se valoren las exigencias de lo contrario.¹⁹

En relación con su función de enlace o unión, se relaciona puntualmente con una conclusión: si obviáramos entender a la acción como categoría autónoma de la estructura de delito, no pudiéramos entender entonces qué es aquello que se define como típico, antijurídico o culpable. El fenómeno delictivo se presenta, en principio, como una conducta humana que transita por los escalones valorativos del resto de las categorías del delito, hasta concluir que se trata de una acción típica, antijurídica y culpable.

Por su parte, el concepto de acción como conducta humana dotada de conciencia y voluntad, tiene su cometido en su función de delimitación, para distinguir entre acción y falta de acción o no-acción. En principio para excluir de pena a aquellas consecuencias generadas por animales, o de aquellos pensamientos o actitudes internas que se quedan en el plano de ideación, del ámbito interno del sujeto, o en caso en que hay una manifiesta falta de conciencia y voluntad del sujeto, como pueden los llamados por la doctrina penal, movimientos impulsivos, actos reflejos, automatismos, actos en cortocircuito, etc.

Para evitar algún tipo de confusión debe diferenciarse la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción, de los estados de inimputabilidad como elemento de la categoría culpabilidad. La distinción más importante, a nuestro entender, radica en la cualidad del sujeto que interviene: en la inimputabilidad el sujeto comete el hecho delictivo sin que exista una supresión completa de la conciencia y la voluntad del sujeto, sino que no hay facultades psíquicas suficientes para ser motivado racionalmente. En la ausencia de acción es un sujeto que comete un hecho delictivo por movimientos corporales con ausencia completa de conciencia y voluntad.

¹⁹ Veral respecto a Enrique Gimbernat Ordeig: “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Anuario de Derecho Penal, tomo XL, Fasc. II, sept.-dic., 1987, pp. 579-581.

Esta diferencia resulta problemática en alto grado en la coincidencia entre los criterios médicos y legales para delimitar con precisión cuando hay supresión total o no de conciencia y voluntad.

Si suscribimos la opinión que se excluye la culpabilidad, y no la acción, cuando hay ausencia total de conciencia y voluntad, asumimos que la categoría de acción pierde todo su alcance y contenido valorativo como una unidad física y espiritual del sujeto dentro del análisis teórico del delito. No menos de un autor, como Renén Quiros Pérez, ha sido presa de esta confusión –que es extensivo en la práctica judicial cubana²⁰- cuando, por ejemplo, después de afirmar correctamente que la “acción y la omisión se caracterizan por la unidad de lo objetivo y lo subjetivo²¹”, y “concebibles solo en el sentido de actos volitivos”²², sostiene luego como causas de inimputabilidad o de ausencia de culpabilidad, y no de acción, a lo que entiende como “perturbaciones de las facultades mentales de índole pasajera, de corta duración y de tal intensidad que anula las facultades cognoscitivas y volitivas del individuo” en el trastorno mental transitorio.²³

Por tal motivo en algún momento Danilo Rivero García subrayó que son incorrectas ciertas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de exigir para la inimputabilidad una “ausencia total de las facultades cognitivas y volitivas”, un “estado de inconsciencia absoluta”, o una “pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad, o una “privación total de facultades intelectivas o volitivas”, y por su parte se hace eco de lo correcto de las expresiones que exigen “plena perturbación de las facultades intelectivas para conocer la antijuricidad o de la voluntad para orientar la actividad conforme a dicho conocimiento” o de la “capacidad de conocer el alcance antijurídico o auto determinarse en el sentido de la norma.”²⁴ En este terreno gana fuerza la sentencia del profesor Claus Roxin cuando expuso que

²⁰ Renén Quiros: Ob. cit., tomo III, p. 179. El propio Quiros expone argumentos de sentencias que apoyan su opinión.

²¹ Ibídem, p. 93

²² Ibídem, p. 94.

²³ Ibídem, p. 179.

²⁴ Danilo Rivero García: “La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo”, en Boletín ONBC, No. 9, mayo-agosto, 2002, p. 9.

“solo es preciso examinar la inimputabilidad cuando no se puede negar ya la existencia de una “acción” en sentido jurídico. De ahí surge el problema de la delimitación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad... (que) depende también de qué concepto de acción se adopte.²⁵”

III. Cuestiones polémicas en torno al acto reflejo y a otros actos involuntarios en la determinación de la ausencia de acción. La solución del Tribunal Supremo de Cuba en el caso objeto de análisis

Los conceptos de conciencia y de voluntad son muchas veces objeto de debate acerca de sus contenidos en los campos de la Neurología, la Psicología, y la Filosofía. Sobre todo cuando se intenta determinar y relacionar qué es la conciencia, la psiquis humana, la voluntad, entre otras. Las concepciones sobre cada una de ellas en el terreno del Derecho Penal encuentran que las delimitaciones entre acción y no-acción, mediante criterios normativos, han aumentado indudablemente estas confusiones. Como adelantamos, se suelen adoptar criterios expuestos por varias teorías en el campo de la Psicología para hacer un fuerte rechazo a equiparar lo que denominan un “acto instintivo” o un “movimiento defensivo brusco” a un “acto reflejo” –como han argumentado algunas sentencias alemanas y españolas–, y, por su parte, se alude a determinadas “zonas intermedias” para significar aquellos actos que no se caracterizan por lo que se denomina “actos reflejos en sentido estricto”, y que, por tanto, constituyen acción en sentido jurídico-penal, porque en ellos hay, aunque en menor medida, algo de voluntad y conciencia.²⁶

En el marco de estas tendencias, y retomando una idea expuesta por Schewe, el referido autor español Silva Sánchez alude a que “acción” y “no-acción” no son conceptos alternativos, que puedan diferenciarse uno

²⁵ Claus Roxin: Ob. cit., pp. 837-838.

²⁶ Jesús-María Silva Sánchez: “La Función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, p. 908.

y otro, sino conceptos tipológicos, sin fronteras claras, unidos entre sí por una línea continua, entre los que se presentan determinados procesos que debe identificarse con “más o menos carácter de acción”, porque se ubican entre los “tipos ideales de acción” y “no-acción”. En los marcos de esta “zona intermedia” asume exponer dos posiciones para delimitar uno y otro: “La primera, seguida, según parece, en la psicología y psiquiatría forenses, consiste en partir del supuesto ideal de acción y negar la existencia de una acción allí donde comienzan a darse divergencias de cierta relevancia con aquel modelo ideal. Tal planteamiento conduce a un concepto relativamente estrecho de acción y amplio de no-acción. La segunda perspectiva, más comúnmente seguida por los penalistas, opera de modo contrario. Así, pues, consiste en partir del supuesto típico de no-acción (p.ej. el movimiento reflejo «puro»), y conduce a la afirmación de la concurrencia de acción desde el momento en que se advierte la presencia de factores que muestran una superación de aquel esquema elemental. Tal punto de vista conduce a construir un concepto amplio de acción y limitado en lo que se refiere a la no-acción. Expresando el balance de lo anterior en otros términos, resultaría que los penalistas se conforman con menos «propiedades de acción» para afirmar la existencia de una acción y los psicólogos y psiquiatras exigen más «propiedades de acción» para estimar su concurrencia”²⁷.

Estas tesis, con apoyo del esquema de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad., hacen que Silva Sánchez no considere que haya un acto reflejo, y por su parte se esté en presencia de un “acto en cortocircuito” –dentro de la llamada “zona intermedia”–²⁸ en el hecho de que mientras una persona permanecía de espaldas y con las piernas un poco separadas, alguien le agarra con fuerza los genitales con el propósito de gastar una broma, y al sentirse dolorido esta persona gira bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que la otra persona cayó golpeándose fuertemente la cabeza contra el suelo de cemento.²⁹ En tal sentido considera que se da un proceso con carácter de acción en sentido

²⁷ Ibídem, p. 920.

²⁸ Ibídem, p. 914.

²⁹ Ibídem, p. 911.

jurídico-penal, donde si bien se excluye la responsabilidad penal, discrepa en cuanto el nivel concreto de la antijuricidad que se excluye, pues aduce en este caso que se está en presencia de una falta del tipo objetivo y subjetivo del homicidio consumado.

Claus Roxin también discute la zona límite entre los movimientos reflejos, los automatismos, los hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez “sin sentido”. En este sentido considera que únicamente no constituye acción los movimientos reflejos cuando “la excitación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica”, sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento, como puede suceder en el involuntario cerrar de ojos por chocar un objeto contra ellos, en las convulsiones por una descarga eléctrica o en las comprobaciones médicas de los reflejos. En el caso donde un automovilista tomó una curva, y de repente entró desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo y hace un “movimiento defensivo brusco” con la mano y por ello pierde el control del vehículo, provocando un choque, Roxin aduce que pese a no ser percible una voluntad consciente, no se puede excluir la acción, porque se está en presencia de un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una “manifestación de la personalidad”.³⁰

Cada una de estas posiciones, que muchas veces se plantean sobre la base de objetar la ambigüedad de los propios conceptos de “voluntad” y “conciencia”, hace depender la delimitación de acción y no-acción en criterios que se alejan potencialmente de lo que la Neurología ha comprobado son actos voluntarios y conscientes de aquellos actos que no lo son, capaz de brindar mejores herramientas conceptuales a los juzgadores. Cuatro hipótesis de la Neurociencia, muy sólidas, y con suficiente apoyo experimental, pueden explicar un acto motor que ha sido mediado por la voluntad (acto

³⁰ Claus Roxin: Ob. cit., p. 262. Como advertimos anteriormente, Roxin constriñe el concepto de acción a un acto psíquico que diferencia de un acto consciente, pese a que la acción como “manifestación de la personalidad” aparecía en su obra como domeñable por la voluntad y la conciencia.

consciente) y distinguirlo de otros actos motores llamados involuntarios que se realizan automáticamente sin la participación consciente de su realizador. Estas cuatro hipótesis son: los reflejos, los tres cerebros, la especialización hemisférica, y la conciencia.

Los reflejos se constituyen en el modo automático de actuación ante estímulos y su desarrollo es inconsciente. Esta hipótesis se ha conformado con aportes diversos desde Descartes en el siglo XVII y ya en el siglo XX los premios nobel Ivan Patrovich Paavlov (1903), Sir Charles Sherrington (1931) y Erick Kandel (2000), significaron el establecimiento definitivo y aceptado por todos como una hipótesis potente.

La tesis de los 3 cerebros en un funcionamiento integrado, elaborada por Paul Mclean consiste en: a) cerebro automático inconsciente, típico de los reptiles.³¹ Su función es la supervivencia y mantener el equilibrio homeostático. En los humanos se corresponde con regiones subcorticales como el tronco cerebral y el hipotálamo, entre otras; b) cerebro emocional, que corresponde con estructuras corticales (como el cíngulo) y subcorticales, como la amígdala, el hipocampo que determina la integración de emociones; c) el cerebro cognitivo, los dos hemisferios cerebrales responsables de la función de conciencia. Una hipótesis tentativa que se conformó a partir del siglo XIX con Broca, y su descripción del lóbulo límbico, y a partir de la Neurología y la Neurofisiología a mediados del siglo XX, el sistema límbico emocional sentó las bases para el alza de la hipótesis.

En las diferencias del funcionamiento hemisférico, los dos hemisferios funcionan coordinados, debido a las conexiones establecidas a través del cuerpo calloso (fibras comisulares que unen los hemisferios). Las experiencias de Sperry confirmaron la especialización del hemisferio izquierdo en el razonamiento analítico y el lenguaje, característico de la conciencia. En cuanto al hemisferio diestro es intuitivo, sintético, incapaz de comprender la comunicación del lenguaje e inconsciente. La hipótesis tiene un desarrollo

³¹ J. Panksepp: Foreword to Cory, 2003. G. and R. Gardner: The Evolutionary Neuroethology of Paul MacLean: Convergences and Frontier, 2002.

histórico comenzando con Broca y la descripción de las afasias, y tuvo su establecimiento definitivo en los estudios de Sperry, que le ganaron el premio Nobel en 1981.³²

La conciencia se define como el conocimiento del mundo circundante y de uno mismo. Es la actividad del cerebro en conjunto y no de un parte en especial. El hemisferio izquierdo está particularmente muy activado. El hemisferio derecho en ese contexto es inconsciente pero intuitivo y tiene influencia sobre los actos que desarrolla un sujeto según su voluntad. Es una hipótesis tentativa con base firme en observaciones neurológicas como sucede con las demencias.

Estas hipótesis tienen actualidad y están siendo verificadas y confirmadas por técnicas in vivo de la Neurociencia, como las imágenes de resonancia magnética funcional (RMNf), tomografía por emisión de positrones (TEP), mapeo de la actividad eléctrica cerebral (EEG) o magnética (MEG). Cuando se analiza la acción de esa manera resulta fácil descubrir si en el desarrollo del acto hubo o no participación de la conciencia del sujeto.

Aun cuando cada uno de los ejemplos expuestos en este trabajo, no hayan tenido monitoreo, y se estudie a posteriori, esas cuatro hipótesis pueden ser, aunque no la regla de oro, un auxiliar valioso para la toma de decisiones. Por ejemplo, la solución brindada por Silva Sánchez en su artículo citado resultan muy discutibles. Los actos motores referidos tienen una primera fase en la que la persona que sufrió el dolor en los genitales adopta una posición con piernas separadas que le da apoyo y equilibra la fuerza de gravedad. En esa situación el apretón de los testículos (altamente doloroso) provoca, aun antes de tenerse la conciencia del dolor, una serie de reflejos que incluyen los de la retirada brusca de la causa del estímulo de dolor unido con el mantenimiento del equilibrio. En estos casos opera ante el estímulo de dolor una respuesta instintiva. No existen evidencias que permitan plantear el acto desarrollado tras el apretón de testículos como consciente, o dentro de una

³² D. Ottoson: "Sperry has given us a new dimension on views of the higher functions of the brain", *Lakartidningen* 78 (43): 1981, pp. 3765-3773.

“zona intermedia” de dudosa conceptualización y ubicación, para no excluir la responsabilidad penal, pues el dolor que se produce no necesita para su percepción de establecer conexiones en los hemisferios y generalmente se quedan los impulsos en el tálamo (núcleo subcortical). Es muy probable, visto en la distancia, que desde la óptica del cerebro triúnico, cuando se produjo el apretón testicular doloroso la actividad del cerebro reptil predominó e indujo la emoción de miedo en el cerebro límbico nublando la cognición.³³

En lo referido puntualmente al caso objeto de este comentario, un momento discutible pudiera ser –que no lo fue de la Sala que juzgó el caso– si el actuar imprudente del acusado pudo consistir en la capacidad de prever (se trata de una persona con retraso mental leve y que había ingerido bebidas alcohólicas) la creación de una situación de peligro como consecuencia de colocarse en un lugar de riesgo (es decir, detenerse después de haber ingerido bebidas alcohólicas en un lugar en el que existe un paso a nivel de la vía férrea en el instante que pasaba un tren de carga). Por su parte no parece correcto, a nuestro entender, que el Tribunal Provincial que juzgó el caso sostenga que en ese momento el acusado con el movimiento de agarrar al que resultó fallecido “ganó en equilibrio pero hizo que su acompañante perdiera el suyo, lo que tuvo que imaginarse que sucedería, pues al igual que él, su acompañante había ingerido bebidas alcohólicas durante todo el día, con lo que consiguió arrojarlo sobre el tren”.

La representación de lo ocurrido indica que estamos ante la presencia aparente de los reflejos de equilibrio que no tienen que ver, al igual que los demás reflejos, con la conciencia del sujeto. Estos reflejos pueden ser iniciados en varios sistemas de receptores que detectan el desequilibrio entre el tono muscular de los músculos que mantienen la postura normal erecta contra la fuerza gravitatoria que siempre está presente. Por ejemplo, nos mantenemos de pie cuando estamos despiertos porque existe contracción tónica de los músculos paravertebrales y de la región posterior de las extremidades inferiores. Esta es una acción involuntaria –pero no

³³ M. Alan Kazlev, et al.: *The Triune Brain*, 2003, pp. 10-19. Kheper. Retrieved, 2007, pp. 05-25.

típicamente refleja— pues se debe a comandos motores procedentes del cerebro automático, y específicamente desde una región del tronco cerebral conocida como formación reticular del tronco del encéfalo. Estos comandos llegan finalmente a través de neuronas intercaladas hasta las motoneuronas espinales que controlan la actividad de las fibras musculares del huso neuromuscular, un órgano ubicado entre las fibras musculares que responde al estiramiento del músculo, provocando un acto reflejo conocido como de estiramiento o miotático.

Cuando en el hecho se narra que el acusado y el fallecido “quedaron parados uno al lado del otro”, partamos de entender que en la estancia de pie equilibrada de una persona, se utiliza el arco del reflejo miotático, que no constituye en sí un acto reflejo aunque resulte involuntario.³⁴ Ahora, si cuando estamos de pie alguien nos empuja hacia delante, o por cualquier razón perdemos el equilibrio, los receptores cutáneos y musculares, así como los órganos vestibulares, detectan la alteración y se producen acciones reflejas con variación del tono muscular y contracciones de otros músculos que compensan la fuerza de gravedad ahora en la posición variada, donde la fuerza gravitatoria tiene siempre la misma dirección. De modo que cuando se pierde el equilibrio, cualquier sujeto de nuestra especie pone en marcha reflejos que son involuntarios, independientes de la conciencia, tratando de contrarrestar la fuerza de gravedad. Si el acto es exitoso, el sujeto no cae, como usualmente ocurre en algunos deportes y actos de circo, pues entrenan y aprenden como inhibir el reflejo incondicionado.

En el caso analizado el sujeto, sin ese entrenamiento previo, y bajo los efectos del alcohol (inhibe al sistema nervioso y, por ello, los reflejos de equilibrio no funcionan normal bajo el alcohol), no fue capaz de tener éxito

³⁴ Una tendencia errónea fue la de considerar a partir de los resultados de Pavlov, y de una interpretación reduccionista de la definición de Lenin de materia, que se emplea en la teoría del conocimiento como válida por muchos filósofos marxistas de que todas las acciones incluyendo las voluntarias eran actos reflejos. Esa tendencia existió y apoyaba la idea clásica de Descartes. Lamettrie del hombre máquina. Se esparció por todo el mundo hasta que la experiencia en Neurofisiología cognitiva demostró que no todas las acciones humanas son reflejas, incluyendo acciones involuntarias como la estación de pie o la marcha en fase automática que utilizan los arcos desde ciertos patrones motores que son circuitos neuronales que interactúan con otros más complejos.

con el acto reflejo y, por ello, como ocurre cuando caminamos sobre una cuerda, comenzó a mover sus extremidades y encontrando el apoyo del amigo lo agarró empujándolo, al igual que una persona que se está ahogando puede dañar a quien trata de salvarlo. Esos movimientos buscan un punto de apoyo y no se puede interpretar conciencia, porque esta se manifiesta mediante la actividad cerebral que, por un lado, demoraría mucho tiempo por la cantidad de sinapsis entre las neuronas corticales y las de las vías vestibulares. Un acto consciente de ese tipo, lejos de beneficiar al reflejo lo perjudicaría, debido a que existen vías inhibitorias del reflejo procedentes del cerebro y, por ello, la evolución de los mamíferos terrestres no ha fijado, mediante la selección natural de Darwin, esa característica no demostrada de interrumpir a la inconsciencia con un instante de conciencia fugaz.

Un ejemplo que puede ilustrar de manera indirecta esta idea es el del salto o huida involuntario inconsciente de un primate o persona cuando aparece una serpiente o un león. El sujeto huye sin tener la percepción consciente de por qué se está escapando, y la razón demostrada en experimentos es que la información visual requiere para ser consciente viajar hasta el cerebro a través del tálamo. La explicación es que existen vías muy rápidas que llevan la información visual desde el propio tálamo, pero no hacia el cerebro sino hacia la Amígdala, un núcleo subcortical que provoca entonces la huida y el miedo acompañante. Tiempo después es que el sujeto comprenderá la razón de su miedo. En ese ejemplo si hubiera que esperar a la conciencia para operar la acción refleja, la serpiente o el león lo alcanzarían con facilidad. Estos experimentos fueron realizados por Ledoux en 1992 y referidos por Goleman en un bestseller sobre la inteligencia de las emociones.³⁵

Por tales razones, nadie durante una acción refleja, que es independiente de la voluntad, y ante un peligro como el que supone el caso objeto de comentario, se pone a imaginar con su cerebro cognitivo, sino que actúa con su nivel subcortical (cerebro reptil de la autoconservación), y solo después que sucede un hecho como ese es que ocurre una reflexión, de modo que

³⁵ D. Goleman: *Inteligencia Emocional*, Editorial Kairós, [67ª ed.], 1996.

cuando el sujeto extendió su mano y tomó por el hombro al que concluiría fallecido, no lo hizo conscientemente, sino instintivamente, como lo hace el que pierde el equilibrio en una cuerda floja.

A modo de conclusión

A nuestro entender la solución al caso brindado por la Sala del Tribunal Supremo fue correcta en todos sus extremos. Se aleja de aceptar determinadas teorías psicológicas que hicieron a autores como Silva Sánchez definir la existencia de “zonas intermedias” entre una acción y no-acción, y definir un concepto de acto reflejo que diferencia de “actos en cortocircuitos”, donde se estima que hay algo de voluntad y conciencia -como en el ejemplo citado-, o que permiten en la concepción personal de la acción de Roxin una confusa diferencia entre una “voluntad consciente” y movimientos que se transmiten “psíquicamente y dirigido a un fin”. La solución de la Sala del Tribunal Supremo tiene validez desde la Neurociencia, pues no existe duda neurofisiológica alguna de que en la pérdida de equilibrio (como la analizada en este caso), no hay posibilidad de que la conciencia actúe durante el acto reflejo (aunque fuera por un flashazo) desencadenado por las vías vestibulares. Plantear intervalos de conciencia en medio de actos inconscientes, sean reflejos o no, es una especulación sin base en la experiencia de la Neurociencia.

Estas ideas son concluyentes en afirmar que, con esta solución, la Sala no hizo uso de un criterio extensivo para considerar el movimiento corporal del acusado como un “movimiento reflejo”, a los efectos de enmarcarlos en esta definición por no corresponderse a un “modelo ideal de conducta voluntaria y reflexiva” para el Derecho Penal. Por el contrario, desde un criterio neurológico los hechos se pueden corresponder con un “movimiento reflejo no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano”, y por tanto suponer una exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de un acción en sentido jurídico-penal, al que se llega por acogerse una concepción de la acción cuyo contenido exige como requisito fundamental un movimiento de la persona “dominado por

la voluntad” –que hay que entender se hace extensivo a un criterio de la presencia de conciencia–, y con ello se insufla de un contenido valorativo correcto la definición de acción del artículo 8 de nuestro Código Penal.

Bibliografía

Denno, Deborah W.: A mind to blame: new views on Involuntary Acts, en Behavioral Sciences and the Law, 21, 2003, pp. 601-618.

Edmund Mezger: Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1958.

Ernst Beling: Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito-Tipo, Librería el Foro, Buenos Aires, Argentina, 2002.

Gimbernat Ordeig, Enrique: “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Anuario de Derecho Penal, tomo XL, Fasc. II, sept-dic., 1987, pp. 579-581.

Girstenbrey, W. (1981). “The different faces of the hemispheres. The presentation of the Nobel Prize for Medicine and Physiology 1981 to the neurobiologists Sperry, Hubel and Wiesel”. Fortschritte der Medizin 99 (47-48): 1978-1982.

Goleman D.: Inteligencia Emocional, Editorial Kairós, [67ª ed.], 1996.

Hamilton, C. R.: “Paths in the brain, actions of the mind: Special issue in honor of Roger W. Sperry”. Neuropsychologia 36 (10), 1998, pp. 953-954.

Kazlev, M. Alan et al.: The Triune Brain, 2003, pp.10-19. Kheper: Retrieved, 2007, pp. 05-25.

Lacruz López, Juan Manuel: “En el centenario de la publicación de Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem de Gustav Radbruch ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LI, 1998.

- McSherry, Bernadette: "Voluntariness, Intention, and the Defense of Mental Disorder. Toward a Rational Approach", en *Behavioral Sciences and the Law*, 21, 2003, pp. 581-599.
- Ottoson, D.: "Sperry has given us a new dimension on views of the higher functions of the brain". *Lakartidningen* 78 (43), 1981, pp. 3765-3773.
- Panksepp, J.: Foreword to Cory, G, 2003. and Gardner, R.: *The Evolutionary Neuroethology of Paul MacLean: Convergences and Frontier*, s., 2002 .
- Patton, Paul: "One World, Many Minds: Intelligence in the Animal Kingdom". *Scientific American*. Retrieved 29, December, 2008.
- Quirós Pérez, Renén: *Manual de Derecho Penal I*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.
- Reiner, A.: "An Explanation of Behavior". *Science* 250 (4978): pp. 303-305. doi:10.1126/science. 250.4978.303-a. PMID 17797318, 1990.
- Rivero García, Danilo: "La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo", en *Boletín ONBC (Organización Nacional de Bufetes Colectivos)*, No. 9, mayo-agosto ,2002, pp.2-21.
- Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General (Traducción y notas, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal)*, tomo I, Civitas, 1997.
- Silva Sánchez, Jesús María: "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV, Fasc. I, enero-abril, 1991, pp. 1-24.
- _____: "La Función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos, movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, Fasc. III, sept-dic, 1986, pp. 905-934.

- _____: Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV, Fasc. I, ene-abril, 2013, pp. 1-24.
- Striedter, G. F.: *Principles of Brain Evolution*. Sinauer Associates, 2005.
- Welzen, Hans: *Derecho Penal, Parte General*, traducción de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956.
- Zaffaroni, Eugenio: *Derecho Penal, Parte General*, 2da. edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

¿Malversación por dolo eventual? Análisis de una peculiar postura de la jurisprudencia cubana

Misappropriation due to eventual fraud? Analysis of a peculiar attitude of Cuban jurisprudence

Harold Bertot Triana

Dayan G. López Rojas

Resumen

A partir de la sentencia No. 266, por delito de malversación de fecha 22 de septiembre del 2011, dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana se promovió un procedimiento de revisión por parte del Tribunal Supremo Popular quien declaró que CON LUGAR la solicitud de revisión. La solución judicial contenida en la resolución que se comenta obliga a adentrarse en la problemática vinculada al alcance del tipo subjetivo en la figura básica del delito de malversación y más detenidamente en lo que respecta a la modalidad típica del “consentir que otro se apropie”. La finalidad es de esclarecer y tomar partido en punto a si esta variante de la conducta incriminada resulta compatible o no con el dolo eventual.

Palabras clave

Delito, delito de malversación, malversación, delito contra la seguridad del estado, dolo, dolo eventual

Abstract

Taking into considerations sentence No 266, due to misappropriation fraud, dated on September 22nd, 2011, pronounced by second courtroom

of Havana Provincial Popular Court, a revision process was started by the Poplar Supreme Court which upheld the ruling. The judicial solution considered in the mentioned resolution, makes it compulsory to go deeper into the problems related to the range of subjective type in the basic pattern of the misappropriation fraud, and more carefully, on nature of “allowing that someone else take possession of something”. The purpose is to make clear and to take sides of if this type of incriminated behavior proves to be compatible or not with the eventual fraud.

Key words

Fraud, misappropriation fraud, misappropriation, fraud against the Security of the State, fraud, eventual fraud.

Introducción

Ante la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular, se promovió procedimiento de revisión por el Viceministro de Justicia contra la Sentencia No. 266, de fecha 22 de septiembre del 2011, dictada por la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana en la causa número 130 del año 2010, seguida por un delito de malversación, contra varios acusados, entre ellos REGM, en favor de quien se promueve el mencionado procedimiento especial, y quien resultó sancionado a 8 años de privación de libertad por haberse estimado responsable del siguiente hecho:

El acusado REGM había conocido el resultado de un inventario realizado en marzo de 2006, que comprobaba la existencia de diferencias en los saldos de los productos que no fueron aclaradas en el submayor mediante documentos, ni se emitieron los modelos de ajustes, sin que ello se informara a los niveles requeridos ni se registrara como faltantes o sobrantes sujetos a investigación; situación que contrastó con la posición asumida por el acusado, quien se limitó a referir que no había irregularidades. Asimismo, a sabiendas del resultado de otro inventario realizado por una verificación en

el mes de 2007 –a partir de que fuera advertido por un oficial del Ministerio del Interior que se estaban sacando mercancías en un montacargas hasta la cerca perimetral de la entidad y se vendían en la calle–, a resultas de lo cual se constató la presencia de diferencias en 11 renglones del almacén; el acusado tampoco lo informó a sus superiores ni adoptó medidas para su depuración, cuando su deber era esclarecer lo que acontecía y poner fin a las anomalías que allí sucedían. De tal estado de cosas se tuvo conocimiento únicamente al practicarse en esa entidad una auditoría especial por parte de la Dirección de Auditoría de Copextel S.A., que confirmó la existencia de pérdidas de bienes por valor de \$36 298,86 CUC. Igualmente se determinó que GM era responsable de controlar y exigir a sus subordinados la adopción de las medidas para el cuidado y protección de los recursos almacenados, de comunicar a los niveles superiores la existencia de faltantes de renglones de productos, de permitir que los empleados tuvieran acceso al sistema de inventarios, en franca violación de las normas informáticas, entre otros incumplimientos. Se explicitaba además, que con su inacción y falta de rectitud había contribuido a que perdurara en ese lugar el desorden y facilitó la apropiación de bienes que es–taba obligado a cuidar.

En solución al caso, el Tribunal Supremo declaró CON LUGAR la solicitud de revisión promovida por el Viceministro de Justicia, pero únicamente a los efectos de diferenciar la extensión de la pena impuesta a REGM, respecto a quien se acordó una sanción menos severa que la impuesta al resto de los sancionados; ratificándose el criterio sostenido por el Tribunal Provincial en punto a que el hecho protagonizado por REGM integra un delito de malversación cometido por dolo eventual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

QUINTO CONSIDERANDO: Que la intención como elemento subjetivo de la actuación criminal no está únicamente determinada por la ejecución u omisión de un acto con el marcado propósito de producir su resultado, sino que también debe apreciarse como una acción pensada aquella en que

a los actores les resulta indiferente que se produzcan o no las consecuencias dañosas, lo que define el dolo eventual y, al observarse de los hechos declarados probados en la sentencia que se examina, que guardan estrecha relación con la prueba practicada, y, además, del resultado de las reproducidas ante el tribunal de revisión, que GM tenía la obligación de ejercer un debido control de los re-cursos y evitar que se produjeran desvíos, a lo cual faltó, a pesar de conocer irregularidades que ponían de manifiesto el extravío de los renglones almace-nados, es incuestionable que con su indiferencia propició que otros tomaran para sí bienes bajo su custodia, por tanto se confirma su culpabilidad en los hechos, y se ratifica la calificación jurídico-penal que dieran los juzgadores a los sucesos declarados probados.

Desarrollo:

1. Contenido del tipo subjetivo del artículo 336.1 del CP. Especial referencia a la modalidad de “consentir que otro se apropie” según la interpretación de un reciente sector jurisprudencial del Tribunal Supremo de Cuba.

La solución judicial contenida en la resolución que se comenta obliga a adentrarse en la problemática vinculada al alcance del tipo subjetivo en la figura básica del delito de malversación que prevé el Artículo 336.1 del Código Penal (en lo adelante CP), y más detenidamente en lo que respecta a la modalidad típica del “consentir que otro se apropie”, con la finalidad de esclarecer y tomar partido en punto a si esta variante de la conducta inculpada resulta compatible con el dolo eventual o no.¹

¹ El vigente Código Penal cubano, Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987 –con sus respectivas modificaciones–, encuentra su antecedente legislativo más remoto en el Código Penal español de 1870, trasuntado a Cuba por Real Decreto de 23 de mayo de 1879 para cumplimentar los acuerdos contenidos en el Pacto del Zanjón. Aquel cuerpo legal rigió la vida jurídica de la Isla hasta su sustitución por el Código de Defensa Social –promulgado por el Decreto-Ley No. 802, de 4 de abril de 1936–. Tal código defensorista tuvo como fuente de inspiración fundamental al Código Penal español de 1928, y se mantuvo vigente desde el año 1938 hasta la aparición del Código Penal de 1979, Ley No. 21, primer código penal revolucionario y antecedente inmediato del vigente texto punitivo. Vid. Vicente J. Arranz Castillero; “Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el derecho penal cubano”, en Matilla Correa, Andry (Coord.); Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 307-328.

Conviene dejar sentado ab initio que la fórmula generalmente empleada por el legislador cubano para indicar que una conducta típica solo compatibiliza con el dolo directo –con exclusión del dolo eventual y la imprudencia–, consiste en complementar la descripción de la conducta incriminada con las expresiones «intencionalmente», «de propósito», «a sabiendas», etc. No obstante, a falta de expresa alusión a tales elementos, la posibilidad de dar cabida a todo el abanico de formas de imputación subjetiva vendrá determinada por una interpretación ad integrum que tome en cuenta, entre otras cuestiones, el alcance y significado de los verbos rectores empleados en la construcción del tipo, en armonía con sus finalidades político-criminales y el bien jurídico que protege.²

No constituye, pues, una situación ajena al intérprete del texto penal patrio la necesidad de definir –entre otros aspectos– la clase de dolo que admite un determinado tipo penal; extremo que siempre habrá de determinarse desde presupuestos históricos, teóricos, jurisprudenciales y lingüísticos.

En lo que respecta al contenido del tipo subjetivo del delito de malversación recogido en el Artículo 336, apartado 1, del CP la doctrina patria –tanto antigua³ como contemporánea– ha coincidido en entender que se trata de un delito doloso; y en el contexto académico actual prevalece la opinión defendida por la profesora Goite Pierre, quien, partiendo de una adecuada interpretación del sentido y significado de los verbos rectores empleados en el esquema típico («apropiarse» y «consentir la apropiación»), infiere el

² La lógica de esta técnica legislativa está determinada, en buena medida, por la filiación del CP cubano al sistema *numerus apertus* de incriminación de la imprudencia, que en virtud de la previsión de carácter general prevista en el Artículo 9, apartado 3, da cabida a que en principio todos los delitos contenidos en la Parte Especial del Código puedan ser cometidos por imprudencia, salvo que lo contrario se deduzca del significado y alcance del verbo rector empleado en la construcción típica.

³ Cfr., en representación de la doctrina producida durante la vigencia del Código de Defensa Social, Diego V. Tejera y García: *Comentario al Código de Defensa Social*, Tomo VI, Jesús Montero Editor, La Habana, 1948, p. 395; y Juan Vega Vega; *Los delitos*, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1976, pp. 58 y 59.

ánimo de lucro ínsito a la conducta incriminada y concluye que esta ha de estar regida por el dolor.⁴

La jurisprudencia cubana ha seguido tradicionalmente esta línea interpretativa, de lo que dan cuenta, entre otras, las Sentencias No. 1477, de 28 de abril de 1987, y No. 3244, de 17 de septiembre de 2010. La primera de estas resoluciones incluye dentro del elemento subjetivo del delito de malversación al «móvil de lucro como estímulo determinante»⁵, mientras que en la segunda se afirma que el comentado ilícito es de «aquellos provocados por la codicia de las personas»⁶.

Desde la perspectiva de análisis del tipo subjetivo merece particular atención la modalidad consistente en «consentir que otro se apropie», porque si bien es cierto que desde antaño se ha venido asumiendo que esta variante típica lleva implícita la voluntad manifiesta del sujeto especial proyectada a incumplir deliberadamente alguno de los deberes inherentes al cargo que ocupa, con la finalidad de permitir la apropiación por parte de un tercero; tal posicionamiento teórico, sin embargo, parece estar sometido en los últimos tiempos a un vaivén de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y mientras unas sentencias continúan apegadas a la postura que entendemos correcta, asumiendo el dolo directo como única forma de imputación subjetiva compatible con la analizada modalidad omisiva; otras, en la línea de la ahora comentada, asumen un criterio excesivamente amplio al momento de evaluar

⁴ Cfr. Mayda Goite Pierre: “Los delitos contra los derechos patrimoniales”, en Mayda Goite Pierre, (Dir.): Una visión desde la dogmática a figuras del Código penal cubano, Universidad de La Habana, 2001, p. 65. Sostienen igualmente esta opinión, en la doctrina chilena, Sergio Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez García, para quienes “este delito debe cometerse con dolo directo, atendido el elemento subjetivo que conlleva la apropiación”. Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez García: Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 496. Valga resaltar que, a diferencia de lo que acontece en la legislación española en la que el delito de malversación de caudales públicos (ahora regulado como un supuesto de administración desleal, luego de la reforma introducida al CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo que entró en vigor el 1 de julio) se ubica dentro de los delitos que lesionan la Administración Pública, concretamente la correcta gestión del patrimonio destinado a la prestación de servicios públicos; el Código Penal cubano lo considera una defraudación y –sin perjuicio de su pluriofensividad– incluye a este ilícito dentro del catálogo de delitos contra los derechos patrimoniales. Tal escenario normativo pone en evidencia que para el legislador cubano resulta preponderante la proyección patrimonialista del comentado delito.

⁵ Boletín del Tribunal Supremo Popular, Edición Extraordinaria, año 1987, p. 202.

⁶ *Ibidem*, año 2010, pp. 109-112.

el alcance de tal modalidad típica que parece desentenderse de las fronteras que delimitan este ilícito y el que se prevé en el Artículo 222 del CP.

Un típico exponente de la primera línea jurisprudencial lo constituye la Sentencia No. 65, de 14 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular⁷. En esta resolución judicial – verdadera pieza de buena doctrina– se deja sentado que:

- “...en lo que corresponde a la modalidad típica del delito de malversación, relativa al consentir que otro se apropie de los bienes objeto de este ilícito, la que constituye una variante omisiva en virtud de la cual el agente activo quebranta el deber de impedir la lesión patrimonial que le viene impuesta por razón del cargo que ocupa; y en el orden subjetivo igualmente esta forma de comisión debe estar animada por un dolo directo, en tanto el comisor actúa con el claro propósito de lograr que un tercero se apropie de tales bienes, quedando satisfecho en estos casos el ánimo de lucro con la mera existencia de un beneficio para aquel sin que necesariamente ello suponga algún tipo de retribución económica para el infractor. De manera que en este asunto, en el que la sancionada, administradora de una unidad de correos, al incumplir con sus funciones, propició que personas no identificadas, tomaran determinada cantidad de dinero en efectivo, no incurre en el delito de malversación aplicado con equivocado criterio, por cuanto no resulta de los hechos que diera aquella su consentimiento para que otros se apropiaran del señalado efectivo, lo que ocurrió por causas ajenas a su voluntad, aunque los actos de incumplimiento de algunas normas establecidas para las operaciones en los ventanillos a sus subordinados, y los de omitir los mecanismos de control correspondientes, los haya realizado de forma consciente, pues ello nos indica tan solo, una conducta negligente de su parte, que dio lugar a que otros se apropiaran de los bienes que administraba, lo que integra un delito de incumplimiento del deber de

⁷ La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: María Caridad Bertot Yero (ponente), Eldis Bailly Rodríguez, Gladys Cabrera Bermúdez, Tania del Rosario Felipe Díaz y Blanca Nieves González Bandón.

preservar los bienes en entidades económicas, que contempla el Artículo 222 de la norma sustantiva antes citada.”

Parece inscribe asimismo en esta línea la Sentencia No. 242, de 18 de marzo de 2014, dictada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular⁸, que en punto a la variante omisiva del delito de malversación considera que:

- “este consentir contiene la voluntad manifiesta del sujeto especial que a sabiendas deja de realizar algunos de los deberes que le vienen impuestos por su función para así asentar la apropiación de un tercero. Indiscutiblemente la malversación es un delito doloso o intencional lo que significa que no ocurre por imprudencia”.

- La posición contraria, gestada en los últimos tiempos y asumida por la comentada resolución, ya se avizoraba con la Sentencia No. 242, de 27 de febrero de 2013, dictada por la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado del Tribunal Supremo Popular⁹, que en lo atinente razonó:

- “Que no lleva razón la representación letrada de la recurrente AMRH, porque no estaba ajena, existía el conocimiento de lo que estaba ocurriendo con el dinero que a través del uso injustificado de las tarjetas magnéticas realizaban algunos choferes, lo que no hizo saber a la dirección de la entidad, y más bien buscó una salida que no era la apropiada, ni se correspondía con la postura que debía asumir como jefa del Departamento Económico de la Unidad Empresarial de Base, lo que implica un delito de comisión por omisión u omisión impropia, en el que el resultado de la sustracción por parte de otros se atribuye al funcionario que omite su deber de evitarlo, pues lo notable es la omisión del deber, y al dejar de hacer la acusada lo que venía obligada, propició que se consumara la defraudación (...) y es por ello que comete el delito de malversación que le fuera imputado y no el de incumplimiento del deber de preservar bienes de entidades económicas (...). Está bien definido que el consentimiento presupone el conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro, siendo

⁸ La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: Marily Rafaela Fuentes Águila (ponente), Plácido Batista Veranes, María Esperanza Milanés Torres, Carlos Cárdenas Rebollo e Inocencio Columbié Téllez.

⁹ La Sala estuvo integrada por los siguientes jueces: María Esperanza Milanés Torres (ponente), Plácido Batista Veranes, Marily Ramona Fuentes Águila, y los jueces legos.

irrelevante que haya media-do concierto entre aquel y el autor material de la sustracción, pues no se exigen ni actos positivos de favorecimiento, ni connivencia con los sustractores, el patrimonio público sufre la misma merma, y el servicio público que debería prestarse, defraudándose, también, aquella confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos públicos por las personas encargadas. Es la posición de garante la que permite que pueda imputarse el resultado a una conducta omisiva, pues en ello radica la esencia de la comisión por omisión”.

Esta nueva orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo parece estar influyendo en el escenario académico patrio, pues en oposición al criterio doctrinal hasta ahora dominante se pronuncia recientemente la profesora Martínez Remigio, quien desde una perspectiva excesivamente amplia e inexacta –según entendemos– conceptúa a la malversación como “...una sustracción o apropiación, donde el que por razón del cargo que desempeña (la administración, cuidado o disponibilidad del bienes de propiedad X) se apropia de estos, consienta que otro se apropie, por descuido o negligencia, o por violar las normas de control establecidas, origine la sustracción de esos bienes”¹⁰.

Tal estado de cosas exige un análisis sobre aspectos dogmáticos básicos que permitan clarificar el sentido de la controvertida variante omisiva, el alcance del tipo subjetivo en esta modalidad típica y su deslinde con la conducta incriminada en el Artículo 222 del CP; todo cuanto permitirá llegar a conclusiones sobre cuál ha de ser la postura interpretativa correcta.

2. La expresión “consienta que otro se apropie” y la dogmática del dolo eventual

Tres aspectos parecen esenciales para guiar el análisis sobre la compatibilidad entre la modalidad típica consistente en el «consentir que otro se apropie» y el dolo eventual como forma de imputación subjetiva; estos son: la naturaleza jurídica de esta variante conductual, el concepto mismo del dolo eventual y el alcance de los vínculos entre el sujeto especial que omite y el tercero que materializa la acción de apropiación.

¹⁰ Zarezka Martínez, Remigio: “Metodología de la Investigación Criminalística”, en Colectivo de Autores; Criminalística, Editorial Universitaria Félix Varela, La Habana, 2015, p. 137.

2.1. Naturaleza jurídica de la modalidad

Sobre la naturaleza jurídica de la analizada variante omisiva las discusiones académicas se polarizan, y mientras la opinión mayoritaria defiende que esta constituye un supuesto de comisión por omisión¹¹, otro sector entiende que se trata de una modalidad de participación omisiva del sujeto especial en la conducta del tercero.¹²

La doctrina y la jurisprudencia cubana¹³ se han decantado por asumir la postura teórica que interpreta esta variante típica de la malversación como un supuesto de comisión por omisión en el que el sujeto especial responsabilizado con los bienes infringe el deber de garante originado en el cargo que aquel desempeña; posición acertada si se toma en cuenta que no se trata de una mera participación en la conducta del tercero sustractor, sino de un comportamiento omisivo del intraneus que causa una lesión al bien jurídico a cuya salvaguarda estaba obligado aquel en virtud de sus funciones. Tal situación configura un delito de infracción de deber en el que la omisión es valorativamente equivalente a la conducta activa de apoderamiento, de modo que es este y no otro el fundamento de la identidad punitiva entre ambas modalidades típicas.

¹¹ Cfr., por todos, Luis Roca Agapito: *El delito de malversación de caudales públicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, pp. 178-180; y Abraham Castro Moreno: *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 222-225.

¹² Sostiene esta opinión en la doctrina española, Muñoz Cuesta, quien entiende que: “La autoridad o funcionario que consiente está realizando labores de cooperación necesaria por omisión, en la apropiación de los caudales que hace el tercero, participación que el legislador eleva a la categoría de autoría directa”. Javier Muñoz Cuesta: “El delito de malversación”, en *Revista Jurídica La Ley*, No. 4146, 1996, p. 1572; y en igual sentido se pronuncia De la Mata Barranco cuando afirma que “hay delitos que elevan a la categoría de autor determinados comportamientos que no son sino participaciones en hechos ajenos, como es el caso de la malversación del art. 432 CP”. Norberto J. De la Mata Barranco: “La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría v cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados”, en Asúa Batarrita, Adela (Ed.): *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 112.

¹³ De esta opinión en la doctrina nacional, por todos, Mayda Goite Pierre: *Los delitos contra los derechos patrimoniales...cit.*, p. 65, y Pérez Duharte, Arlín; “La conducta penalmente relevante, la variante omisiva y las formas de autoría en el ordenamiento jurídico penal cubano”, en Arnel Medina Cuenca, (Coord.): *Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI –Memorias del IX Encuentro Internacional: “Escuela de verano de La Habana 2013 sobre Temas penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa”*-, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014, p. 145 (pp. 115-156). Así se reconoce igualmente en la Sentencia No. 65, de 14 de noviembre de 2013, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular.

2.2. El dolo eventual

Según la definición más clásica, el dolo –como forma de imputación subjetiva– significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.

En cuanto a las distintas clases de dolo, y en lo que interesa en este trabajo, la doctrina penal tradicional ha distinguido entre el dolo directo, que existe cuando de manera consciente y querida la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen (dolo directo de segundo grado); y el dolo eventual, en el que, desde una postura ecléctica –conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento– se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción que implique un peligro serio e inmediato de producción de un resultado lesivo para el bien jurídico y, pese a ello, decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca, conformándose con él.¹⁴

No parece necesario, en este punto, expedirse con demasiada amplitud sobre el amplio e inacabado debate vinculado a las limitaciones y debilidades de las teorías que fundamentan el dolo eventual; y sí confrontar esta noción dogmática con los argumentos expuestos en la sentencia in comento, y asimismo con el tipo penal calificado.¹⁵

De la argumentación jurídica se comprende que la Sala hizo suya una interpretación del dolo eventual a partir de la indiferencia del sujeto respecto a que se produzcan o no las consecuencias dañosas; posición que toma como base la teoría de la indiferencia, desarrollada por Engisch, que resulta ser una versión más estricta de la teoría de la aprobación y según la cual hay dolo eventual “cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”.¹⁶

¹⁴ Cfr. Rosario De Vicente Martínez: *Vademécum de Derecho penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 115.

¹⁵ Un estudio detallado sobre las líneas básicas de estas teorías puede encontrarse en Juan Carlos Hortal Ibarra: “El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LVII, Fascículo I, 2004, pp. 509-558

¹⁶ Citado por Claus Roxin: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I –Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito–, Traducción y notas de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y

Tal noción de dolo eventual (actuación animada por la indiferencia del resultado), ya desde la perspectiva semántica resulta a todas luces incompatible con la realidad y el significado del verbo «consentir». Y es que la realidad y la carga significativa del «consentir hacer algo» no se compadece con el perfil de un sujeto al que le resulta indiferente un resultado; sino, precisamente, a un sujeto que quiere las consecuencias de modo expreso y deliberado.

Así, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en su vigesimotercera edición, publicada en octubre de 2014, se refiere al verbo «consentir» como: “Permitir algo o condescender en que se haga”, mientras que el verbo «permitir» no ofrece dudas: “Dicho de quien tiene autoridad competente: Dar su consentimiento para que otros hagan o dejen de hacer algo.” Asimismo «condescender» se explica como “Acomodarse por bondad al gusto y voluntad de alguien”.¹⁷

De ninguna de estas acepciones léxicas puede colegirse que «consentir» pueda equipararse a “no querer que se haga algo” (elemento volitivo), o que ese algo no se conozca (elemento intelectual); o que se refiera a una situación donde no se pueda constatar un relación directa o coincidencia entre voluntades (la voluntad de hacer de un tercero y la voluntad de permitir). La expresión tiene su sentido completo si el permitir o el consentir se entiende como un proceso voluntario e intelectivo de aceptación de lo que se conoce y quiere mediante actos comisivos u omisivos. Consentir implica, por tanto, un estado donde el sujeto conviene en aceptar los actos de otra persona, esto es, se refiere a un proceso volitivo e intelectivo de aceptar y querer un estado cierto, actual, conocido y querido de modo directo.

La incompatibilidad entre el dolo eventual y la variante típica del delito de malversación relativa al «consentir que otro se apropie» viene dada a partir de la propia construcción jurídica del dolo eventual en el CP, que

García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 432. Resulta interesante la crítica que este autor le formula a dicha teoría, cuando entiende que “hay que darle la razón a esta doctrina en cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. Pero no es acertada en su apreciación inversa de que la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo”.

¹⁷ Consultado en <http://dle.rae.es/?id=AP8cuhQ>, (28 de diciembre de 2015, 8:00 am).

equipara –según finalidades de política criminal– un “no querer” a un “querer” del sujeto a partir de su previsión, o de la mayor o menor probabilidad de la producción del resultado lesivo; y tal noción resulta incompatible con el significado de la comentada modalidad conductual que prevé el delito de malversación.

En ningún caso, por tanto, podrá valorarse que concurre el consentimiento a la apropiación de un tercero si el intraneus se representa como posible el apoderamiento de bienes, pero no lo quiere; de todo cuanto se desentiende infelizmente el Tribunal Supremo en la sentencia ahora comentada.

2.3. Alcance de los vínculos entre el sujeto omitente y el tercero. El ánimo de lucro como aspecto clave

En el entendido que esta modalidad típica requiere la intervención de una tercera persona que es quien realiza materialmente la conducta apropiatoria, uno de los aspectos que deviene relevante en razón de su trascendencia a la delimitación del consentimiento prestado –y con ello a la comprensión del tipo subjetivo de este ilícito– es, precisamente, la relación que debe unir a este con el sujeto especial omitente.

Al respecto, aunque algún autor en la doctrina española admitió la integración de esta modalidad típica en los casos donde el funcionario que conoce de la sustracción de un tercero calla sin hacer absolutamente nada para evitarlo,¹⁸ debe resaltarse que se trata de una opinión bastante radical y condicionada en todo caso por la realidad normativa española –en la que no existe ninguna figura penal análoga al delito que prevé el Artículo 222 del CP cubano–, por lo que no parece que pueda asumirse en nuestro Derecho positivo.

Otro grupo de autores han defendido que lo relevante a efectos de la aplicación de esta modalidad omisiva sería “la dejación finalística del deber de custodia”; y en mérito a ello entienden que la connivencia entre

¹⁸ Cfr. Rodrigo F. Suárez Montes: “El delito de malversación de caudales públicos”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LII, Editorial Reus, Madrid, 1966, p. 847.

ambos sujetos (intraneus y tercero) resulta esencial por cuanto es bajo este designio subjetivo común que cobra vida el ánimo de lucro exigido por ambas variantes típicas, tanto comisiva como omisiva.¹⁹ Según este sector doctrinal el «consentir» exige entre el omitente y el tercero un vínculo de solidaridad tal que ha de abarcar, como parte del plan delictivo,²⁰ que aquel incumplirá lo establecido como vía para garantizar que estos logre la apropiación; porque únicamente así podría sostenerse la presencia del ánimo de lucro en la conducta del sujeto especial que consiente, entendido este elemento tendencial como la finalidad del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico.²¹

Desde la vigencia del Código de Defensa Social ya se pronunciaba en este sentido Tejera y García al comentar el Artículo 420 de aquel cuerpo punitivo. Luego de dejar sentado su desconocimiento sobre el dictado de alguna sentencia, tanto en Cuba como en España, referida al raro supuesto en que un malversador consintiere que otro sustrajere los bienes puestos a su custodia, subrayó este autor que “...si un individuo permite que otro

¹⁹ De esta opinión, Javier Muñoz Cuesta: El delito de malversación...cit., p. 1572). Le sigue CASTRO MORENO, quien entiende que “para que la conducta omisiva del funcionario sea punible como malversación, este ha de omitir con ánimo de lucro y, difícilmente, por no decir que es prácticamente imposible, dicho sujeto obrara con tal ánimo si no ha existido concierto o connivencia en relación a la conducta material del tercero sustractor”. Abraham Castro Moreno: La malversación...cit., p. 229.

²⁰ De esta opinión, en la doctrina cubana, Goite Pierre, quien entiende que debe mediar un acuerdo entre el sujeto omitente y el tercero. Vid Mayda Goite Pierre: Los delitos contra los derechos patrimoniales...cit., p. 65.

²¹ Este concepto económico objetivo del ánimo de lucro en el delito de malversación es el defendido por la doctrina mayoritaria. Cfr., por todos, Miguel Bajo Fernández: “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXVIII, Fascículo III, 1975, p. 369. De esta misma opinión, identificando ánimo de apropiación y ánimo de lucro, José M. Zugaldía Espinar: Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso, Ediciones Akal S.A., Madrid, 1988, pp. 45-46. En el contexto cubano tal concepción armoniza con la imagen que se tiene de la malversación como figura delictiva con la que se hace frente a la corrupción –entendida como fenómeno que supone la utilización de facultades públicas en interés privado, distinto del general al que toda actuación pública debe encaminarse–, y por ende, del malversador como corrupto; pues el ánimo de lucro es un componente importante de la conducta corrupta que implica la malversación. Ello se infiere claramente del pronunciamiento contenido en la Sentencia No. 2900, de 4 de agosto de 2011, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, en la que se sostuvo que “... el delito de malversación puede considerarse pluriofensivo pues no solo ataca el patrimonio sino que también se quebranta la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado, la lealtad y la confianza depositada en los funcionarios y con ello el normal desenvolvimiento de la administración, nos encontramos ante un clásico delito de corrupción”.

sustraiga los fondos puestos a su cargo, es porque se ha puesto de acuerdo con él, y ambos están, entonces, unidos por el acuerdo que iguala sus dolos (...).²²

Si bien esta parece ser la regla general o nota común a la mayoría de los casos que se presentan en la práctica, no puede perderse de vista que la apreciación de una conducta intencional por parte del sujeto cualificado –animada por dolo directo de primer grado– no dependerá únicamente de que se constate la presencia de un plan delictivo común entre ambos sujetos; pues como señala con acierto Roca Agapito la actitud anímica del intraneus (*animus lucri faciendi*, propio o ajeno) y la del tercero pueden fluir por separado, en coincidencia operativa, sin necesidad de que sea fruto de un acuerdo previo.²³

Last but not least, ha de retomarse el ánimo de lucro que, cual elemento subjetivo del injusto, aparece ínsito al delito de malversación, para recordar que esta figura –en razón de la aludida tendencia finalística– califica dentro de los delitos de tendencia, cuya principal característica es precisamente la de armonizar solo con el dolo directo y excluir por ende el dolo eventual.²⁴

3. Hacia una adecuada delimitación de las fronteras entre la modalidad omisiva del delito de malversación y el tipo del Artículo 222 del CP. Tractus histórico-legislativo

Un repaso por los antecedentes legislativos del actual delito de malversación permite concluir que las modalidades dolosas de la conducta típica no han sufrido modificaciones sustanciales en los distintos cuerpos punitivos que han regido el Derecho penal cubano.

²² Diego V. Tejera y García: Comentario al Código de Defensa Social...cit., p. 395.

²³ Luis Roca Agapito: El delito de malversación...cit.; p. 176.

²⁴ Este grupo de delitos, también denominados como de tendencia interna intensificada, se vinculan al criterio de clasificación que toma en cuenta la finalidad o la presencia de elementos subjetivos del injusto. En ellos el agente no busca ningún resultado o acción más allá de lo previsto por el tipo, sino que realiza la conducta animado por un especial sentido subjetivo, una especial finalidad. Vid. Santiago Mir Puig: Derecho Penal. Parte General, 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 237.

El Código Penal español de 1870, bajo el título de imputación previsto en el Artículo 401, incriminó la conducta del «empleado público que por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustrajeran...»; y en términos prácticamente idénticos se tipificó esta infracción en el Artículo 420-A del Código de Defensa Social: «el funcionario público que teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustrajeran...».

El Código Penal de 1979, si bien supuso una modificación de aspectos esenciales de este ilícito por imperio de las nuevas condiciones económicas y políticas que trazaba la Constitución de la República de 1976, tampoco varió significativamente el comportamiento típico aunque es dable destacar el acierto técnico del legislador al sustituir el verbo «sustraer» por el de «apropiarse». La conducta infractora quedó definida en el Artículo 396.1 –figura básica–, en cuya virtud se sancionaba a: «El que, teniendo por razón del cargo que desempeñe, la administración, cuidado o disponibilidad de bienes de propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o bienes de propiedad personal al cuidado de una entidad económica estatal, se apropie de ellos o consienta que otro se apropie...», que es, básicamente, la misa que se incrimina bajo el actual Artículo 336.1.

Sin embargo, otro ha sido el destino de la tradicional modalidad culposa de la malversación –tradicionalmente presente en el escenario legislativo desde la vigencia del Código Penal español de 1870–, calificada por Quirós Pírez como una “figura bastante irregular, por la cual se sancionaba el acto imprudente del sujeto del delito en cuanto con él se hubiera dado lugar a un acto doloso del tercero extraño”.²⁵

La malversación imprudente fue suprimida en el Código Penal de 1987. Sobre las causas motivadoras de esta decisión legislativa apunta Quirós Pírez que la práctica judicial no siempre exigió la identificación de ese tercero, pese

²⁵ Renén Quirós Pírez: “Las modificaciones del Código Penal”, en Revista Cubana de Derecho, No.33, Año XVII, abril-junio, 1988, p. 24.

a que estos había cometido también, presumiblemente, un delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas; y ello repercutía en aspectos medulares, porque si por ejemplo, no existía acto doloso de un tercero desaparecía la figura imprudente del funcionario o empleado, además de que la acción dolosa de ese tercero debía guardar una estrecha relación causal con la negligencia del funcionario o empleado (estos debía haber dado la ocasión, de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito).

En razón de la comentada modificación legislativa se advirtieron, no obstante, las consecuencias socialmente intolerables y perjudiciales que podría ocasionar en la economía quien, a consecuencia de incumplir las medidas a que está obligado por razón del cargo, ocupación u oficio que desempeña en una entidad económica estatal para «impedir» que se «sustraigan» recursos financieros, ocasione un perjuicio de valor superior a la cuantía dispuesta en cada caso por la legislación sobre la responsabilidad material, por lo que tal comportamiento fue adicionado a la redacción del entonces delito de incumplimiento del deber en preservar los bienes de unidades económicas estatales.²⁶

De este tractus normativo se comprende cómo las conductas que anteriormente se estimaban constitutivas del delito de malversación imprudente han sido reconducidas al actual delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas –previsto en el Artículo 222.1 del vigente CP–, que incrimina una constelación de conductas bastante heterogéneas, tanto en lo que tiene que ver con las modalidades conductuales como en el aspecto subjetivo.

El tipo subjetivo de este ilícito se caracteriza por su amplitud, de modo que el incumplimiento puede estar determinado tanto por una actitud

²⁶ Apud. Renén Quirós Pérez: Las modificaciones del Código Penal...cit., p. 24. El Artículo 266 del Código Penal de 1979 incriminaba el delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de unidades económicas estatales: «El que deje de cumplir las medidas a que está obligado por razón del cargo, ocupación u oficio que desempeña en una entidad económica estatal, para impedir que se deterioren, corrompan, alteren o inutilicen materias primas, productos elaborados, frutos o cualquier otra sustancia útil, incurre en sanción de privación de libertad de tres a nueve meses o multa hasta doscientas setenta cuotas o ambas».

imprudente (consciente o inconsciente), como por el dolo eventual.²⁷

En el primer caso el sujeto puede estar consciente de que incumple las medidas a que está obligado por razón de cargo, y no querer el resultado (imprudencia); o no estar consciente de que las incumple, pese a que debe conocer su incumplimiento (negligencia).

Se estará frente a un caso de dolo eventual cuando, a sabiendas de su incumplimiento y de los riesgos que ello genera de cara a la producción de algunos de los resultados típicos (entre los que se encuentra la sustracción por parte de un tercero), al agente le resulta indiferente que esto se produzca. Piénsese, por ejemplo, en aquel sujeto cualificado que de forma consciente incumple normas administrativas, de control interno, orientadas a evitar sustracciones por parte de terceros, a sabiendas, por su experiencia personal, que ese resultado puede acontecer o está aconteciendo, lo cual le resulta indiferente (dolo eventual).

Tal concepción parece haber sido tomada en cuenta por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular al momento de elaborar el Dictamen No. 331, de 29 de julio de 1992, en el que se declara que el delito previsto en el Artículo 222 se comete “esencialmente por imprudencia”; con lo cual no se limita en términos absoluto el contenido del tipo subjetivo de este ilícito y, con ello, deja abierta la posibilidad de apreciar otras formas de imputación subjetiva.

²⁷ Su entendimiento como delito doloso ha sido defendido en la doctrina cubana por Ugidos Rivero y De la Cruz Ochoa. El primero de estos autores hace recaer el carácter doloso en “la intención por la voluntaria inactividad y por el conocimiento del perjuicio que de la mis-ma podía derivarse” (Mario Ugidos Rivero: “El proyecto de ley sobre delitos contra la economía nacional y popular”, en Revista Cubana de Derecho, No. 2, Año 1, 1972, p. 43); mientras que el profesor De la Cruz sostiene que “se trata de un delito intencional porque si bien el acusado no quiere el resultado, que provoca con su accidente, sí está consciente de que falta a su deber de cuidado y le es indiferente el resultado que con su actuar puede provocar” (Ramón De la Cruz Ochoa: “Delitos contra la economía nacional”, en Mayda Goite Pierre, (Dir.): Una visión desde la dogmática a figuras del Código penal cubano, Universidad de La Habana, 2001, p. 87). Asimismo se encuentra algún pronunciamiento del máximo órgano judicial decantándose por este criterio, como el contenido en la Sentencia No. 5524, de 8 de agosto de 1996, en la que se razonó que “el delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas no puede calificarse como un simple delito por imprudencia; porque si bien el acusado no quiere el resultado que provoca con su actuar si está consciente que falta a su deber de cuidado y le es indiferente el resultado que con su proceder provoca, por ello se inscribe dentro del marco de los delitos intencionales”. En sentido contrario, Pérez Duharte, quien defiende exclusivamente el carácter culposo de esta figura. Vid. Arlín Pérez Duharte: La conducta penalmente relevante...cit., pp. 143-144.

Por lo tanto, una interpretación coherente y armónica sobre el alcance del componente subjetivo propio de las figuras previstas en los Artículo 336.1 y 222 del CP conduce a concluir que la existencia del tipo penal previsto en el Artículo 222 –de tan amplio espectro en el orden subjetivo– contribuye a justificar, desde una perspectiva reforzada, que el delito de malversación solo es compatible con el dolo directo; de modo que la estela de conductas asociadas a sustracciones de terceros indeterminados favorecidas por el incumplimiento –sea voluntario o involuntario– de normas de control por parte del sujeto especial, serán reconducibles al delito de incumplimiento del deber de preservar los bienes de entidades económicas, cuyo tipo subjetivo admite tanto el dolo eventual como la imprudencia.

4. Valoración final de la sentencia

La sentencia, en lo concerniente al objeto del comentario, se adscribe a la postura que irrumpe en el escenario jurisdiccional cubano en franca oposición a la tradicionalmente sostenida por el Tribunal Supremo, que apostó siempre por entender al dolo directo como exclusivo ingrediente subjetivo del delito de malversación, tanto su modalidad activa como en la omisiva.

Asumir que el delito de malversación puede estar animado por el dolo eventual implica desconocer la naturaleza jurídica que le ha reservado el legislador cubano, pues no hay que olvidar que, más allá de su reconocida pluriofensividad, tal especie constituye una defraudación en la que el ánimo de lucro –que también se infiere del verbo rector empleado en el esquema típico– constituye un elemento subjetivo del injusto; todo cuanto obliga a concluir que, en el Derecho positivo cubano, el comentado ilícito califica como un delito de tendencia, incompatible con el dolo eventual.²⁸

El desacierto técnico de esta posición –según los argumentos aquí ofrecidos– está determinado por asumir una interpretación descoordinada y

²⁸ Sobre el entendimiento del ánimo de lucro como elemento ínsito a las defraudaciones, cfr. Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez García; *Lecciones de Derecho Penal Chileno...cit.*, p. 298. Asimismo, en la doctrina española, Francisco Muñoz Conde; *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 945.

asistemática, que conduce a una borrosa delimitación de las fronteras entre los delitos de malversación e incumplimiento del deber de preservar bienes en entidades económicas, y provoca una inexacta y peligrosa amplitud del ámbito típico del Artículo 336.1 del CP.

Solo queda esperar que el Alto Foro reconsidere esta postura técnica y la rectifique en sucesivos pronunciamientos, en aras de subsanar la lesión que aquella provoca al sentido de justicia.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

Arranz Castellero, Vicente J.: “Vigencia e influencia del Derecho Penal español en el derecho penal cubano”, en Matilla Correa, Andry (Coord.); Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2009.

Bajo Fernández, Miguel: “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXVIII, Fascículo III, 1975.

Betancourt, Ángel C.: Código Penal –con notas aclaratorias y concordancias con otros cuerpos legales vigentes–, Imprenta y papelería de Rambla, La Habana, 1913.

Castro Moreno, Abraham: La malversación de caudales en el Código penal de 1995, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

De la Cruz Ochoa, Ramón: “Delitos contra la economía nacional”, en Goite Pierre, Mayda (Dir.); Una visión desde la dogmática a figuras del Código penal cubano, Universidad de La Habana, 2001.

De la Mata Barranco, Norberto J.: “La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría v cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados”, en Asúa Batarrita, Adela

(Ed.); Delitos contra la Administración pública, Instituto Vasco de Administración Publica, Bilbao, 1997.

De Vicente Martínez, Rosario: Vademécum de Derecho penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Hortal Ibarra, Juan Carlos: “El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo LVII, Fascículo I, 2004, pp. 509-558.

Pérez Duharte, Arlín: “La conducta penalmente relevante, la variante omisiva y las formas de autoría en el ordenamiento jurídico penal cubano”, en Medina Cuenca, Arnel (Coord.), Expansionismo, nuevas formas de criminalidad y proceso penal en los inicios del siglo XXI –Memorias del IX Encuentro Internacional: “Escuela de verano de La Habana 2013 sobre Temas penales Contemporáneos y X Congreso Internacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa”–, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2014.

Politoff Lifschitz, Sergio; Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez García: Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Quirós Pérez, Renén: “Las modificaciones del Código Penal”, en Revista Cubana de Derecho, No.33, Año XVII, abril-junio, 1988.

Tejera y García, Diego V.: Comentario al Código de Defensa Social, tomo VI, Jesús Montero Editor, La Habana, 1948.

Goite Pierre, Mayda: “Los delitos contra los derechos patrimoniales”, en Goite Pierre, Mayda (Dir.); Una visión desde la dogmática a figuras del Código penal cubano, Universidad de La Habana, 2001.

Martínez Remigio, Zarezka: “Metodología de la Investigación Criminalística”, en Colectivo de Autores; Criminalística, Editorial

Universitaria Félix Varela, La Habana, 2015.

Mir Puig, Santiago: Derecho Penal. Parte General, 9ª Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.

Muñoz Cuesta, Javier: “El delito de malversación”, en Revista Jurídica La Ley, No. 4146, 1996.

Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial, 19ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Roca Agapito, Luis: El delito de malversación de caudales públicos, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General, Tomo I –Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito–, Traducción y notas de: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Suárez Montes, Rodrigo F.: “El delito de malversación de caudales públicos”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LII, Editorial Reus, Madrid, 1966.

Ugidos Rivero, Mario: “El proyecto de ley sobre delitos contra la economía nacional y popular”, Revista Cubana de Derecho, No. 2, Año 1, 1972.

Vega Vega, Juan: Los delitos, Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1976.

Fuentes legales nacionales

Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987, Código Penal, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, La Habana, 30 de diciembre de 1987.

Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, Modificativo del Código Penal, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, La Habana, 26 de junio de 1997.

Dictamen No. 331, adoptado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en virtud del Acuerdo No. 31 de 29 de julio de 1992.

Fuentes legales extranjeras

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal español, en Boletín Oficial del Estado núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en Boletín Oficial del Estado núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Sociología e investigación social

El método comparativo; útil herramienta en el desarrollo de las investigaciones sociológicas jurídicas

The Comparative method; useful tool in the development of the sociological juridical investigation

Mercedes de Armas Alonso

Daile Simón Romero

Silvia Esther García Méndez

Resumen

Las reflexiones de corte teórico y metodológico evidencian que la utilización del método comparativo facilita una mejor aplicación práctica del Derecho, busca servir de base para su progresivo ascenso, el mejor conocimiento del derecho nacional y de otros ordenamientos jurídicos, así como la formación de un lenguaje jurídico internacional.

Para estas consideraciones se utilizan resultados de una investigación realizada en el Centro de Investigaciones Jurídicas, MINJUS relacionada con las contradicciones y desafíos de la investigación jurídica en Cuba. Este estudio científico tuvo como unidades muestrales: documentos (análisis de 55 tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas) y personas (43 estudiantes de Derecho y 113 profesionales del sector).

En este trabajo se exponen concepciones sobre los métodos empleados en las investigaciones sociales, particularmente en lo referido al de “Derecho comparado” y se ofrecen pautas flexibles para llevar a feliz término un estudio de estas características.

Palabras clave

Metodología, método comparativo, presupuestos epistemológicos de la comparación, presupuestos teóricos

Abstract

Reflections that has to do with theory and methodology demonstrate that the use of the comparative method facilitates a better practical application of Law; it tries to be useful for its progressive ascendancy, for getting more knowledge of national law and other juridical regulations; it helps, as well, in an international language formation.

To carry out these analyses, the results of an investigation carried out in the juridical center, are used. This scientific study had as samples documents and people.

Through this paper, the writer expresses ideas concerning the methods used in social investigations, particularly in reference to “Compared Law”; at the same time, he suggests flexible guidelines to develop a research like this one with excellent results.

Key words

Methodology, comparative method, theoretical budget, epistemological budget of comparison, theoretical budget

Introducción

El método comparativo es utilizado prácticamente por todas las ciencias tanto naturales y exactas, como sociales y humanísticas. Es frecuente su empleo por la Sociología, la Antropología, la Economía, la Historia, la Psicología social y de manera particular por la Ciencia Política, una de cuyas ramas más importantes es la política comparada.

Forma parte también de un gran número de investigaciones sociojurídicas y jurídico-normativas, pues resulta usual que un jurista, al decidir emprender

una investigación de carácter científico, se plantee su uso haciéndolo constar frecuentemente como “método de Derecho comparado”.

Mucho se ha escrito sobre este método, tanto desde el punto de vista teórico, como metodológico, por ello es de interés para las autoras aproximarse a ambas aristas y en especial ofrecer al lector pautas que no sean rígidas ni dogmáticas, para llevar a feliz término un estudio de estas características.

Antes de adentrarse en la teoría y otras particularidades del método, se ha considerado prudente esbozar ideas relacionadas con el concepto de comparación, del cual pueden derivarse varios significados.¹

A los efectos de estas reflexiones, dos de estas acepciones resultan de interés;

a) Actividad mental lógica, presente en incontables circunstancias, consistente en observar semejanzas y diferencias entre dos o más objetos.

b) Procedimiento sistemático y ordenado para examinar relaciones, semejanzas y diferencias entre dos o más objetos o fenómenos, con la intención de extraer determinadas conclusiones.²

En Ciencias Sociales es común el manejo de dos definiciones en la utilización práctica de la comparación.

La primera de ellas, conocida como análisis comparativo en sentido implícito, estima que sería redundante hablar de ciencia social comparativa pues este acto le es distintivo e innato a toda actividad científico-social.

En sentido explícito, por su parte, es la comparación que necesita de método o métodos propios, los de la ciencia social comparativa, que se diferenciaría de la ciencia social no comparativa en su orientación y sus procedimientos.³

¹ A los efectos de este artículo se utilizarán indistintamente como sinónimos los términos de comparación y análisis comparativo, aun cuando no siempre se enfoque de este modo en la literatura sobre el tema.

² El término comparación es sinónimo de método comparativo cuando se está en presencia del segundo de estos significados.

³ César Colino: Método comparativo, Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es>, Consultado el 7/10/2014.

Desde tiempos remotos, filósofos de renombre mundial, así como destacados representantes de otras ciencias tales como Aristóteles, Montesquieu, Tocqueville, Marx, Comte, Spencer y Weber observaron y recopilaron información sobre sociedades ajenas a las suyas y la utilizaron para desarrollar sus teorías. Por ejemplo, el libro *De la démocratie en Amérique*, de Tocqueville, puede ser considerado sin lugar a equívocos, una publicación de carácter comparativo.

Sin embargo, no siempre que se esté efectuando el análisis comparativo de sociedades diversas, regímenes de gobierno, ordenamientos jurídicos, culturas o formas de producción, se está en presencia de la utilización del método comparativo de investigación social.

De hecho, no todo estudio científico que utilice datos provenientes de más de un país debe declararlo entre los empleados, sin embargo, no pocas veces se manifiesta un falso comparativismo al exponerse de forma descriptiva referencias de países diferentes al del investigador, lo que sin lugar a dudas resulta de interés, pero no suficiente para enunciar su empleo.

Son múltiples las tipologías de análisis comparativo descritas en la literatura. Entre las más mencionadas se encuentran las delimitadas según:

1. El número de casos y de información utilizada; variables que se encuentran en una relación inversamente proporcional. Atendiendo a lo anterior pueden al menos ser citados tres tipos de estudios:

- De un solo caso con amplia información.
- De un número reducido de casos con un grado medio de información.
- De muchos casos con escasa información.

2. Los sistemas o unidades macrosociales y los fines teóricos de la investigación.⁴ Por ejemplo, uno de estos sistemas pueden ser países, entendidos como:

- Objetos de la comparación, aspirando a obtener un conocimiento pormenorizado acerca de cada uno de los países seleccionados.
- Contextos de la investigación, con vistas a comprobar generalidades en las relaciones y regularidades entre variables sociales.
- Unidades de análisis al definir categorías aplicables a los países seleccionados y proceder a efectuar la comparación.⁵

3. Las posibilidades de comparación atribuida a los casos y su especificidad respecto a los demás. Elder ha distinguido estudios que se centran en:

- Particularidades de un país y su contraste con las de otros países.
- Subconjuntos de países y la limitada comparabilidad de estos, lo que constituye el fundamento de las llamadas áreas de estudio.
- Similitudes entre países y la comparabilidad total entre ellos; se intentan descubrir leyes universales con independencia de estimaciones en cuanto a espacio y tiempo.⁶

4. La explicación de las semejanzas o diferencias en contextos homogéneos o heterogéneos.

Entre los tipos más conocidos se encuentran:

- El “diseño de los sistemas más semejantes” (most similar systems): Se trata de la búsqueda de las diferencias entre casos en contextos homogéneos.⁷
- El “diseño de los sistemas más diversos” (most different systems):

⁴ Kohn, M. L. “Cross-National Research as an Analytic Strategy”, en Kohn, ed. Cross-National Research in Sociology, Newbury Park, Sage, 1989.

⁵ En una tipología muy parecida a la expuesta, Tilly (1984) denomina a la primera como comparación individualizadora (referida a peculiaridades de un caso y sus contrastes con el resto). A la segunda la subdivide en dos, según el interés manifestado en encontrar pautas generales estudiando todos los casos de un fenómeno o estableciendo pautas y condiciones de variación entre casos diferentes.

⁶ J. W. Elder: “Comparative Cross-National Methodology”, Annual Review of Sociology, 2, 1976, pp. 209-230.

⁷ Przeworski y H. Teune: The Logic of Comparative Social Inquiry, Malabar, Fla, R.E. Krieger Pub., 1970.

Se distingue por la atención a las similitudes en sistemas semejantes o diferentes.⁸

5. Los niveles de análisis e inferencia y el grado de incorporación de los datos o variables observadas, a saber son:

- Nivel individual: las relaciones se observan dentro del sistema, los datos se encuentran desagregados al extremo y son utilizados los individuos y sus atributos como unidades de observación y análisis.
- Nivel sistémico: Se utilizan los signos distintivos de los sistemas como unidades de observación empírica y generalización; los datos se aprecian con mayor grado de organicidad.
- Más de un nivel de análisis.⁹

A partir de las consideraciones expuestas con anterioridad, resulta posible afirmar que el análisis comparativo, entendido en su carácter de método científico, consiste en la utilización sistemática de observaciones extraídas de dos o más entidades macrosociales (países, sociedades, sistemas o instituciones políticas o jurídicas, organizaciones, culturas) o de varios momentos en la historia de una sociedad, para examinar sus semejanzas y diferencias e indagar, entre otros asuntos, sobre las causas por las cuáles se producen determinados fenómenos o comportamientos. Tiene una función heurística, generadora de teorías e hipótesis o de verificación o comprobación de las ya existentes, es decir, se pretenden descubrir semejanzas y diferencias entre procesos o realidades sociales diferentes con vistas a apreciar regularidades necesitadas de explicación mediante la interpretación de la diversidad, el esclarecimiento de la complejidad de relaciones causales y el establecimiento de generalizaciones que llevarán a la generación de teorías o su refutación.

⁸ M. Dogan y D. Pelassuy: *How to Compare Nations: Strategies in Comparative Politics* Catham, Chatham House, 1990.

⁹ Según Przeworski y Teune este es el propio del método comparativo.

Esta definición equivale a lo que diversos autores han dado en llamar “estrategia de casos comparables” (Lijphart, 1975), “ilustración comparativa sistemática” (Smelser, 1976), “método de comparación controlada, estructurada y focalizada” (George, 1979), “demostración paralela de teoría” (Skocpol, 1979), “método lógico” (Bruschi, 1991) o método comparativo (Ragin, 1987; Sartori, 1994).

La aplicación del método comparativo en investigaciones de corte jurídico

No resulta obvio especificar la existencia de nexos rotundos entre los métodos del conocimiento científico, el objeto y la posición teórica asumida por el sujeto en la búsqueda infinita del saber. Es importante tener presente que se está hablando de conocimiento e investigación científica y no de las pesquisas realizadas en el orden profesional por jueces, fiscales o abogados, como parte de su labor cotidiana.

6. Antes de profundizar en los presupuestos prácticos imprescindibles para efectuar un estudio científico de carácter comparativo, deben quedar claros los sustentos lógicos y epistemológicos, entendidos como el adecuado tratamiento conceptual de la realidad sujeta a ser comparada. Lo anterior presupone la formación de conceptos empíricos comparativos y el establecimiento de variables con posibilidades de ser medidas.

Lo primero a tener en cuenta desde lo conceptual es la definición de lo que puede o no ser comparado. Precisamente, Sartori, uno de los más prominentes estudiosos de esta temática, ha propuesto en varios de sus artículos clasificar los fenómenos en categorías mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas, lo cual significa la posibilidad de comparar solo los pertenecientes a una misma clase o tipo y utilizar conceptos empíricos de distinto grado de abstracción. Él hace referencia al uso de una regla práctica consistente en aumentar la denotación o extensión, es

decir el conjunto de fenómenos a los que se aplica, por ejemplo el número de países y en igual medida, limitar su connotación o intensión en el sentido de las propiedades que ha de tener ese fenómeno para ser incluido en una u otra definición.

Asimismo, no pocos atribuyen el nacimiento del método comparativo a la lógica inductiva y a la inductiva enunciativa.

Mill, considerado uno de los precursores de la primera, estima una doble vertiente en el análisis de las leyes de los fenómenos, porque se puede indagar en las causas de un efecto dado o en los efectos o propiedades de una causa dada.¹⁰

Por su parte, Bruschi ha dividido los métodos lógicos usados en la comparación a partir de los basados en los efectos y en las causas.

En cuanto a los efectos, señala la existencia de tres:

a. Método de concordancia: Se denomina argumento directo de concordancia, pues si dos o más casos de un fenómeno dado coinciden solo en una circunstancia, esta debe considerarse su causa o efecto.

b. Método de diferencia: Si en un caso donde se investiga un fenómeno dado están presentes un grupo de circunstancias y en otro caso pueden darse también estas, pero además aparece una circunstancia que es distinta a las que se presentan en el primer caso estudiado, esa particularidad diferente es la causa o parte indispensable de la causa del fenómeno. La lógica inductiva enunciativa lo define como argumento inverso de la concordancia y lo estima como aquel que va a la búsqueda de causas suficientes. Es sin lugar a dudas el más afín con el experimento.

c. Método conjunto de concordancia y diferencia (indirecto de diferencia en el caso de la lógica enunciativa): Se trata de la mixtura de los dos anteriores. Utiliza casos donde el fenómeno tiene lugar para observar la o las condiciones siempre presentes y otros donde no se produce para delimitar

¹⁰ J. S. Mill: A System of Logic, Racionative and Inductive, 1843.

si su ausencia es permanente y en tal situación apreciar lo enunciado en los dos métodos explicados con anterioridad.

En relación con las causas, se necesita contar con dos tipos de argumentos:

a. El argumento de la razón suficiente: Si una condición es suficiente para que un fenómeno se manifieste, siempre que esta sea evidente, el fenómeno estará presente

b. El argumento de la razón necesaria: Si algo es condición necesaria de un fenómeno, su ausencia debe estar acompañada de la del fenómeno.¹¹ Al analizar estos métodos, Mill apreciaba sus bondades, así como sus limitaciones para establecer nexos necesarios entre causas y efectos, sugiriendo valerse, de ser posible, del método de diferencia como experimento habitual.

Otro de los métodos formulados por él es el de la variación concomitante, referido a que si un fenómeno se transforma de algún modo cuando otro también lo hace, este último es la causa o el efecto del primero o está conectado con él por algún hecho de causalidad.

Vale destacar que la mayoría de estos métodos están de una u otra manera en la plataforma de los estudios científicos comparados, aún cuando algunos autores han rechazado los de concordancia y diferencia, por estimar la imposibilidad de aplicarlos debido a las condiciones exigidas.

En la vasta literatura existente sobre el método comparativo se aprecian diversas nociones acerca de su empleo, aunque se particularizará en dos de ellas. En primer término, para autores como Smelser, Lijphart y Sartori se ubica junto al experimental y al estadístico, es decir, como un método de control en las ciencias sociales, pero considerado de menor importancia por tener determinadas limitaciones. Precisamente por esto último recomiendan su utilización solo cuando no hubiese oportunidades de efectuar un diseño de tipo experimental o cuando el número de casos fuese en extremo reducido como para utilizar técnicas de control estadístico.

¹¹ Bruschi, A "Comparazione e controllo logico", *Rivista Italiana di Scienza Politica*, vol. 20, n. 3, dic. 1990, pp. 445-475.

Según Lieberman, una de sus alarmantes insuficiencias radica en la llamada sobre determinación causal producida por el hecho de que para ser eficaz debe tratar de incluir todas las variables causales posibles, pero al hacerlo la probabilidad de llegar a conclusiones veraces disminuye.¹²

En segundo lugar, se hace referencia a su empleo como una de las dos estrategias de investigación de la ciencia social comparativa: la histórico-cualitativa y la cuantitativa o estadística.¹³ Como se conoce, la cualitativa se enfoca fundamentalmente en el estudio de casos y la cuantitativa en las variables.

En tal sentido, en 1979, George A. L. dio cuenta de que los fenómenos de interés raramente tienen una sola causa, no ocurren aislados y un motivo puede tener diferentes efectos dependiendo del contexto. Según este autor, opinión compartida por las autoras, el método comparativo entendido en sentido histórico-cualitativo, es el mejor posible para los fines de la ciencia social, pues incluye explicar e interpretar; se trataría más de identificar la variedad de causales de un fenómeno, que de saber su frecuencia de ocurrencia, o sea el por qué y no el cuánto.¹⁴

Estas consideraciones generales aplicables a cualquier rama del conocimiento científico se ajustan a la del Derecho donde este método de investigación es ampliamente utilizado. Por tanto, es conveniente retomar su concepción como camino teórico-cognoscitivo elegido para alcanzar un propósito, manera de aproximación al conocimiento de la realidad que implica elección y aplicación de determinados medios y procedimientos, modo ordenado de proceder en la construcción del conocimiento, lo cual implica el manejo de un sistema de principios y normas de razonamiento destinadas a explicar los problemas objeto de estudio.¹⁵

¹² S. Lieberman: "Small N's and Big Conclusions: An Examination of the Reasoning in Comparative Studies Based on a Small Number of Cases", *Social Forces*, 70 (2), Dec. 1991, p. 317.

¹³ Estas dos tradiciones tendrían su origen en clásicos modernos como Weber y Durkheim respectivamente (vid. Ragin y Zaret, 1983).

¹⁴ A. L. George: "Case Studies and Theory Development: The Method of Structured, Focused Comparison", en Lauren ed. *Diplomacy: New Approaches in History, Theory and Policy*, Nueva York, Free Press, 1979, pp. 43-68.

¹⁵ María Soledad Sónora, y otros: *Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica en Cuba*. Informe de investigación, CIJ, 2015.

Su utilización facilita una mejor aplicación práctica del Derecho, busca servir de base para su progresivo ascenso, además de otras múltiples finalidades, entre las que pueden destacarse:

Mejor conocimiento del derecho nacional y de otros ordenamientos jurídicos: Permite ampliar los horizontes culturales, comprender el alcance de los problemas jurídicos, destacar las características, aciertos y desaciertos de los ordenamientos jurídicos objetos de comparación, buscar los medios y perfeccionar los métodos para resolverlos y emplear los conocimientos y experiencias de otros sistemas jurídicos para entender el estadio en que se encuentra el Derecho del país en cuestión.

Formación de un lenguaje jurídico internacional: En sí mismo implica comparar el Derecho de un país con el de otros, esto posibilita conocer el lenguaje manejado en las diferentes legislaciones con vistas a ir conformando uno internacional, aplicable a todos o a la mayoría.

Armonizar o cotejar asuntos implícitos en los distintos ordenamientos jurídicos: Se basa en la comparación de las soluciones ofrecidas por los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados (por ejemplo, países latinoamericanos adscritos al bloque regional del ALBA). Su aplicación permitiría establecer normas jurídicas regionales que harían más viable las relaciones.

Señalado lo anterior, es imprescindible pensar en los pasos necesarios para desarrollar un estudio de estas características:

1. Definir los objetos de la comparación

No son comparables textos legales aislados, ni principios y asuntos doctrinarios en abstracto, tampoco elementos históricos, éticos y sociológicos que sirvieron de sustento para el desarrollo en cada país.

Son comparables “...instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que

entre ellos existen y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma”.¹⁶

Este paso puede ejemplificarse con un estudio que se desarrolla actualmente en el Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) acerca del perfeccionamiento del proceso de organización de la actividad notarial en Cuba, para lo que se escogieron cuatro países del sistema latino: España, Argentina, Costa Rica, México, para a través del método comparativo buscar las semejanzas y diferencias y observar regularidades en los procesos de organización cubano y foráneos de la actividad notarial.

2. Esbozar los objetivos de la comparación

El derecho comparado no debe limitarse exclusivamente a criticar los aspectos definidos en cada uno de los sistemas jurídicos seleccionados, ni a su mera descripción, sino que debe tener como propósitos lograr un mejor Derecho, mayor dominio de los materiales legales, la formación de conceptos más profundos, ampliar los conocimientos del Derecho nacional e internacional, el perfeccionamiento del lenguaje jurídico y la unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos.

3. Determinar categorías (elementos o asuntos) que servirán de guía para la búsqueda de la información a ser comparada

En el estudio anteriormente citado, las categorías delimitadas fueron:

- Requisitos exigidos para ser notario.
- Tipo de sistema notarial al que se adscriben.
- Ámbito de actuación del notario (privado o estatal).
- Rango del notario (funcionario, magistrado, u otro).
- Facultades del notario (si construye técnicamente el instrumento, si el documento autorizado es auténtico o no).

¹⁶ Eduardo García Maníes, citado por: Jesús María Martín Terán Gastélum: Análisis crítico del recurso de revocación aduanero en México y estudio comparado de legislación iberoamericana y nacional, material digital disponible en: www.eumed.net/tesis-doctorales/2013/jmmtg/derecho-comparado.html.

- Ámbito de su competencia (esfera extrajudicial, testamentaria, etc.).
- Bases de la organización de la actividad notarial (corporativa, estatal o privada).
- Procesos organizativos que tienen lugar en las unidades notariales (subordinación, categorías de las unidades).
- Servicios que prestan las entidades notariales.
- Formas de medir la eficiencia y la calidad de los servicios.
- Pertinencia de los indicadores declarados para medir la eficiencia y la calidad de la gestión.

4. Precisar los marcos de análisis

Es necesario definir grupos que pueden ser conformados por regiones, bloques, instituciones o tipos de ordenamientos jurídicos y a partir de las categorías definidas, buscar lo distintivo, diferente y similar por cada una de ellas, para finalmente realizar un análisis integral y hacer propuestas concretas.

5. Efectuar la comparación y llegar a conclusiones

Es importante que se rebase el hecho de llenar estas categorías de contenido a partir de la información hallada. En investigaciones llevadas a cabo en el país, se puede encontrar declarado el método comparativo o como se le da en llamar “Derecho comparado”, pero limitando su espectro a recopilar las ideas fundamentales extraídas de la documentación analizada.

A este paso no se le puede restar importancia, es vital en todo estudio comparativo que se pretenda llevar a vías de hecho. Ese es el primer momento, pero después vendría una segunda lectura más profunda, enfocada justamente a comparar lo obtenido de los diferentes países con lo que se presenta en Cuba.

Si bien estos pasos facilitan y organizan el trabajo, al momento de utilizar este método, también hay que tener en cuenta algunos obstáculos presentes antes y durante este proceso.¹⁷

a. Contextos en la investigación comparativa: Los problemas de un país no necesariamente significan lo mismo para otro. El grado de compatibilidad entre los sujetos comparados puede ser alto, pero no implicar que puedan ser considerados idénticos.

b. Incompatibilidad: La diferencia entre sistemas jurídicos es resultado del desarrollo y de quienes intervienen en su edificación. Debe partirse de la idea de que cada sistema jurídico tiene un nivel de desarrollo diferente a otro.

Asimismo, la similitud entre dos instituciones no significa la homogeneidad en sus funciones. La semejanza en nombre o constitución no garantiza que los objetos comparados sean compatibles.

c. Culturas: La ley no solo está constituida por prescripciones normativas del deber ser en una sociedad, sino por elementos sociales. Uno de esos factores es la cultura.

La cultura es también ideología jurídica. La ley es resultado de los usos y prácticas sociales transformados por la ideología, la experiencia y el comportamiento social de una comunidad. Estas prácticas reiteradas gobiernan la forma de actuar de cierto entorno. Ese proceder conduce a la formación de lo conocido como orden jurídico, ya que esas leyes son una manifestación de las maneras de pensar, reflejan la cultura jurídica de un país.

d. Prejuicios personales y profesionales: Quien va a realizar una comparación debe despojarse de estigmas profesionales y personales. Evitar que sus creencias, experiencias, impresiones y opiniones sean capaces de nublar el proceso comparativo.

e. Problemas lingüísticos y de traducción: El hecho de que dos o más países tengan idiomas similares no significa que cuenten con una paridad en sus vocablos. La semejanza de términos es una cuestión lingüística y

¹⁷ Adrián Mancera Cota. Consideraciones durante el proceso comparativo, material digital disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/121/art/art7.htm>.

terminológica entre sociedades y naciones, aún en aquellas con idiomas análogos. La disparidad puede dar lugar a un diferente uso y entendimiento de una idea común.

Otra dificultad es la ausencia de significados comunes entre países que comparten instituciones similares, donde la diferencia de términos puede representar un obstáculo para alcanzar un completo entendimiento, función y aplicación de cierta figura jurídica.

f. Interpretación: Este es un aspecto a cuidar durante todo proceso comparativo. Su propósito es conocer el verdadero significado de un concepto, norma o institución. Para lograr el exacto entendimiento de un sistema jurídico debe analizarse la sociedad bajo estudio.

El método comparativo: una perspectiva conceptual de estudiantes y profesionales de las Ciencias Sociales

El CIJ acaba de concluir una investigación relacionada con las contradicciones y desafíos de la investigación jurídica en Cuba la cual guarda vínculo con los presupuestos teóricos y prácticos descritos hasta el momento, pero que además posibilitó obtener información novedosa sobre las concepciones que especialistas de diversas disciplinas, fundamentalmente del Derecho, tienen sobre los métodos empleados en las investigaciones sociales, particularmente en las sociojurídicas.

El estudio tuvo como unidades muestrales: documentos y personas. Las primeras (documentos) estuvieron constituidas por 55 tesis en opción del grado de doctor en Ciencias Jurídicas realizadas fundamentalmente entre los años 2000 y 2013. Sus autores proceden de siete provincias: La Habana, Cienfuegos, Las Villas, Santiago de Cuba, Camagüey, Granma y Ciego de Ávila.

Se incluyeron investigaciones concebidas desde la perspectiva de diferentes áreas o especialidades del Derecho, tales como: Derecho Penal, Constitucional, Administrativo, Patrimonial, Civil y Agrario, entre otros.

El objetivo del análisis estuvo centrado en los tipos de investigaciones realizadas y los métodos de investigación declarados. Se buscó identificar los utilizados con mayor frecuencia, la adecuación de su empleo y su coherencia con los presupuestos teóricos y metodológicos de la investigación.

Las segundas (personas) incluyeron 156 personas divididas en 43 estudiantes de Derecho y 113 profesionales del sector.

Todos los educandos cursaban, en ese momento, el último año de la carrera, tenían entre 21 y 28 años y procedían de dos provincias del país: La Habana (31) y Villa Clara (12).

Los operadores poseían experiencia en el ejercicio profesional; aproximadamente uno de cada tres se desempeñaba como profesor; el resto cumplía funciones de especialista en Derecho, asesor jurídico, abogado de bufetes, registros civiles y de la propiedad, fiscal y notario.

La distribución según los años de ejercicio profesional, se comportó de la siguiente manera:

- De 1 a 4 años: 21,9%.
- De 5 a 10 años de experiencia profesional: 31,7%.
- De 11 a 15 años: 14,6%.
- De 16 a 30 años: 17%.

Es decir, el 63,4% tenía entre 5 y 30 años de experiencia.

Lo anterior evidencia una representación de juristas formados según los cuatro diferentes planes de estudio de Derecho existentes indistintamente a partir de la década de los 70, aun cuando la mayoría (75,6%) se formó de acuerdo al plan D aplicado a partir del 2003.

El 42% tiene alguna categoría docente predominando las de asistente e instructor.

Uno de cada cuatro de los 113 juristas tiene categoría académica de doctor en Ciencias Jurídicas o Máster en diferentes materias: Derecho Civil, Penal, Asesoramiento Jurídico, entre otras y 6 poseen categoría científica.

En general, la mayoría de ellos tiene escasa experiencia en el desarrollo de investigaciones científicas; el 56% no participó en ningún proyecto de investigación durante los tres últimos años.

De acuerdo a la procedencia de los 156 sujetos participantes, se logró una representación en la muestra de 11 provincias del país: La Habana, Cienfuegos, Las Villas, Santiago de Cuba, Camagüey, Granma, Matanzas, Sancti Spíritus, Holguín, Las Tunas y Ciego de Ávila.

Tanto a los estudiantes como a los operadores del Derecho se les aplicó un cuestionario, además se realizaron seis entrevistas individuales; cinco de ellas a profesores titulares de Derecho de las Universidades de las provincias La Habana y Villa Clara; doctores en Ciencias Jurídicas, con más de 30 años de ejercicio profesional. El otro entrevistado se desempeñaba en ese momento como director del Centro de Investigaciones Jurídicas, adjunto al Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

Sumado a lo anterior, se desarrolló el Seminario Nacional (Taller) “La Metodología de la Investigación Jurídica. Desafíos” convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y el CIJ donde participaron juristas, profesionales de otras ciencias sociales y estudiantes de Derecho. Hubo asistencia de especialistas de cuatro provincias del país: La Habana, Matanzas, Sancti Spíritus y Holguín.

Las instituciones representadas fueron, además de las Facultades o Departamentos de Derecho de las provincias mencionadas, las siguientes:

- Universidad de Ciencias Médicas de La Habana.
- Escuela de Contrainteligencia de las Fuerzas Armadas Revolucionarias Aridez Estévez.
- Dirección Provincial de Justicia de La Habana.
- Tribunal Supremo Popular.
- Tribunales Municipales Populares de Centro Habana y Plaza de la Revolución.
- Asamblea Nacional del Poder Popular.

- Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias.
- Centro de Estudios de Desarrollo Local.
- Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

Se concibió y organizó un debate en plenario, a partir de dos presentaciones a cargo de integrantes del equipo de investigación.

Las exposiciones fueron:

- Las investigaciones jurídicas. Fundamentos epistemológicos, metodológicos y formativos en Cuba.
- Los métodos científicos. Análisis desde la Metodología de la Investigación Jurídica en Cuba.
- En el seminario y a lo largo de la investigación se hizo evidente que:
 - Se acepta la interrelación existente entre los presupuestos epistemológicos y teóricos asumidos y los métodos empleados, sin embargo esta coherencia no siempre es apreciada en las investigaciones que se llevan a cabo.
 - Hay desconocimiento acerca de los fundamentos teóricos de los métodos más utilizados.
 - Se copian métodos de una investigación a otra, sin tener claridad acerca de su origen, fundamentos y esencia.
 - Se declaran métodos incompatibles con los fundamentos teóricos de la investigación, no idóneos para dar respuesta al problema y objetivos, o que no son del dominio del investigador.
 - En la selección de los métodos también influye el tipo de investigación a realizar: teórica o empírica.
 - Existió acuerdo sobre la utilización en las investigaciones sociojurídicas de métodos y técnicas de amplio empleo en las investigaciones sociales, clasificados e incluidos dentro de la categoría de métodos sociológicos.
 - La mayoría se inclinó a favor de la existencia de métodos propios y particulares de la ciencia jurídica aunque les inquieta la diversidad de

posiciones en materia de métodos de investigación en Derecho. Algunos plantearon que el calificativo de jurídico, que es costumbre adicionar al nombre del método, responde a la intención de acotar el objeto de estudio.

- Los métodos considerados particulares por excelencia de la ciencia jurídica son el histórico-lógico, el de derecho comparado y el exegético. En el 72% de las 55 tesis anteriormente mencionadas se declara la utilización del método comparativo.¹⁸

- El método comparativo se consideró de gran utilidad por la mayoría de los especialistas consultados, viendo en él potencialidades que posibilitan estudiar otras realidades y adquirir experiencias en pos del perfeccionamiento del Derecho nacional.

En el caso de este método fueron identificadas algunas insuficiencias en su uso:

- Empleo indiscriminado e incorrecto, pues se exponen las doctrinas de diferentes países como elementos aislados sin un debido análisis y síntesis para establecer una real comparación.

- No pocas veces, más que una comparación lo que se realiza es una descripción.

- No siempre se profundiza en el paradigma cualitativo dándole mayor peso a las variables cuantitativas, lo que limita el sentido histórico lógico de este proceso

- Se comparan países con los cuales la realidad, sociedad y cultura cubanas tienen poco que ver, como los árabes.

- Se aprecia en las comparaciones, la ausencia de determinados países que pudieran estar más vinculados con Cuba.

En general, se consideró que la aplicación correcta de este método reclama del investigador profundizar en el conocimiento e incrementar su cultura jurídica.

¹⁸ María Soledad Sónora y otros: Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica en Cuba. Informe de investigación, CIJ, 2015.

En base a lo planteado, puede afirmarse que un estudio de “Derecho comparado” consta de varias etapas:

1. Electiva: Implica determinar la viabilidad de realización de la comparación, la elección del tema objeto de comparación y la valoración del contexto social, económico y jurídico.

2. Descriptiva: Hallar, ordenar y analizar la información que se obtenga de acuerdo a las categorías identificadas. Si se estuviesen comparando sistemas jurídicos se describirían sus estructuras, fuentes, nociones jurídicas y otros.

3. Identificativa: Se examinan las analogías y diferencias existentes en función del objeto de estudio para lo cual resulta vital tener en cuenta el contexto socio-cultural que rodea al fenómeno de acuerdo al país de que se trate.

4. Conclusiva: Se explican los resultados alcanzados ya habiendo sido empleados los procedimientos indicados para realizar un estudio de carácter comparativo.

El método comparativo es de gran utilidad en las investigaciones sociojurídicas, y debe continuarse utilizando en las investigaciones científicas, siempre que el objeto de estudio lo amerite. Debe ser resultado de un riguroso análisis por parte de los investigadores quienes están urgidos de explicar en detalles los criterios de su selección.

Bibliografía

Acosta Rivellini, Luís G.: Sociología del Derecho, <http://dch.unne.edu.ar/doc/SOCIOLOGA%20DEL%20DERECHO.doc>

Caveda Duniesky, Alfonso: “El proceso de formación para la investigación en los estudiantes de la carrera de Derecho de la Universidad de Pinar del Río. Fundamentos y presupuestos para su perfeccionamiento”,

Revista Congreso Universidad. Vol. I, No. 3, Ed. Félix Varela, 2012.

Álvarez Undurraga, Gabriel: “Importancia de la metodología de la investigación jurídica en la formación del abogado”, La Semana Jurídica, año 3, no. 139, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 2002 www.derecho.uchile.cl.

_____: Metodología de la investigación Jurídica: hacia una nueva perspectiva, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, Santiago de Chile, 2002.

Botero Bernal, Andrés: “Nuevos paradigmas científicos y su incidencia en la investigación jurídica”, Revista de Derecho, no. 21, Facultad de Derecho, Universidad del Norte, Barranquilla, 2004.

_____: “Un marco de comprensión del avance de la investigación jurídica en Colombia”, Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho año 5, no. 10, 2007.

Bruschi, A.: “Comparazione e controllo logico”, Rivista Italiana di Scienza Politica, vol. 20, n. 3, dic. 1990.

Camacho M., Daniel: Las relaciones de la ciencia del derecho con las ciencias sociales, 2006. www.revistacienciassociales.ucr.ac.cr

Carrillo García, Yoel: “... una música lejana, para colmo, nada culta”. Diálogo con el Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo, Crítica Jurídica, no. 31, enero-junio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

Carrillo García, Yoel y Pavó Acosta, Rolando: “Un punto de vista sobre las investigaciones jurídicas en Cuba”, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 37, no. 107, julio-diciembre, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 2007.

Chacón Rodríguez, José Luis: Técnicas de investigación jurídica, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chihuahua, 2002 (material del curso).

Colino, César: Método comparativo, en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/> .

De Armas Alonso, Mercedes; Hernández de la Guardia, Diana; Navarrete Calderón, Caridad; García Méndez, Silvia; Esther, Sónora Cabaleiro, María Soledad y Gallego Rodríguez, Carlos: Metodología e investigación al servicio del Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2012.

De la Cruz Ochoa, Ramón: “¿Qué esperar de Derecho?”, Revista Temas no. 8: 80-84, octubre-diciembre, 1996.

Del Río Hernández, Mirtha Arely: “Influencia de los modelos pedagógicos en la enseñanza e investigación jurídica en América Latina”, en Mantilla Correa Andry (coord.): El Derecho como saber cultural, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

_____ “La investigación jurídica en opción a grados científicos”, Revista cubana de Derecho no. 39 enero, 2012.

_____ : Diccionario Enciclopédico volumen I, Ed. Larousse, 2009, www.placismo.com.mx

Dieste Cobo, Juan Manuel: El aprendizaje del derecho, Ed. Universidad de Granada, Facultad de Ciencias de la Educación, España, 2006 (tesis doctoral), <http://digibug.ugr.es>

Dogan, M. y Pelassuy, D.: How to Compare Nations: Strategies in Comparative Politics Catham, Chatham House, 1990.

Elder, J. W. :”Comparative Cross-National Methodology”, Annual Review of Sociology, 2, 1976.

Espina Prieto, Mayra P.; Álvarez Díaz, Lilian; Clark Ismael, Franco Raimundo y Pastrana, Sergio Jorge: “Ciencia y cultura: comprensión de la complejidad”, Temas, no. 32, enero-marzo, La Habana, 2003.

Espina Prieto, Mayra P.: “Complejidad y pensamiento social”, en Carrizo Luis, Espina Mayra y T. Klein Julie: Transdisciplinariedad

y complejidad en el análisis social, Gestión de las Transformaciones Sociales MOST, documento de debate no. 70, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, 2004.

Espinoza Silva, Francisco: “Métodos y estrategias para la enseñanza-aprendizaje del derecho”, *International Journal of Good Conscience*, 4(1): 31-74 marzo, 2009 www.daenajournal.org

Fernández Bulté, Julio: *Filosofía del Derecho*, 2da. ed., Ed. Félix Varela, La Habana, 2003.

_____: “¿Qué esperar de Derecho?”, *Revista Temas* no. 8: 80-84, octubre-diciembre, 1996.

Fernández, Encarnación: “Apéndice: Sobre los saberes jurídicos. Ciencia del Derecho, Ciencias Jurídicas, Sociología del Derecho, Filosofía del Derecho”, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006.

Fix-Fierro Zamudio, Héctor: “El papel de la investigación jurídica en la Educación Superior. Breves reflexiones desde México”, *Actas del Primer Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 14 de diciembre de 2010.

García Villegas, Mauricio y Rodríguez, César A. (eds.): *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2003.

George, A. L.: “Case Studies and Theory Development: The Method of Structured, Focused Comparison”, en Lauren ed. *Diplomacy: New Approaches in History, Theory and Policy*, Nueva York, Free Press, 1979.

Giraldo Ángel Jaime, Mónica Giraldo López y Alejandro Giraldo López: Metodología y técnica de la investigación socio jurídica, Ed. Librería del Profesional, 2a.ed, Bogotá, 2002.

Guadarrama González, Pablo: “Fundamentos filosóficos y epistemológicos de la investigación”, Archivo Chile, sitio electrónico del Centro de Estudios Miguel Enríquez (CEME), www.archivochile.com

Hernández Gil, Antonio: “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Introducción a la Metodología de la Ciencia del Derecho, Madrid, S.a.

_____: “Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica”, Madrid, Civitas, 1976.

Jiménez Serrano, Pablo y Pinto Filho, Heitor: Metodología para las investigaciones jurídicas, Sao Paulo, 1998.

Kohn, M. L.: “Cross-National Research as an Analytic Strategy”, en Kohn, ed. Cross-National Research in Sociology, Newbury Park, Sage, 1989.

Lieberson, S. “Small N’s and Big Conclusions: An Examination of the Reasoning in Comparative Studies Based on a Small Number of Cases”, Social Forces, 70 (2), Dec 1991.

Lijphart, A.: “Comparative Politics and the Comparative Method”, A. P. S. R., 65, 1971.

_____: “The Comparable-cases Strategy in Comparative Research”, Comparative Political Studies, 8, 2, 1975.

Lopera Quiroz, Olga Lucía: “Usos de las metodologías de Investigación en el derecho”, Estudios de Derecho, no. 147, junio, Universidad de Antioquia, 2009, <http://doctrina.vlex.com.co>

López Durán, Rosalío: Metodología jurídica, IURE editores, 2002.

López Ruiz, Miguel: La investigación jurídica en México. Temas, técnicas y redacción, Universidad de México, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1628/14.pdf>

- Lloréns Báez, Luis: La ciencia que todos podemos entender, Universidad Autónoma de Baja California, 1989.
- Mancera Cota, Adrián: Consideraciones durante el proceso comparativo, material digital, [//www.juridicas.unam.mx/](http://www.juridicas.unam.mx/).
- Manrique, Zegarra, C. E: Clasificación de los actos jurídicos públicos, www.pj.gob.pe
- Matías Camargo, Sergio Roberto. (editor): “Tendencias y enfoques de la investigación en derecho”, Diálogos de Saberes. Bogotá D.C. Colombia, no. 36 enero – junio, 2012.
- Matienzo González, Sara: “Formación y desarrollo de habilidades investigativas en los estudiantes de derecho en la sede universitaria de Los Arabos”, Ilustrados www.ilustrados.com
- Martín Juan, Luís: La investigación social en Cuba (1959-97), pp. 143-153, Revista Temas no. 16-17, 1998.
- Martín Terán Gastélum, Jesús María: Análisis crítico del recurso de revocación aduanero en México y estudio comparado de legislación iberoamericana y nacional, material digital disponible en: www.eumed.net/tesis-doctorales/2013/jmmtg/derecho-comparado.html.
- Munné, G. J.: Quién pudiera ser positivista. Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico, www.revistauniversitas.org.
- Nava Bedolla, José: “La formación para la investigación: el caso de la Maestría en Derecho”, Tiempo de Educar, vol. 10, no. 19, enero-junio, Universidad Autónoma del Estado de México, 2009 <http://www.redalyc.org>
- Núñez Jiménez, Fernando E.: Investigación Jurídica: instrumentos metodológicos, Ed., El País, Santa Cruz de la Sierra, 2010.
- Núñez, Jorge: La ciencia y la tecnología como procesos sociales, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999.

- Osorio Arrascue, Santiago: “Fundamentos Doctrinarios de Epistemología Jurídica”, <http://unidaddeinvestigacionunmsm.blogspot.com>
- Osorio Urbina, Jaime Sebastián: “Crítica de la ciencia vulgar. Sobre epistemología y método en Marx”, www.herramienta.com.ar
- Ost, Francois: *El Tiempo del Derecho*, Ed. Siglo XXI, Madrid, España, 2005.
- Pavó Acosta, Rolando: “Una metodología para las investigaciones jurídicas enfocada hacia las ciencias penales y criminológicas”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo* n° 57, febrero 2010, <http://ar.vlex.com/vid/>
- Pérez Cuellar, P.J.: “Una aproximación a las investigaciones en el sector jurídico”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo 2011, www.eumed.net/rev/cccss/12/
- Pérez Fuentes, Gisela María: “Propuestas metodológicas para la investigación jurídica aplicada”, *Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. XII, no. 24, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada Colombia, 2009.
- Pérez Hernández, Lisette: “Algunas consideraciones a debate sobre la ciencia jurídica y sus métodos”, *Revista cubana de Derecho* No. 38 julio, 2011.
- Przeworski, A. “Methods of Cross-National Research, 1970-1983: An Overview”, en Dierkes, Weiler y Antal (eds.) *Comparative Policy Research: Learning from Experience*. Nueva York, St. Martin’s Press, 1987.
- _____ y H. Teune: *The Logic of Comparative Social Inquiry*. Malabar, Fla, R.E. Krieger Pub., 1970.
- Ragin, C. C. *The Comparative Method: Moving beyond Qualitative and Quantative Strategies*, Berkeley, Univ. of California Press, 1987.
- Pezzetta, Silvina: “Un marco teórico para la investigación jurídica”,

Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), no.22 junio, 2011.

Ragin Y D. Zaret: "Theory and Method in Comparative Research: Two Strategies", Social Forces, 1983.

Rojas Amandi, V. M.: Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx

Sánchez Zorrilla, Manuel: "La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho", Revista Telemática de Filosofía del Derecho, no. 14, 2011.

Sarlo, Oscar: "Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional", Isonomía no. 19 octubre, 2003.

Sartori, G. "Concept Misformation in Comparative Politics", A. P. S. R., No. 4, 1970.

_____"Compare, Why and How. Comparing, Miscomparing and the Comparative Method" en Dogan y Kazancigil (eds.) Comparing Nations. Concepts, Strategies, Substance, Blackwell, Oxford, 1994.

Sóñora Cabaleiro, María Soledad y otros: Contradicciones y desafíos epistemológicos, metodológicos y formativos de la investigación jurídica en Cuba. Informe de investigación, CIJ, 2015.

Sotolongo, Pedro y Carlos Delgado Díaz: "La epistemología hermenéutica de segundo orden", La revolución contemporánea del saber y la complejidad social. Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo, Colección Campus Virtual: CLACSO, Buenos Aires, Argentina, 2006, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>

Sóñora Cabaleiro, María Soledad: "El muestreo en la investigación socio jurídica", en De Armas Alonso, Mercedes; Hernández de la Guardia Diana; Navarrete Calderón, Caridad; García Méndez, Silvia Esther; Sóñora Cabaleiro, María Soledad y Gallego Rodríguez, Carlos:

Metodología e investigación al servicio del Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2012.

_____: “Fundamentos de la formación de gestores para la prevención comunitaria de las drogodependencias”, Anuario 2011-2012, Centro de Investigaciones Jurídicas; La Habana, 2012.

_____: “Los significados de ser investigador. Competencias imprescindibles en un buen investigador”, Taller, Centro de Investigaciones Jurídicas, La Habana, 2012.

Soto Bardales, Magali Jacqueline: “El método en la investigación jurídica”, Derecho y Cambio Social, 2013 www.derechoycambiosocial.com

Tadeu M. Monteiro, Geraldo y G. Savedra, Mónica María: Metodología de la investigación jurídica, Ed. Renovar, 2000.

Tilly, C. Big: Structures, Large Processes, Huge Comparisons. Nueva York, Russell Sage Foundation

Vera L. Juan Pablo: Reseña de “El análisis cultural del Derecho una reconstrucción de los estudios jurídicos” de Paul W. Kahn, Revista Colombiana de Antropología, vol. 39, enero-diciembre, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2003.

Villabella Armengol, Carlos Manuel: Investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica, Ed. Félix Varela, La Habana, 2012.

_____: “Prosiguiendo el debate: Los métodos en la investigación jurídica”, Revista cubana de Derecho no. 40 julio 2012.

Witker Velasco, Jorge A.: “Docencia crítica y formación jurídica”, Revista de la Facultad de Derecho de México, enero-abril, Facultad de Derecho UNAM, México, 1995.

_____: La investigación jurídica, Ed. McGraw-Hill/ Interamericana, México, 1995.

_____: Metodología de la enseñanza del Derecho, Ed. Temis, Bogotá, 1987.

_____: “Hacia una investigación jurídica integrativa”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLI, no. 122, mayo-agosto, 2008.

Witker Velasco, Jorge A. y Larios, Rogelio: Metodología jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma, México, D.F., 2007.

Witker Velasco, Jorge A.: Técnicas de la enseñanza del Derecho, 4ta ed., Ed. PAC, S.A. DC.V, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1985.

Zapata Bello, Gabriel: “La investigación jurídica aplicada enfocada a las realidades jurisdiccionales”, Academia Revista sobre enseñanza del Derecho año 4, no. 8, 2006.

Violencia simbólica, un mal ¿invisible?

Symbolic violence, a social disease, invisible?

Mariela Ordaz Torres

Resumen

La violencia doméstica o violencia intrafamiliar representa el concepto utilizado para referirse a «la violencia ejercida en el terreno de la convivencia familiar o asimilada, por parte de uno de los miembros contra otros, contra alguno de los demás o contra todos ellos». Comprende aquellos actos violentos, tanto con el empleo de la fuerza física como otros caracterizados por el hostigamiento, el acoso, la intimidación la violencia verbal. También en el seno del hogar se manifiestan formas más invisibilizadas contra la mujer, que afecta sus valores, autoestima y sensibilidad.

En este artículo se aborda fundamentalmente la violencia simbólica, cuyo análisis constituyó un objetivo específico de un proyecto investigativo desarrollado en la facultad de Filosofía e Historia de la Universidad de La Habana.

Palabras clave

Derechos de la mujer, discriminación contra la mujer, violencia de género, violencia simbólica, violencia doméstica

Abstract

Domestic violence represents the concept used to refer to “the violence practiced in the family environment by one of the members of the family against another or others. It includes different ways of violence, such as using physical force, intimidation, harassment, verbal violence, and the like.

Also, another more invisible ways of violence, which affect women's self-esteem, courage and sensibility, are practiced at home against them. This paper deals mainly with the symbolic violence, and its analysis constituted a specific aim of an investigation project carried out by the History and Philosophy School of Havana University

Key words

Woman's Rights, discrimination against woman, humankind violence, symbolic violence, domestic violence

Introducción

En diferentes épocas y contextos sociales, con mayor o menor evidencia, las mujeres han sido consideradas seres de segunda categoría, prolongaciones de los hombres, y seres incapaces de autonomía y valor en sí mismos. Ello creó las bases para su dominación y la aparición de la violencia de género que se gestó dada su inferioridad económica y su papel desigual en la división social del trabajo.

La violencia no es un problema que atañe exclusivamente a la cultura occidental, así como tampoco el patriarcalismo. La historia sistemática de la violencia contra la mujer ha afectado a las diferentes culturas. En la actualidad la situación social de millones de mujeres en el mundo no se ha modificado, aunque son cada vez más frecuentes las organizaciones de apoyo y defensa de los derechos de las mujeres, así como los movimientos feministas a escala mundial.¹

La violencia de género resulta una de las más frecuentes y silenciosas formas de violación de los derechos humanos que atenta contra la calidad de vida, el desarrollo y el bienestar de las féminas. Muchas de las agresiones perpetradas contra la mujer se inscriben en la situación identificada como violencia de género, lo cual tiene una vinculación directa con la desigual

¹ Proveyer Cervantes, Clotilde: "La identidad femenina y la violencia doméstica. Un acercamiento sociológico a su estudio." Tesis de doctorado. Departamento de Sociología. Universidad de La Habana, 2001.

distribución del poder y asimetrías entre hombres y mujeres en la sociedad, lo que perpetúan la subordinación de lo femenino a lo masculino. Solo el hecho de ser mujer introduce ya el factor de riesgo o de vulnerabilidad lo cual establece una diferencia significativa con otros tipos de violencia más comunes.

La sociedad cubana no ha estado exenta de la regularidad universal como herencia de más de cinco siglos de dominación colonial y semicolonial que deformó los procesos económicos, políticos y sociales de desarrollo en el país.

El triunfo de la Revolución cubana creó la posibilidad de modificar la legislación en cuanto a los derechos de la mujer y las condiciones de su desarrollo. Sin embargo, existe un espectro de situaciones que por diversas razones escapan a la normatividad. Ello explica la existencia de formas de violencia como la que subyace en el seno intrafamiliar que afecta directamente a la mujer y las niñas, en todas sus gamas, con predominio de la violencia psicológica y emocional y en menor medida la violación no conyugal.

“La disminución y/o eliminación de varias de las formas de violencia contra la mujer antes mencionadas se deben fundamentalmente a los cambios operados en la situación social de la mujer, al incrementarse la conciencia de género y la aplicación de políticas sociales por parte del Estado, quien además ha fomentado la participación social de las cubanas, marcando el tránsito de una posición pasiva e invisible a la de sujetos protagónicos del quehacer social.”²

Aún cuando en la sociedad cubana persisten rasgos patriarcales como fomentadores de diversas formas de violencia se puede decir que debido a las transformaciones que se han operado en las condiciones concretas de Cuba, la magnitud de este fenómeno es menor que en otros países.

Tomando en cuenta la naturaleza de nuestro sistema sociopolítico, que promueve la solidaridad entre las personas, así como el desarrollo social

² Tomado de: Proveyer Cervantes, Clotilde. “Magnitud del problema de la violencia contra las mujeres y principales formas en que se expresa en el país. Datos básicos.” Trabajo en proceso.

alcanzado por nuestro país en diferentes esferas, y la existencia de una amplia red de instituciones que actúan a nivel comunitario, puede suponerse razonablemente que los niveles de violencia intrafamiliar cubanos son inferiores, tanto en cantidad como en gravedad de los hechos en cuestión, a los prevalecientes en la mayoría de los restantes países latinoamericanos, pero desafortunadamente esto no puede comprobarse, ya que no se dispone de informaciones estadísticas que lo avalen.

A pesar de ello, los resultados de los esfuerzos encaminados a su erradicación, aunque discretos e insuficientes marcan el despeque en el enfrentamiento a una de las problemáticas más viejas de la humanidad con la que hemos convivido indiferentes como parte de la cotidianidad naturalizada.

Sin lugar a dudas, es el hogar el escenario donde las mujeres padecen numerosas formas de violencia. Este se convierte en ocasiones en un campo de batalla donde convergen relaciones de autoridad y conflictos en contraste con el espacio de refugio, amor y comprensión que debería ser. La posición subordinada de la mujer en el hogar propicia su vulnerabilidad, legitimándose como cultura de dominación y reproduciendo nuevos ciclos de marginalidad y exclusión social.

En tal sentido, la cotidianidad de las mujeres esconde una serie de prácticas sutiles de violencia no siempre identificadas por ellas, que imposibilita la articulación de respuestas efectivas al maltrato. En este artículo se abordando fundamentalmente la violencia simbólica, cuyo análisis constituyó un objetivo específico de un proyecto investigativo desarrollado en la facultad de Filosofía e Historia de la Universidad de La Habana.

Tal problemática ha sido poco investigada en Cuba y por su impacto nocivo se erige en un reto necesario dada la magnitud de hechos y situaciones asociados a este tipo de violencia en la salud emocional y física de las mujeres. Como víctimas no siempre ellas son capaces de identificar este tipo de procesos.

Aspectos metodológicos

Para la realización de la investigación se utilizó la metodología cualitativa, pues el tema de la violencia trasciende lo parental, para investigarlo se debe penetrar en la subjetividad de las personas por lo que resulta adecuada la utilización de la metodología cualitativa por ser esta la que produce datos descriptivos: las propias palabras de las personas, habladas o escritas y la conducta observable. Con su utilización se garantiza que las personas, los escenarios y los grupos no se reduzcan a variables, sino que sean considerados como un todo.

En la recogida de la información se utilizaron diferentes técnicas:

Entrevista en profundidad: Con ella se garantizó no limitar con un diseño específico de preguntas las consideraciones que, sobre la violencia, puedan tener las mujeres entrevistadas. Su uso resultó vital pues proporcionó gran cantidad de información en las propias palabras de las entrevistadas, se pudo conocer cómo estas mujeres conciben el fenómeno de la violencia, cómo lo experimentan y en qué medida lo han incorporado a su realidad.

Entrevistas a informantes clave: En calidad de informantes claves fueron entrevistados un grupo de especialistas, reconocidos en el tema, de diversos centros de la capital como son: el Grupo de trabajo nacional para prevención y atención de la violencia intrafamiliar, la Unión de Juristas de Cuba, la Universidad de La Habana, así como especialistas del ámbito comunitario que tienen la responsabilidad de atender a las mujeres violentadas en cualquier fase del ciclo de violencia en que se encuentren, entre ellos: el instructor policial de la comunidad, la médica de la familia, psicólogo del policlínico de la localidad, el fiscal de atención a los derechos ciudadanos del municipio y especialistas del Taller de Transformación de la localidad.

Observación: Resultó esencial en esta investigación debido a que a través de ella se pudo obtener información directa sobre las mujeres estudiadas y

las características de sus contextos; apreciar los fenómenos tal y como se daba en su cotidianidad.

Diseño muestral

Según las investigaciones realizadas hasta el momento a nivel internacional, cualquier pareja es susceptible de experimentar violencia, por ello el estudio pudo realizarse en cualquier territorio del país. No obstante, debido a las condiciones concretas disponibles para la realización de la investigación se escogió la localidad de El Canal situada en el municipio Cerro de la Ciudad de La Habana.

Se entrevistaron 15 mujeres, quienes fueron seleccionadas de manera intencional y el criterio para llevar a cabo la selección fue que estuvieran comprendidas entre 25 y 45 años de edad, así como que tuvieran o hubiesen tenido en algún momento de sus vidas una relación de pareja estable con convivencia; sin importar profesión, raza, nivel escolar o cualquier otra característica. Los contactos con las entrevistadas fueron realizados con la ayuda de las trabajadoras y especialistas vinculadas al Taller de Transformación Integral del Barrio que existe en esta zona. La mayoría de las entrevistas se realizaron en los locales de esta instalación y muchas de las mujeres entrevistadas son vecinas o visitantes frecuentes de la Casa.

Reflexiones en torno a la violencia simbólica

Solemos convivir diariamente con un tipo de violencia que, en la mayoría de los casos, no identificamos: la violencia simbólica. En ocasiones tiende a ser confundida con la violencia psicológica o emocional, sin embargo, las relaciones de fuerza que se establecen en esta última no están tan legitimadas como las que se dan en la violencia simbólica.

La violencia en cualquiera de sus manifestaciones es una forma de ejercicio de poder, en el caso de la violencia simbólica este poder logra imponer significaciones como legítimas, disimulando las relaciones de fuerza.

Según Pierre Bourdieu “...todo poder admite una dimensión simbólica: debe obtener de los dominados una forma de adhesión que no descansa en la decisión deliberada sino en la sumisión inmediata de los cuerpos socializados.”³

Estos cuerpos socializados de los que habla Bourdieu no se someten, sino que aprehenden al mundo social y a sus divisiones arbitrarias como naturales, evidentes, comenzando por la división socialmente construida entre los sexos en función de la cual el dominio masculino está suficientemente asegurado y la posición femenina inevitablemente subordinada.

“La visión dominante de la división sexual se expresa en discursos como los refranes, proverbios, cantos. Pero se expresa también en objetos técnicos o en prácticas: por ejemplo, en la estructuración del espacio, o bien en la organización del tiempo, así como en las técnicas del cuerpo, posturas, ademanes y porte.”⁴

El hombre ha sido considerado un ser superior, universal, que tiene el monopolio de lo humano, identificado con lo externo, lo oficial, lo público; mientras que a la mujer se le identifica con lo interno, lo bajo, atribuyéndole las tareas domésticas, tareas ocultas y vergonzosas. En función de estos estereotipos algunas mujeres suelen abandonarse al destino al que socialmente están simbólicamente consagradas: a la sumisión, resignación, a la aceptación de borrarse, de negarse.

Para lograr esto es necesario un inmenso trabajo previo de inculcación y transformación, lo cual explica Bourdieu a través del concepto de trabajo pedagógico al que define como “... trabajo de inculcación con una duración suficiente para producir una formación duradera o sea un habitus.”⁵ Este trabajo, ya sea que se lleve a cabo a través de la familiaridad con un mundo simbólicamente construido o a través de una labor de inculcación colectiva,

³ Bourdieu, Pierre. “La dominación masculina.” Anagrama. Barcelona, 2000.

⁴ Ídem.

⁵ Bourdieu, Pierre. “Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica.” En: Selección de lecturas de Sociología y Política Social de la Educación. (compiladoras: M.Sc. Yisel Rivero Baxter y Dra. Clotilde Proveyer Cervantes.) Editorial Félix Varela. La Habana, 2005, pp. 237-238.

conduce a una transformación durable de los cuerpos y de la manera usual de utilizarlos.

Para Bourdieu es imposible explicar la violencia simbólica sin hacer intervenir al habitus, sin analizar las condiciones sociales de las cuales dicha violencia es fruto. Según él, el habitus lo constituyen las representaciones que tienen los individuos de su realidad, representa una mediación entre relaciones objetivas y comportamientos individuales o sea constituyen interiorizaciones de lo exterior.⁶

“Toda acción pedagógica es objetivamente una violencia simbólica en tanto que imposición, por un poder arbitrario, de una arbitrariedad cultural.”⁷

Si se lleva esto a las relaciones de género, se tiene un poder arbitrario patriarcal, masculino, que impone una arbitrariedad cultural en función de su género, o sea, impondrá esquemas mentales y corporales de percepción, apreciación y de acción del género dominante: el masculino. De ahí que plantee Bourdieu: “la violencia simbólica se instituye por medio de la adhesión que el dominado se siente obligado a conceder al dominador (por consiguiente, a la dominación), cuando no dispone, para imaginarla o para imaginarse a él mismo (...) de otro instrumento de conocimiento que aquel que comparte con el dominador y que hace que esta relación parezca natural.”⁸

“Violencia simbólica [es la] violencia amortiguada, insensible e invisible para sus propias víctimas, que se ejerce esencialmente a través de los caminos puramente simbólicos de la comunicación y del conocimiento.”⁹

Sin embargo, Bourdieu alerta sobre la necesidad de no entender por simbólico algo opuesto a real y a efectivo con lo que se estaría cayendo en

⁶ Hernández, Francesc; José Beltrán y Adriana Marrero. “La Economía Política de los bienes simbólicos y la miseria de la educación” En: Teorías sobre Sociedad y educación. Editado por Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

⁷ Bourdieu, Pierre. “Fundamentos de una teoría de la violencia simbólica.” En: Selección de lecturas de Sociología y Política Social de la Educación. (compiladoras: M. Sc. Yisel Rivero Baxter y Dra. Clotilde Proveyer Cervantes.) Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 216.

⁸ Bourdieu, Pierre: “La dominación masculina.” Anagrama, Barcelona, 2000, p. 51.

⁹ Ibídem, p. 12.

un grave error y peor aún se estaría minimizando el verdadero alcance y los efectos de este tipo de violencia.

Existen una serie de acciones llevadas a cabo por muchos varones que fuerzan, coartan y minan la autonomía personal de la mujer, aunque no de forma evidente sino de modo sutil y casi invisible. Estas son las llamadas microviolencias¹⁰ las cuales en la mayoría de los casos no son percibidas por las mujeres, pero sus efectos les causan graves traumas emocionales y psicológicos.

Lo que resulta más alarmante es que las mujeres con traumas de este tipo tienden a autoculparse por estos malestares, obviando las responsabilidades masculinas, lo que inhibe la denuncia y puesta en práctica de estrategias contra dichas acciones.

“Las microviolencias o micromachismos (Bonino, 1991, 1998; Corsi, 1995) son pequeños, casi imperceptibles controles y abusos de poder cuasi normalizados que los varones ejecutan permanentemente. Son formas de dominación “suave”, modos larvados y negados de dominación que producen efectos dañinos que no son evidentes al comienzo de una relación y que se van haciendo visibles a largo plazo. Dada su invisibilidad se ejercen generalmente con toda impunidad.”¹¹

Estos micromachismos (al decir de Bonino) van produciendo en las mujeres un daño sutil y continuado debido a que la mayoría de ellas no crea estrategias de resistencia por desconocer que existen, todo lo cual hace más nocivas sus consecuencias.

Incluso aquellos hombres que no podrían ser llamados violentos o abusadores recurren a maniobras microviolentas para la reafirmación de su identidad masculina.

¹⁰ Bonino Méndez, Luis. “Las microviolencias y sus efectos. Claves para su detección.” En: La prevención y detección de la violencia contra las mujeres desde la atención primaria de salud. Editado por la Asociación para la Defensa de la Salud Pública de Madrid., 2002, p. 51.

¹¹ Ibídem, p. 56.

Mencionar todas las maniobras asociadas a los micromachismos sería imposible en este espacio, sin embargo, describir algunos elementos facilitarían la comprensión de lo antes expuesto.¹²

Micromachismos utilitarios: No participación en lo doméstico, aprovechamiento y abuso de las capacidades femeninas.

Micromachismos encubiertos: Creación de falta de intimidad, seudointimidad, desautorización, manipulación emocional.

Micromachismos coercitivos: Intimidación, control del dinero, insistencia abusiva, imposición de intimidad.

Micromachismos de crisis: Hipercontrol, pseudoapoyo, victimismo, dar lástima.

Muchas de las mujeres víctimas de los micromachismos se sienten impotentes y confundidas con respecto a los malestares que estos implican. Es frecuente que se sientan “tontas” por su mal humor, su frialdad y los estallidos de rabia “sin motivo”. Por todo ello es fundamental darle a las mujeres las herramientas necesarias para la detección y comprensión de las maniobras asociadas a los micromachismos, una vez que estas sean puestas en evidencia y las mujeres sean capaces de percibir los daños que les causan estarán más capacitadas para desarrollar estrategias de desactivación de las mismas y en mejores condiciones de disminuir la culpabilización inducida por estas maniobras y de recuperar su pensamiento y posibilidades de acción autónoma en la cotidianidad de la pareja, todo lo cual propiciará un cambio hacia la apertura igualitaria y el entendimiento mutuo de ambos cónyuges.

¹² El tema de los micromachismos está suficientemente explicado en el artículo de Luis Bonino Méndez: “Las microviolencias y sus efectos. Claves para su detección.” En: La prevención y detección de la violencia contra las mujeres desde la atención primaria de salud. Editado por la Asociación para la Defensa de la Salud Pública de Madrid. Madrid, 2002, p. 68.

Análisis de los resultados

Manifestaciones de violencia de las cuales son víctimas las mujeres entrevistadas, en especial la violencia simbólica

Para identificar las manifestaciones de violencia de las cuales son víctimas las mujeres entrevistadas se diseñaron un conjunto de preguntas dentro de la entrevista en profundidad, sin embargo, a lo largo de toda la guía aparecían una serie de preguntas que, si bien perseguían indagar sobre otros aspectos de interés, también tributaron a conocer la exposición de estas mujeres a conductas asociadas a la violencia simbólica, lo que tiene una especial relevancia para el estudio.

Es muy significativo que todas las mujeres entrevistadas, con mayor o menor intensidad y con un grado diferente de identificación por parte de ellas, han vivido o estaban viviendo alguna situación de violencia en sus muchas manifestaciones.

Al realizarles un grupo de preguntas encaminadas a conocer si son víctimas de violencia psicológica comprobamos que, con frecuencia, sus parejas les gritan: “Por lo más mínimo se altera y comienza a gritar” (ent.2), “Constantemente me grita, es que él no habla conmigo...es decir...nunca nosotros nos sentamos a resolver un problema conversando como las personas, todo es con la gritería” (ent.11); les quitan autoridad ante lo hijos y demás familiares: “A veces yo le digo al niño que no salga con un amiguito que es muy atrevido y él le dice que sí puede salir con ese niño.” (ent.3), “me quita la razón y no de deja regañarlos” (ent.11), “Le da la razón al niño cuando yo lo regaño por algo” (ent.14) “Ante mi mamá muchas veces” (ent.13); la mayoría han sido víctimas de amenazas, sobre todo cuando han querido romper la relación o cuando se oponen de alguna manera a sus exigencias: “A veces me dice que lo va a romper todo o que no va a traer más comida” (ent.1), “Cuando le he dicho que se acabó me dice que me va a matar, que si me voy le va a dar candela a la casa de mi mamá.” (ent.10), “Me decía constantemente que me quedara con él porque nadie se iba a fijar en mi con un niño chiquito,

que los hombres en la calle eran malos y que me podían maltratar, cuando era él el que me maltrataba.” (ent.8). Aunque menos frecuentes, algunas eran objeto de burlas: “Se burla por la comida porque dice que yo no sé cocinar.” (ent.1), “Me dice que estoy gorda y esas cosas” (ent.9); y en otros casos sus parejas las descalifican y les niegan reconocimiento: “yo le hablo fuerte y él me dice: pareces una guajira, mira las respuestas que tú me das, so negra.” (ent.3), “...a veces me dice que nosotros no nos debíamos haber casado, que yo no estoy preparada para el matrimonio porque no sé lo que tengo que hacer.” (ent.9)

Por otra parte, cuando son reconocidas por su pareja es solamente en su papel de madre o esposa, o sea no se les reconoce que sean buenas trabajadoras o sus logros personales, sino que, el reconocimiento por parte del varón se limita a su rol de madre y esposa, lo que refuerza la creencia de las mujeres como cuidadoras del hogar y los hijos. Esta falta de reconocimiento se agrava cuando ellas mismas tienen temor de aceptar que también son capaces de desempeñar satisfactoriamente diferentes roles en el espacio extradoméstico.

En este punto interesaría destacar algo muy frecuente en estas mujeres y es el control excesivo de que son objeto por parte de su pareja. La mayoría de las entrevistadas no pueden salir de la casa sin la previa consulta a su pareja; la relación con familiares, amistades y compañeros de trabajo tiene que estar autorizada por el varón y contar con su aprobación.

Lo expuesto anteriormente demuestra cómo las conductas asociadas a la violencia psicológica, a pesar de que no dejan cicatrices visibles en estas mujeres, tienen consecuencias nocivas para su integridad. En ocasiones este tipo de violencia no se visibiliza por parte de las víctimas y las instituciones encargadas de tratar los temas de violencia tienden también a atacar con más fuerza las consecuencias de los golpes o maltratos físicos, asimismo las legislaciones que sancionan los actos de violencia contra las mujeres no incluyen castigos para los hombres que maltratan psicológicamente a sus parejas. Esto coloca a las víctimas en una posición sumamente desventajosa pues la recepción continua de estas conductas las convierte en seres sin

autonomía, sin independencia, alienadas de determinados espacios que les corresponden por derecho propio.

En ocasiones los límites entre las conductas de violencia psicológica y simbólica no se definen con claridad, aún cuando están estrechamente vinculadas y en raras ocasiones se dan por separado, de ahí que se haya podido afirmar que la violencia simbólica está muy presente en los testimonios de estas mujeres, aunque ellas, en casi la totalidad, no se identifiquen como víctimas ni estas conductas le resulten preocupantes.

En la mayoría de los casos al referirse a la atención del hogar se evidencia que no hay un vínculo recíproco entre la mujer y el hombre en cuanto al reparto de las actividades domésticas pues estas realizan actividades como: cocinar, lavar, fregar, limpiar, atender a los hijos; mientras que las tareas de ellos se reducen a: botar la basura, hacer la ensalada en las comidas, arreglar algo que se rompa en la casa; sin embargo la mayoría de las mujeres refiere que su pareja no realiza ninguna actividad doméstica. De lo antes expuesto se deriva que el hombre actúa solo como “ayudante” de la mujer en tareas menos importantes, obligando a esta a ejercer la “gerencia del hogar” indicando a los demás lo que deben hacer, con la consiguiente sobrecarga que esto implica. Este rol asignado-asumido que cumple la mujer como cuidadora y gerente del hogar no es más que un mecanismo de violencia que no logran identificar. En algunos casos las mujeres del estudio también trabajan por tanto se les está imponiendo la doble jornada.

En ocasiones son las propias mujeres las que justifican la actitud masculina de no compartir las tareas del hogar: “él trabaja mucho y como yo estoy en la casa yo hago las cosas, pero cuando él puede me ayuda” (ent.1), “como él nunca tiene tiempo no hace nada” (ent.4), pues ellos cumplen un rol de proveedor o sea son los que proveen a la familia de los recursos materiales necesarios para su desarrollo y serán ellas las encargadas de administrarlos. Algunas plantean que, aunque son ellas las que distribuyen el dinero que su pareja les da, están en la obligación de darle cuentas de lo que hacen con él. Unido a esto está el hecho de que la mayoría de estas mujeres son amas

de casa, o sea que no reciben ningún ingreso y las que trabajan refieren igualmente que no son suficientes sus salarios para mantenerse ellas y sus hijos. Asimismo, el 100% de las entrevistadas plantea que los ingresos de su pareja son superiores a los suyos.

Se está en presencia entonces de una violencia que se ejerce contra la mujer por medio del dinero y que, como suele ocurrir con los micromachismos, estas no la identifican como tal, a pesar de que puede traerles graves consecuencias.

La dependencia económica que presentan estas mujeres las coloca en una posición de inferioridad, incluso aquellas que reciben un salario perpetúan comportamientos dependientes, pues como no alcanzan sus ingresos para cubrir las necesidades de su familia, se mantienen en la relación de dependencia.

Esta situación las priva de la toma de decisiones, pues más adelante plantean que cuando van a tomar alguna decisión en el hogar cuentan con su pareja y luego refieren que muchas veces ellos toman decisiones sin su consentimiento. Aquí se aprecia cómo estas mujeres son doblemente afectadas por la dependencia económica: en ocasiones se mantienen en relaciones que les son desagradables porque su pareja “cubre” sus necesidades y por otra parte esta situación va deteriorando su personalidad debido a que esta dependencia las incapacita para tomar decisiones, tanto en el plano doméstico como extradoméstico.

Las mujeres presentes en el estudio sienten también que es su deber darle cuentas a sus parejas de lo que hacen con el dinero: “no tiene que preguntar, yo le digo siempre” (ent.7), “yo siempre le enseñaba” (ent.8), esto sucede porque no sienten ese dinero como suyo, mientras ellos se atribuyen el derecho de utilizar ese dinero en lo que les plazca sin contar con nadie: “compra algunas cosas y lo otro para él” (ent.12), “en el trabajo y con los amigos” (ent.13), “en tomar y divertirse con sus amigos” (ent.14)

Según la ideología patriarcal la masculinidad se identifica con la posesión de dinero. Los hombres que poseen dinero pueden ejercer poder a través

de él. En función de esto las mujeres tendrán una situación desventajosa en cuanto a la utilización de los recursos y la toma de decisiones en el hogar.

Otra microviolencia muy frecuente es el aprovechamiento y abuso de la capacidad femenina de cuidado. En la cultura patriarcal a través de los procesos de socialización a las mujeres se les fuerza para que “naturalmente” ejerzan diferentes roles en los que supuestamente son expertas: madre, esposa, secretaria; esto refuerza la creencia de la condición de la mujer de “ser para otros”.

En este caso las mujeres entrevistadas en su totalidad refieren que ellas son las encargadas de atender a su pareja y sus hijos cuando se enferman, sin embargo, al preguntarles quién las atiende a ellas, excepto dos, todas las demás señalan que tienen que pedir ayuda a algún familiar o vecino o tienen que arreglárselas solas, porque sus parejas no las atienden. Es frecuente en estos testimonios los planteamientos de que los hombres “no saben” o “no pueden” ocuparse de ellas o de los niños, justificando así este tipo de violencia. En este mismo sentido al preguntarles quién se ocupa de la casa y los niños si ellas no están, algunas plantean que nunca salen, porque no tienen quien los atienda o que tienen que pedir ayuda de otros familiares, estas opiniones son frecuentes incluso en mujeres que viven con su pareja. Otros criterios más extremos son:

“Si yo salgo tengo que dejar todo hecho, porque cuando llego él puede estar ahí y yo llegar a las 8 de la noche y la casa va a estar virada al revés, porque él no friega ni un vaso.” (ent.2)

Cuando estoy de guardia él se queda en la casa, pero tengo que dejar las cosas adelantadas porque si no se muere de hambre.” (ent.13)

“Yo no me puedo ausentar y si salgo tengo que llevarme el niño y a mi mamá mandarla con mis hermanas.” (ent.14)

Al tomar el hombre esta actitud está abusando del tiempo de la mujer y aumentando su calidad de vida a expensas de ella, aunque en ocasiones ninguno de los dos lo vea así.

Algo que llama la atención en estas entrevistas es el análisis de la influencia masculina en la pareja ya sea en la apariencia física de la mujer, en su vínculo con otras personas, así como en el tiempo de que ella dispone para realizar actividades que sean de su agrado. En este aspecto, según las respuestas dadas por las entrevistadas es evidente que hay una influencia significativa del varón en todos estos aspectos de la vida de la mujer.

En cuanto a su apariencia hay un 50% que plantea que a su pareja no le importan esas cosas y el restante 50% plantea que su pareja les indica la forma en que deben vestirse, peinarse, maquillarse, todo esto según los gustos de ellos, sin tener para nada en cuenta los criterios de ellas, aun cuando se trata de su propia apariencia.

En ocasiones los comentarios del hombre están encaminados a que ella se vea mejor, pero en otros casos son reclamos e indicaciones según los gustos masculinos y a veces llegan a ser despectivos y humillantes para la mujer:

“Me decía que las putas eran las que se pasaban el día entero pintadas, siempre decía que me estaba arreglando para los machos en la calle.” (ent.8), “Siempre me dice: “vas a parecer una puta.” (ent.13), “Cuando me pintaba o arreglaba decía: “ya la gorda se está arreglando” (ent.14).

Algunas plantean que estos comentarios, en ocasiones, son hechos delante de otras personas y las hacen sentir mal, aunque la mayoría refiere que estos criterios e imposiciones son hechos por los hombres en la intimidad de la pareja.

Estos son mecanismos mediante los cuales el hombre valora y califica negativamente las decisiones y actitudes de la mujer, quitándole legitimidad a sus ideas, deseos y valores; todo lo cual constituyen maniobras micromachistas muy efectivas que contribuyen al deterioro de su autovaloración.

Una gran influencia ejerce el hombre también en las relaciones interpersonales de la mujer, ya sea con compañeros de trabajo, amigos, vecinos y en menor medida con sus familiares. Casi todas las mujeres presentes en el estudio explican que tienen que darle cuenta a su pareja de todas las personas

con las que se relacionan, sobre todo las del sexo masculino, pues el hombre, en la mayoría de los casos, exige conocer a amigos, compañeros de trabajo, etc. En algunos casos los hombres llegan a prohibirles el trato con personas que a ellos no les gusten, solo podrán relacionarse si a ellos “les caen bien”.

Por otra parte, algunas de las mujeres sienten que es su deber, su obligación darle cuentas de todas sus amistades y compañeros.

“Él como tal no me exige, pero si vamos por la calle y yo saludo a alguien me dice: “¿quién es ese?” O sea que no tiene ni que decirlo, ya yo misma como sé que él siempre quiere saber yo le digo.” (ent.2)

“No es exigencia, yo lo hago porque es lo correcto. Además, yo conozco a todos sus compañeros de trabajo y amigos.” (ent.7)

Aquí se evidencia una vez más cómo estas mujeres han asumido las “formas de ser” tradicionalmente adjudicadas a ellas por la cultura patriarcal en virtud de las cuales sienten que es su deber, su obligación complacer a los hombres. Todo esto va deteriorando su autovaloración, pues a pesar de que en otro momento de la entrevista se atribuyen a sí mismas cualidades muy significativas, las actitudes de aprobación asumidas por ellas ante estas maniobras que reconocen que las dañan indican que estas mujeres en ocasiones se consideran incapaces de subvertir esta situación.

Aunque plantean que ellos no les exigen nada esta es una maniobra frecuente de micromachismo mediante la cual el hombre establece requerimientos “mudos” que se realizan sin pedir explícitamente haciendo que la mujer los cumpla sin percatarse de que lo está haciendo por coacción y no por deseo propio.

Al hablar de las relaciones con los familiares de ambos se puede apreciar que, excepto en dos casos, las relaciones con la familia de la pareja son buenas; sin embargo, cuando se refieren a las relaciones de su pareja con los familiares de ellas no ocurre lo mismo, debido, según las propias palabras de las entrevistadas, al carácter de su pareja. Aquí se evidencia una vez más cómo estas mujeres tienen incorporado el mandato patriarcal de ser ellas

las que, en función de la armonía de la pareja, se lleven bien y atiendan a los familiares de su pareja.

Existe una maniobra de microviolencia que está muy presente en todos los testimonios de las mujeres entrevistadas y es la que se refiere a la puesta de límites traducida en las prohibiciones. Las más frecuentes son las relacionadas con el uso de determinado tipo de ropa, las salidas sin la compañía del varón y las relaciones con personas que no cuenten con la aprobación masculina. Menos frecuentes son los hombres que prohíben estudiar o trabajar y solo un caso que no permite que su pareja se supere profesionalmente. Los testimonios hablan por sí solos:

“No le gusta llegar del trabajo y que yo no esté. Si voy a buscar a la niña a la escuela y me encuentro con alguien no puedo ni hablar, tengo que ir y virar corriendo y si salgo y me voy a demorar tengo que dejarle una nota porque él no puede estar nunca desorientado con respecto a mi persona.” (ent.2)

“Que no salga, a ninguna parte.” (ent.3)/ “Ni fiestas, ni muchas salidas.” (ent.5) /

“Que me llevara con personas que le caían mal.” (ent.6) / “Que salga sola, ni me vista con determinada ropa” (ent.7) / “Vestirme corto, salir, que me visitaran, que me relacionara con la gente. Que estudiara, que trabajara.” (ent.8) / “Venir hasta la casa sola con algún compañero, viajar a provincias y salir de misión.” (ent.13) / “Que salga sola, saludar a amistades que no le caen bien.” (ent.14).

Esta maniobra conduce a las mujeres a un aislamiento social; a través de ella se les coarta su autonomía e independencia. Al controlarle la realización de actividades tan importantes para el desarrollo de la mujer como pueden ser estudiar, trabajar o superarse, el hombre está ejerciendo un poder injustificado e ilegítimo lo que no se percibe así por estas mujeres, pues al preguntarles cuál es su reacción ante estas prohibiciones la mayoría contesta que hace lo que su pareja exige, aún cuando sean acciones que les disgusten:

“Lo hago para evitar discusiones.” (ent.2) / “Lo hago para no buscarme problemas.” (ent.7)

“Acepto lo que me pide para no discutir.” (ent.9) / “A veces lo hago para evitar discusiones.” (ent.10) / A veces hago cosas que me disgustan, pero lo hago y ya.” (ent.11).

En estos casos también se aplica el ciclo de la violencia: ellas tratan de complacerlos y evitar su ira para que no se desencadene la violencia.

Otras mujeres consideran que son requerimientos justos que ellas deben obedecer en función de mantener la armonía de la pareja. Estas mujeres no hacen más que cumplir con el mandato patriarcal de ser ellas las encargadas de cuidar y mantener la estabilidad de la relación asumiendo esa actitud de “ser para otros” de la que ya hemos hablado y que las hace ignorar sus necesidades y derechos en función de satisfacer las necesidades de su pareja.

Cuando una mujer renuncia a superarse profesionalmente, a relacionarse con otras personas, a satisfacer sus gustos personales en función de los requerimientos de otra persona, no se está valorando adecuadamente. Claramente se ve en los testimonios expuestos con anterioridad que estas mujeres no se consideran capaces de enfrentar situaciones que las oprimen, por tanto, aunque verbalmente expresen lo contrario, su autovaloración es inadecuada.

Cuando se interroga sobre el tiempo que tienen para dedicarse a hacer cosas que les gusten la mayoría plantea que no tiene ese tiempo:

“Muy poco, porque entre la casa y el niño no me queda mucho tiempo libre” (ent.7)

“No lo tenía porque él no me lo permitía” (ent.8) / “Es el tiempo que paso en el trabajo y a él no le gusta” (ent.10) / “Nunca he creado ese tiempo en mi vida” (ent.11) / “Cuando estoy en el trabajo, aunque no le gusta que trabaje” (ent.12) / “Muy poco, lo tengo si no está delante” (ent.13)

En todos estos ejemplos se evidencia una participación intrusiva del hombre en muchos de los aspectos de la vida de la mujer, conduciéndolas a una situación de dependencia.

En cuanto a la comunicación en la pareja la mayoría la califica de buena, planteando que los principales temas de los que hablan son de los planes para el futuro y de los hijos; sin embargo, al preguntarles la forma en que su pareja les manifiesta sus pensamientos, deseos y aspiraciones, muchas contestan que ellos no lo hacen, sino que son ellas las que les hablan sobre sus aspiraciones ya sea personales o profesionales, sueños y deseos.

Contrastando con la buena comunicación que muchas de ellas dicen mantener con su pareja están las actitudes violentas que estas asumen cuando no logran ponerse de acuerdo en algo, pues pocas veces resuelven los problemas cotidianos de forma pacífica y conversando con franqueza, inclusive algunas plantean que cuando su pareja se molesta por algo se lo dice de forma violenta, o sea, gritándole o tratando de convencerla de que haga lo que él desea.

En este mismo aspecto se nota en los testimonios la presencia de una maniobra micromachista, la que tiene que ver precisamente con el aislamiento y los silencios pues en algunos casos las mujeres entrevistadas refieren que sus parejas cuando se molestan asumen actitudes tales como:

“Yo sé que él se pone bravo porque se acuesta en la cama y se tapa de pies a cabeza y ya yo voy y le hablo y él me dice: “échate para allá...” (ent.1)

“Se encierra y no dice nada, yo me doy cuenta que está bravo porque me trata mal.” (ent.7)

“Él se queda callado, molesto, pero sin decirme nada, a veces ni yo misma sé por qué se molestó y entonces cuando pasan los días me dice lo que le pasaba.” (ent.10)

“Primero pelea, después se queda en silencio, bravo.” (ent.13)

Los ejemplos anteriores demuestran cómo el varón a través de esta maniobra impone el no diálogo a la mujer, pero va un poco más allá pues implica también que este no se siente en la obligación de dar explicaciones ni cuentas de sus actos, evitando así la reciprocidad, todo lo cual está igualmente presente en los testimonios recogidos, pues al preguntarles si sus parejas les comentan las cosas que hacen durante el día y si ellas lo hacen también la mayoría responde que, efectivamente, ellas le cuentan todas sus actividades diarias a su pareja, sin embargo ellos les comentan muy poco o nada de lo que hacen durante el día:

“No me dice” – “Él todos los días me pregunta que qué hago en el día.”
(ent.2)

“No me dice” – “Sí, tengo que decírselo porque enseguida me pregunta”
(ent.3)

“No me dice” – “Sí, me paso el día hablando con él” (ent.4)

“A veces, cuando le pasa algo relevante” – “Sí, yo sí, claro” (ent.11)

Estos son mecanismos a través de los cuales el hombre intenta controlar las reglas de la relación y hacer que la mujer se acomode a sus deseos y será entonces él quien decidirá: cuánta información brindar, cuánta intimidad tener; evitando así el riesgo de perder poder.

Algo que llama la atención en estos testimonios es que, excepto 4 mujeres que tienen una relación de pareja basada en la confianza, todas las demás dicen no tenerle confianza a su pareja. Los motivos se exponen en los siguientes ejemplos:

“... no le gusta que trabaje porque él entiende que yo puedo algún día empezar a trabajar y serle infiel, conocer a alguien y que se yo, eso es desconfianza. Él es muy prejuicioso. Todo me lo quiere controlar y si estoy en un lugar y hay teléfono tú vez que me llama 200 veces, él es así. Eso es porque no confía en mí.” (ent.2)

“No considero que me tiene confianza porque una persona cuando dice todo eso y cuando me prohíbe que hable con alguna persona, a veces mujeres y hombres que son pacientes míos, no me tiene confianza.” (ent.3)

“No, porque es demasiado celoso, en extremo, por supuesto que el que cela no confía...Yo tampoco le tengo confianza, yo sé que él ha estado con otras mujeres, así que cómo voy a confiar en él.” (ent.10)

Al preguntarles si sus parejas les piden disculpas cuando las maltratan de alguna forma muy pocas contestan que no, sin embargo, algunas de las que contestan afirmativamente reconocen que sus parejas no les piden disculpas expresamente, sino que tratan de compensar sus errores complaciéndolas o tratando de compensar el error cometido.

Según los testimonios expuestos anteriormente, se puede afirmar que los micromachismos son muy frecuentes en la cotidianidad de estas mujeres y se presentan sin que ellas los puedan identificar, pues la dependencia y subordinación que estos implican para ellas son actitudes que consideran propias de la relación de pareja.

Esta naturalización es lo que convierte a estas conductas en invisibles para las mujeres e incluso para muchos de los hombres que con las actitudes que asumen solo están reproduciendo prácticas aprendidas socialmente y patrones culturales de lo que debe ser un hombre ante la sociedad y con su familia. Pero esta invisibilidad no implica que estas prácticas no existan, sino que se les tiene por “naturales”.

Las desigualdades en la distribución de las actividades domésticas, del dinero, del poder, de las opciones de realización personal son violentamientos menos visibles, pero no menos eficaces en el daño que producen, pues las disminuyen, vulneran, afectan su capacidad autónoma y hasta su salud. La naturalidad con que se asumen tales desigualdades por parte de la mujer las ha hecho desarrollar sus posibilidades de vida dentro del estrecho marco que esta situación les impone. En ocasiones la familia, una educación sexista, los medios de comunicación, los sistemas culturales

en general contribuyen a la legitimación y reproducción de diferentes subordinaciones.

Se pudo comprobar, al analizar los testimonios, que muchas de estas mujeres que reciben maniobras micromachistas posteriormente vivieron episodios reiterados de violencia física, como los casos de las entrevistadas # 2, 3, 6, 8 y 10.

Análisis de las entrevistas a expertos

Las “entrevistas a expertos” se realizaron a 7 personas, de ellas 5 son especialistas del ámbito comunitario que se relacionan cotidianamente con el fenómeno y los dos restantes trabajan los temas de género y la problemática de la mujer desde las responsabilidades que ocupan en sus centros de trabajo. Todos proceden de la Ciudad de La Habana.

Las entrevistas realizadas en la comunidad evidencian que no todos los especialistas tienen un verdadero conocimiento sobre el tema de la violencia, ni siquiera de su conceptualización. Solamente el psicólogo del policlínico, al definir la violencia contra la mujer mencionó la problemática de género y su importancia para entender el fenómeno. Pero ninguno habló de otro tipo de violencia que no fuera la física y solo dos mencionaron la psicológica.

Asimismo, al preguntar sobre las causas que propician el maltrato, el fiscal y el psicólogo hablan respectivamente del machismo presente hoy en la sociedad y de un desequilibrio de poder. Los demás especialistas mencionan como causas los celos, la no tolerancia, problemas económicos y materiales, la marginalidad, la pérdida de valores en la sociedad, fenómenos que si bien están muy relacionados con la violencia no se consideran causas, en todo caso serían catalizadores, potenciadores del fenómeno, pero nunca las causas de este.

Ante el cuestionamiento de las causas se destaca el criterio emitido por el psicólogo. Este especialista es del criterio que la violencia se produce por

un modo de relación específico entre hombres y mujeres mediante el cual estas últimas se proyectan en la relación de pareja como un componente muy débil, susceptible de ser violentado por el otro que en este caso es el hombre:

“Hay un dispositivo, que está presente en el otro lado también, que es como un modo de relación entre la víctima y el victimario donde las mujeres tienen la proyección de la debilidad en la relación y se han proyectado como que es un campo factible de ser violado, o sea como que no hay suficiente resistencia como para que la fuerza tenga que retirarse...”

Evidentemente está colocando la responsabilidad del acto violento en las mujeres, legitimando así algunas creencias patriarcales de que las mujeres son responsables o “provocan” la violencia que reciben. Asimismo, la médica de familia responsabiliza a las mujeres pues ellas, a la hora de elegir la pareja deben tener en cuenta la forma de ser del hombre: violento o no.

En este sentido se destaca también el criterio emitido por el jefe de sector quien opina que las mujeres provocan que los hombres las maltraten y expone como causa de la violencia una cualidad innata en algunos hombres:

“Hay hombres que llevan un rasgo de violencia en su personalidad, porque a veces nos encontramos con casos de personas que superficialmente tienen una forma estable y de pronto se torna una persona violenta. Quizás haya mujeres que provoquen esto también.”

Existe un consenso entre estos especialistas en que la violencia es un fenómeno que puede sucederle a cualquier persona y que puede variar su intensidad o su forma de presentarse en relación con determinados factores:

“Sería un mito, un prejuicio, plantear lo que se escucha en la vida cotidiana: que las personas de menos cultura, las más carenciales son las que tienen esas manifestaciones cuando en la práctica puede estar enmascarada y presentarse en cualquiera, el matiz es el que cambia, y la forma de expresión.”

(Psicólogo)

“Pienso que puede sucederle a cualquier tipo de persona bajo determinadas circunstancias, no lo segrega ni por profesión, ni idiosincrasia, ni nivel cultural, edad, grupo social o racial.” (Fiscal)

Ambos plantean que la solución del problema de la violencia debe involucrar tanto al individuo como a la sociedad. Que no se debe trabajar por separado en un nivel individual o social, sino que se debiera trabajar los dos marcos: el social porque desde lo sociocultural se establecen una serie de normativas y creencias con frecuencia aceptadas y asumidas por todos y el marco individual porque es en la pareja donde estos mitos cobran sentido.

Los demás especialistas señalan que independientemente del trabajo de las instituciones se deben agotar todas las posibilidades de solución de la problemática en la individualidad de la pareja. Estos últimos están reforzando la creencia de que los conflictos que se dan en el espacio privado deben resolverse ahí y nadie debe intervenir.

Con estos testimonios se demuestra que los especialistas entrevistados tienen un conocimiento insuficiente sobre el tema de la violencia, lo que limitará las posibilidades de brindar respuestas adecuadas a las mujeres que soliciten ayuda.

De estos especialistas solo el jefe de sector ha tenido que ver directamente con mujeres maltratadas y plantea que en la localidad este fenómeno es muy frecuente.

El psicólogo y la médica de familia señalan que han atendido en consulta a mujeres que, si bien no dicen explícitamente que han sido maltratadas, sus malestares demuestran la exposición a diferentes tipos de violencia.

Las que han acudido al jefe de sector presentan signos visibles de violencia:

“Llegan en un estado bastante deprimente. A otras se les ven los signos de violencia en su cuerpo: hematomas, heridas. Algunas vienen bastante descompuestas, principalmente llorando, buscando apoyo en la policía.”

No obstante, las que han acudido a consulta de psicología:

“Pueden llegar por otras causas: por depresión, por conflictos y cuando uno va al plano de la pareja uno se percata de que es una forma de violencia; y otro grupo más pequeño es el que viene ya con el conflicto de pareja pues se siente mal con la relación. Incluso en estudios que hemos hecho ellas nos refieren: “mi marido me insulta, me esto...” y cuando le preguntamos: “¿se siente usted violentada?” te dicen que no. Ellas refieren tristeza, cansancio, incluso estrés, pero la mayoría no lo identifica con la violencia.”

Evidentemente la médica de familia opta por no intervenir a pesar de que sabe que estas mujeres están en peligro:

“No me dicen que son maltratadas, pero yo llevo en mi consultorio 20 años y tengo identificadas a las mujeres que son víctimas de violencia, pero son mujeres a su vez que no se dejan orientar, aparte que tengo buenas relaciones con ellas tengo miedo que me digan: “no te importa”, entonces tengo miedo que me den esa respuesta y además tú puedes orientar, pero no puedes inmiscuirte en los problemas de la pareja y si no me dicen nada yo sería incapaz...”

Ese falso respeto al espacio privado presente en esta especialista priva a las mujeres que ella atiende de contar con la ayuda adecuada para salir de su situación de maltrato y muestra el desconocimiento del saber específico que este problema requiere para contar con las herramientas de intervención adecuada. Un especialista puede estar bien preparado en su especialidad, pero si no ha incorporado la perspectiva de género y la teoría sobre la problemática de la violencia, poco podrá hacer para ayudar a las víctimas.

En cuanto a la atención que se les brinda a estas mujeres se recogieron los testimonios del fiscal y del jefe de sector y el psicólogo del policlínico:

“Se les da atención por el jefe de consejo, a ver cuál es el problema que ella plantea y si está al alcance del jefe de sector darle solución, si no la mandamos para la cuarta unidad para que radique su denuncia formal y una vez hecha la denuncia se le da tratamiento ahí por los investigadores y el jefe

de sector procede a la detección del compañero que la agredió o amenazó. En el sector nosotros tratamos en el primer ataque de darle ese enfrentamiento con los factores de la comunidad.” (Jefe de sector)

“Cuando el fenómeno de una mujer maltratada llega al fiscal de procesos penales lo hace a través de un expediente de fase preparatoria o de un atestado que no es más que una denuncia que hace la mujer en la estación de policía donde ella llega y plantea lo que sucedió y a razón de esto se comienzan a buscar una serie de pruebas para corroborar que el testimonio de esa persona sea cierto y a raíz de esto se elabora un expediente con la mayor carga de pruebas posibles y se presenta al fiscal de procesos penales. Este tiene que revisarlo y remitirlo al tribunal con una solicitud de sanción. Pero aquí nunca se nos ha dado el caso de una mujer que venga a hacer directamente la denuncia. Esta llega a nuestras manos a través de la policía. (Fiscal)

En ambos casos la ayuda que se les brinda a las mujeres por parte de estos especialistas es cuando ya se ha cometido el acto y solo cuando presentan lesiones físicas, o sea que los daños emocionales o psicológicos quedan sin atención. Por otra parte, el psicólogo hace un trabajo diferente con las víctimas, aun cuando ellas no vengan a consulta planteando que han sido maltratadas:

“Tratamos primero que la persona haga conciencia de esta situación por la que está pasando y de que necesita ayuda para salir de ella. Hay casos que llegan buscando ayuda, pero las hay que llegan por otras causas...no sé: “estoy deprimida” y entonces te das cuenta de que está pasando eso. Tratamos de buscarle orientación, hay quien se queda ahí y no quiere seguir: “si hay que llamar a mi pareja entonces no”. Porque hay dos niveles no solo se puede denunciar, o sea, hacerlo desde el punto de vista jurídico sino desde el punto de vista de ganar en la relación.” (Psicólogo)

Al analizar las entrevistas se evidencia que la mayoría de estos especialistas no se sienten capacitados para atender a una mujer violentada y en algunos de los que consideran que sí están capacitados se observa en sus otros

planteamientos la presencia de criterios sexistas que limitarán la atención que puedan brindar a las mujeres violentadas.

Según los criterios del psicólogo, la médica de familia y el fiscal, el personal de las instituciones a las que pertenecen no tienen la preparación adecuada para atender a las mujeres afectadas por el fenómeno de la violencia doméstica.

Por otra parte el psicólogo plantea que aunque el personal disponible en la salud para atender la problemática es reducido, se ha ganado en experiencia y en la preparación de los especialistas en el tema y se ha avanzado con respecto a etapas anteriores, sin embargo, considera que queda mucho por hacer aún en la capacitación sobre la ayuda que se les puede brindar a las mujeres violentadas desde los servicios de salud.

De la preparación de los especialistas podrá depender en un momento determinado la vida de alguna mujer. Por esto es tan necesario que ellos cuenten con las herramientas necesarias para poder ayudarles, para no volverlas a victimizar cuando acudan pidiendo ayuda.

Se pudo comprobar que desde ninguna de las instituciones a las que pertenecen estos especialistas se implementan acciones concretas para proteger a las mujeres maltratadas y sus familiares una vez que hacen la denuncia.

Asimismo, ninguno tuvo en cuenta el daño que se produce en los menores y otros miembros de la familia que vive una situación de maltrato y tampoco existen estrategias para brindarles tratamientos especializados.

El tratamiento que se les da a los maltratadores es fundamentalmente desde el punto de vista legal, o sea una vez que las mujeres hacen la denuncia o piden ayuda a la policía. Lo mismo el fiscal que el jefe de sector señalan que el procedimiento es arrestar al hombre y en dependencia de la gravedad del acto tomar medidas con él.

El psicólogo plantea que desde el punto de vista de salud hay bastante desbalance en los servicios que se les brinda a los hombres violentos, dado precisamente por el hecho de que ellos no piden ayuda. Sin embargo, queda clara la necesidad de implementar la atención de los maltratadores precisamente cuando se conoce que por sí mismos, la mayoría, no solicitará ayuda.

En cuanto a la existencia de otras instituciones que podrían brindar ayuda a las mujeres víctimas de violencia todos los entrevistados hablan de la FMC, de la policía, la Comisión de Prevención, el Cenesex, los CDR. Sin embargo, mecanismos de trabajo conjunto con estas instituciones no tienen ninguno de los especialistas. Algunos de los entrevistados reconocen las deficiencias que existen en el trabajo de estas instituciones en cuanto a la atención que se les brinda a las mujeres víctimas.

Las instituciones y los especialistas que tienen la responsabilidad en esta comunidad de atender a las víctimas y castigar a los victimarios no están capacitados para tales funciones, su preparación es insuficiente para intervenir en la prevención y erradicación de la violencia. Tampoco hay elaborados, a nivel comunitario, protocolos de atención a víctimas o victimarios, los cuales son imprescindibles en las instituciones.

Existe una urgencia de prestarle atención desde todos los factores a este problema social. Las instituciones no deben desentenderse de crear mecanismos y buscar alternativas que propicien una transformación en este sentido.

La miembro del Grupo Nacional entrevistada señala que, gracias al trabajo de esta institución, se ha logrado coordinar acciones concretas y organizar el trabajo de las diferentes instituciones que a él pertenecen. Refiere que, a través de estos años, se han ido haciendo modificaciones al Código Penal para que en este aparezcan referencias explícitas al tema de la violencia contra la mujer, sin embargo, aún hoy se discute sobre la necesidad de incorporar a este una ley de violencia o si lo más adecuado sería incorporar a las leyes

vigentes referencias sobre el tema. Asimismo, se proyectan modificaciones al Código de Familia para incluir igualmente temas sobre violencia. Existen actualmente una serie de metas que contribuirán a mejorar el trabajo de las instituciones, entre ellas están:

- El perfeccionamiento de la legislación como vía para prevenir la violencia.
- Implementar acciones para el tratamiento y protección de las víctimas.
- Promover en el Código Penal la rehabilitación obligatoria de los agresores.
- Esta especialista habla también de ciertas carencias que ha tenido el trabajo que se ha hecho para erradicar la violencia:
- La insuficiente capacitación de los profesionales encargados de atender a las víctimas.
- A pesar de la existencia de líneas de trabajo, la coordinación de las acciones no es suficiente.
- Se ha trabajado poco la atención a los agresores.

El mayor reto que enfrentan hoy día todos estos organismos es el trabajo en la comunidad; crear estrategias para llevar los temas de violencia a cualquier lugar debe convertirse en un objetivo fundamental. La capacitación organizada de la sociedad redundará en cambios eficaces en los modos de ser y pensar con respecto a la violencia.

Por su parte la investigadora de la Cátedra de la Mujer alerta sobre la necesidad de visibilizar la problemática de la violencia, de ganar en la divulgación de todos los temas afines con el problema, de adoptar una perspectiva multidisciplinaria en el enfrentamiento a esta problemática; potenciando la participación femenina en la vida pública y la eliminación de algunas prácticas sexistas que todavía existen; aplicando adecuadamente el enfoque de género a todos los niveles.

Conclusiones

Los resultados que ofrece este trabajo, aun cuando no pueden ser generalizados a la población, pueden contribuir a la toma de decisiones en el perfeccionamiento de estrategias de prevención y atención de la problemática de la violencia en nuestro país. Ellos se expresan de la siguiente manera:

- Si bien es cierto que las políticas puestas en práctica por el Estado Cubano han pretendido colocar a las mujeres en una posición de equidad con respecto a los hombres, la investigación corroboró que aún existen desigualdades de poder entre ambos grupos, lo cual se presenta en relación directa con la violencia ejercida contra las mujeres por parte de su pareja.

- Existe poco conocimiento en estas las mujeres sobre los temas relacionados con la violencia, prevaleciendo en ellas estereotipos patriarcales que perpetúan la subordinación e inferiorización femenina y la no concientización de la violencia simbólica ni sus múltiples mecanismos

- Son las mujeres jóvenes las que perpetúan con más fuerza los patrones de subordinación femenina, a pesar de ser ellas participes de los cambios que se han producido en Cuba, en cuanto a la situación social de las mujeres.

- Presencia de relaciones de pareja basadas en la dominación por parte del hombre, ejerciendo violencia contra la mujer, que va desde la más sutil hasta la más evidente, está presente en todas las mujeres entrevistadas.

- Resulta significativa la presencia de violencia simbólica en la cotidianidad de todas las mujeres de la muestra, con un gran desconocimiento del nivel de victimización y la justificación de tales actos.

- La “naturalidad” con que son asumidas las manifestaciones de violencia demuestran cuán nocivas pueden resultar sus consecuencias al no ser identificadas como algo de lo que deben protegerse.

- Los mecanismos de violencia que reciben la mayoría de estas mujeres pertenecen al grupo de los micromachismos y forman parte de la violencia simbólica, por tanto, debido a los pocos conocimientos que poseen sobre el tema, son tomados por muchas de ellas como conflictos “normales” y propios de cualquier relación de pareja, lo que dificulta identificar por sí solas que están siendo violentadas y crear estrategias adecuadas para evitar y/o enfrentar el maltrato que reciben.

- Muy pocos de los especialistas del ámbito comunitario que fueron consultados demuestran un conocimiento elaborado sobre la problemática y las acciones que pueden llevarse a cabo para prevenir y atender la violencia contra la mujer. Algunos reconocen la necesidad de preparar adecuadamente a los encargados de trabajar directamente con la mujer violentada y mejorar la labor que se realiza desde las diferentes instituciones, a partir de un trabajo conjunto y organizado que incluya la atención que debe brindársele a los maltratadores, para acabar con la violencia.

- Aun cuando la influencia de la cultura patriarcal en las relaciones que establece hoy la mujer cubana, ya sea en la vida pública o privada, es muy significativa, no pueden desconocerse las transformaciones sociales que han logrado discretos resultados en el empeño de modificar las relaciones intergenéricas en pos de la equidad y del respeto a los derechos femeninos.

- Se debe seguir trabajando en la visibilización de los patrones que legitiman la violencia, deconstruyendo los valores que propone la estructura patriarcal para luego resignificar estos valores, poniendo en las manos de las mujeres las herramientas necesarias que pongan fin a los malos tratos.

Bibliografía

Algo más que palabras. El post- Beijing en Cuba. Acciones y evaluación.
Editorial de la Mujer, 2003. La Habana, Cuba.

Antología de la sexualidad humana, tomo I, México, 1994.

Anuario MINSAP, Cuba, 1996.

Artiles de León, Ileana: “¿Aprendemos la violencia?” Revista Sexología y Sociedad, 1996: 2 (4).

Artiles de León, Ileana y colectivo de autores: “Violencia y sexualidad.”
Editorial CientíficoTécnica. La Habana, 2001.

Astelarra, Judith: “¿Libres e iguales? Sociedad y política desde el feminismo.” Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2005.

Bourdieu, Pierre: “La dominación masculina.” Anagrama. Barcelona, 2000.

Caño, Xavier: “Maltratadas. El infierno de la violencia contra las mujeres.” Ediciones Temas de Hoy, S.A., Madrid, 1995.

Castañó, José e Isabel Carvajal: “Gender” En: <http://europarl.eu.int> 2016

Colectivo de autores: “La mujer y la violencia invisible.” Editado por Indugraf S.A., Buenos Aires, 1992.

_____: “Metodología de la investigación.” Segunda edición. 2014.

_____: “Violencia intrafamiliar el Cuba. Aproximaciones a su caracterización y recomendaciones a la política social.” Grupo de Estudios sobre Familia. Centro de investigaciones Psicológicas y Sociológicas. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. Mayo, 2006.

Córdova, Víctor: “Historias de vida. Una metodología alternativa para las Ciencias Sociales.” Fondo editorial Tropikos. Comisión de estudios de postgrado. FACES/U.C.V. Caracas.1990.

Corsi, Jorge: “Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención.” Editorial Paidós, Buenos Aires, 1995.

De Oliveira, Orlandina (compiladora): “Trabajo, Poder y Sexualidad.” Editorial El Colegio de México, D. F., 1989.

De Rubio, Ana: “Presupuestos teóricos y éticos sobre la paz.” Colección Eirene, Universidad de Granada, España, 1993.

De Urrutia, Lourdes y Graciela Hernández (compiladoras): “Selección de lecturas de metodología, métodos y técnicas de la investigación social.” Editorial Félix Varela, La Habana, 2003. Tomo III.

Durán, Ma. Ángeles: “Mujeres y hombres en la formación de la teoría sociológica.” Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1996.

Durkheim, Emile: "De la división del trabajo social." Editorial Shapire, Buenos Aires, 1967.

El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. Editorial Ariel, Barcelona, 2004.

Ellsberg, Mary (coordinadora): "¿Cómo atender a las mujeres que viven situaciones de violencia domestica?" Editado por: Red de Mujeres contra la Violencia y Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Facultad de Medicina UNAN-León, Managua, 1998.

Engels, F.: "El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado" en Obras Escogidas en tres tomos. Editorial Progreso, Moscú, 1974.

Espina Sierra, Elayna Lisset: "Hombres que maltratan a su compañera: ¿Víctimas o victimarios?". Tutora: Clotilde Proveyer Cervantes. Trabajo de Diploma. Facultad de Filosofía e Historia. Departamento de Sociología. Universidad de La Habana, 1999.

Fernández, Ana María (compiladora): "Las mujeres en la imaginación colectiva." Buenos Aires, Paidós, 1992.

Ferreira, Graciela: "La mujer maltratada." Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1989.

Giner, Salvador y Emilio Lamo de Espinosa (editores): Diccionario de Sociología, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1998.

González Pagés, Julio César: En busca de un espacio: Historia de mujeres en Cuba Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2003.

Heller, Agnes: Sociología de la vida cotidiana, Editorial Península, Barcelona, 1977.

Lagarde, Marcela: Género y feminismo. Editorial Horas y Horas, Madrid, 1996.

La prevención y detección de la violencia contra las mujeres desde la atención primaria de salud. Editado por la Asociación para la Defensa

de la Salud Pública de Madrid. Madrid, 2002.

Mazola Fiallo, María Elena: “Sobre los factores históricos de la violencia en Cuba.” Cuba, 1994.

Miranda, María Antonia: “Un niño dice no a la violencia: una aproximación sociológica al tema del maltrato infantil.” Tutora: Clotilde Proveyer Cervantes. Trabajo de Diploma. Facultad de Filosofía e Historia. Departamento de Sociología. Universidad de La Habana, 2005.

ONU. Informe de la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, 1995.

Pérez del Campo, Ana María: Una cuestión incomprendida: el maltrato a la mujer. Editorial Horas y Horas, 2014.

Plataforma para la acción. IV Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre las mujeres. Capítulo IV: Violencia, 2015.

Popowski, Perla: “Estadísticas sobre las mujeres cubanas.” FMC, La Habana, 1995.

Prioridad Salud Pública. FNUAP. “Violencia contra las niñas y las mujeres”. Estados Unidos de América, 2004.

Proveyer Cervantes, Clotilde. Intervención en: Debate de Último Jueves de la revista Temas, septiembre, 2005.

_____: “La identidad femenina y la violencia doméstica. Un acercamiento sociológico a su estudio.” Tesis de doctorado. Departamento de Sociología, Universidad de La Habana, 2001.

_____: “Magnitud del problema de la violencia contra las mujeres y principales formas en que se expresa en el país. Datos básicos.” Trabajo en proceso. 2015

Proveyer Cervantes, Clotilde (compiladora): “Selección de lecturas de Sociología y Política Social de Género.” Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

Ritzer, George: "Teoría sociológica contemporánea." Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

Rivero Baxter, Yisel y Clotilde Proveyer Cervantes (compiladoras): "Selección de lecturas de Sociología y Política Social de la Educación." Editorial Félix Varela. La Habana, 2005.

Teorías sobre Sociedad y educación. Editado por Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

Violencia contra la mujer en la familia. Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1989.

Violencias Sociales. Estudios sobre Violencia. Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

Weber, Max: "Economía y Sociedad." Editorial Ciencias Sociales, Instituto del Libro. La Habana, tomo II, Cap. IX, 1971.

Derecho Laboral y Agrario

La saga del trabajador designado en el Derecho Laboral cubano

Designated Worker's Legend in urban Labor Law

Eulalia de la Caridad Viamontes Guilbeaux

Félix Pedro De Armas Machado

Resumen

Los autores tratan de examinar la validez institucional del llamado en nuestras condiciones sociales “trabajador designado” el cual se hace imprescindible en determinadas actividades del mecanismo económico y de dirección del país. En el plano teórico, la presencia de este funcionario público provoca no pocas dudas y debates lo cual se ve reflejado en el recorrido de su definición jurídica. Los autores examinan los antecedentes históricos del fenómeno y las bases conceptuales que recorren la doctrina en pos de revelar legalmente la importancia y necesidad de esta figura en nuestro Código laboral.

Palabras clave

Legislación laboral, funcionario público, trabajador designado

Abstract

The authors of this article try to examine the institutional validity of the so called in our social conditions “designated worker” who is considered indispensable in certain activities corresponding to the economic and

guide-lines mechanism of our country. Theoretically speaking, the presence of this public official causes many doubts and debates, which are reflected in the route of its juridical definition. The author examines the historical antecedents of the phenomena and conceptual criteria of the doctrine to reveal legally the importance and necessity of this person in our labor code.

Key words

Labor legislation, public official, designated worker.

Introducción

La figura del funcionario público es tan antigua que se remonta al surgimiento de la Administración Pública en la época de las monarquías latina y etrusca en Roma donde, a pesar del poco desarrollo de la organización del reino, aparecieron esferas de actuación como la civil, la militar y la religiosa que necesitaron no solo de quien las dirigiera sino de un grupo de personas que ayudaran a los encargados de tales actuaciones a llevar a cabo desde tareas organizativas importantes hasta las más pedestres, pero con un denominador común: eran ejecutadas por hombres libres y no constituían ni un trabajo manual ni productor de riqueza, sino –como se dice hoy en día– intelectual.

Desde ese momento hasta la actualidad, el funcionario público ha evolucionado para constituir un ente “por el cual habla la Administración Pública” como afirmaba el Dr. Héctor Jaime Garcini Guerra, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, al dictar sus conferencias de dicha asignatura.

Tanto Ruiz y Gómez¹ como Garcini Guerra², acompañados de otros autores extranjeros como Dávalos,³ Lafuente Benaches,⁴ Manzana Laguarda,⁵ Sánchez Morón⁶ y Varela Gil,⁷ coinciden que dentro del grupo de características del funcionario público se encuentran la de ser un sujeto esencial de la Administración Pública, o sea, se halla solamente en el ámbito de los poderes públicos locales y centrales, y son considerados trabajadores de confianza cuando desempeñan cargos cuyas actividades son de supervisión, inspección y control en tal entorno. Su entrada en el mundo de la Administración Pública se produce gracias a la designación o nombramiento, aunque para ello es necesaria la aquiescencia del sujeto en cuestión, de ahí que se requiera la aceptación del cargo debido a la lealtad, probidad y responsabilidad a la que se somete la persona que se pretende designar. De manera que no es un sujeto que se encuentre en el sistema empresarial, en cuyo ámbito las actividades relacionadas con la dirección, la gerencia, la asesoría y la de otros trabajadores de confianza entran en el ámbito del Derecho Privado.

Importante punto de partida para el abordaje de la figura funcionario público resulta la investigación realizada por Sánchez Hernández⁸ en la cual demostró que si bien en nuestro país la figura del funcionario transitó por los mismos rieles que trazaron los países europeos en la Época Moderna, a partir del triunfo de la Revolución de 1959 “... este fenómeno toma otra dimensión; la instauración del sistema socialista luego de su declaración en abril de 1961, provocó gradualmente profundas transformaciones en los fundamentos

¹ Ruiz y Gómez, Julián M: “Principios generales de Derecho Administrativo. El Personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia Cubanos”, primera edición, Cultural S.A., Habana, 1935.

² Garcini Guerra, Héctor: “Derecho Administrativo”, segunda edición, corregida y ampliada. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

³ Dávalos José: “Derecho del Trabajo I”, quinta edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1994.

⁴ La fuente Benaches, Mercedes: “El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

⁵ Manzana Laguarda, Rafael: “Derechos y deberes del funcionario público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

⁶ Sánchez Morón, Miguel: “Derecho de la función pública”, Editorial Tecnos, S.A., 1996.

⁷ Varela Gil, Carlos: “El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano”, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2007.

⁸ Sánchez Hernández, Yohan: “La definición de funcionario público en el Derecho Administrativo cubano”, tesis presentada en opción al título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2011.

políticos, económicos y sociales del Estado y en consecuencia de su actividad administrativa –que se extendió a la prestación de casi todos los servicios–, así como la ruptura total de los postulados clásicos de la función pública de Occidente que habían sido consagrados en los textos legislativos de las primeras cinco décadas del siglo XX, a pesar de que estos postulados nunca funcionaron del todo bien en la práctica”⁹. Y continúa haciendo referencia a la actualidad del tema: “Es por ello que el contexto cubano actual motiva esta investigación, donde la función pública requiere de reformulaciones conceptuales que presuponen reflexionar sobre las distintas definiciones de funcionario público que operan en el ordenamiento jurídico, algunas de ellas contradictorias y excesivas en cuanto a su alcance y otras que adolecen de La imprecisiones jurídicas. Replantearse en nuestro contexto las bases conceptuales a tener en cuenta para proporcionarnos una definición jurídica clara de funcionario público no resulta una tarea fácil, toda vez que la esfera pública alcanza a casi todos los ámbitos”.¹⁰

Desarrollo

En su concepción integracionista de la fuerza laboral, la Ley No. 49 el 29 de diciembre de 1984 “Código de Trabajo” previó - a los efectos del inicio de su relación laboral- como masa trabajadora en el sector civil tanto al “trabajador” (art. 22), como a los “dirigentes, funcionarios y otros de características similares” (art. 22, y del 62 al 64). Pero al mismo tiempo distinguió las respectivas formalizaciones de las relaciones de trabajo en correspondencia con la posición que ocupaban sus sujetos en su desempeño en el mundo laboral. Correspondió así el contrato de trabajo como institución jurídica tradicional del Derecho Laboral para los casos de trabajadores, y el nombramiento para la designación y la elección de los dirigentes y funcionarios como sujetos del Derecho Administrativo.

Sin embargo, la emisión del Decreto-Ley 197 de 15 de octubre de 1999 “Sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de

⁹ Ibídem, p. 2.

¹⁰ Idem.

dirigentes y funcionarios” rompió con la distinción establecida por el Código de Trabajo en cuanto a la forma de iniciar el vínculo laboral para un grupo de trabajadores, trayéndolos de esta forma al campo del Derecho Administrativo. En su Disposición Final Segunda facultó al Ministro de Trabajo y Seguridad Social a dictar las disposiciones complementarias de este Decreto-Ley no solo con respecto a las relaciones laborales de los dirigentes y funcionarios, sino a y a emitir la legislación aplicable a los trabajadores de las categorías de obreros, administrativos y de servicios, ocupantes de cargos que debido a sus características se cubren por designación. De manera que esta Disposición Final Segunda fue el embrión del trabajador designado.

I) Análisis de la regulación jurídica complementaria sobre funcionarios públicos y trabajadores designados

II.) El surgimiento de la figura del trabajador designado o “la administrativización de la relación laboral”: la Resolución No. 15 del MTSS de 18 de abril de 2000

Al ser el Estado cubano el fundamental gestor económico de Cuba dada la naturaleza socialista de su economía, siempre se ha impuesto la necesidad del cuidado de los recursos materiales y financieros con que cuenta aquel para la existencia y desarrollo de la sociedad. De manera que el respeto por parte de todos los sujetos que tienen acceso a tales recursos –como guardianes o utilitarios de ellos– constituye la piedra angular del logro de los objetivos de la Revolución.

Este tema es elemental y común en todo tipo de sociedad, y la historia tanto de otros países como patria ha recaudado anécdotas del agio y la corrupción de determinados sujetos que al tener acceso a recursos los desvían en beneficio propio ya sea para su utilización personal y/o familiar, o para su expendio. Lo deleznable de estos actos tan antiguos como la historia del hombre mismo, es que resultan inconcebibles aún después de tantos años de quehacer revolucionario, de tantas generaciones de cubanos y cubanas nacidos bajo una sociedad construida con sangre y sacrificios de todo tipo.

Muchos analizan este tema desde la perspectiva de la esencia egoísta del hombre, quien con un instinto animal reacciona en pro de su beneficio sin considerar que los valores de honradez y respeto a la legalidad son los tensores de la conciencia de todo individuo que lo lleva a corregir sus inclinaciones hacia lo ilegal. Otros aluden la batalla que sostienen muchas personas consigo mismas, pues la situación económica las impulsa a cerrar los ojos o mirar hacia otro lado, cuando no a ser ellas mismas consentidoras, cómplices, o incluso perpetradoras de acciones violatorias del orden penal. Así, los anti-valores crecen cada día más en la sociedad cubana ante la posibilidad de que algunos (sean familiares, conocidos o vecinos) tengan acceso a posibilidades monetarias para adquirir los bienes y servicios que legalmente se expenden por el propio Estado, lo que desentraña un deseo que se vuelve incontrolable ya sea surgido por un reclamo de su familia o por propia inconformidad. La prensa - sobre todo la escrita, pues el medio lo favorece- siempre ha hecho alguna alusión al tema, aunque a veces se vuelve insistente dado el síndrome de “campana” del que padece el periodismo del país. Pero lo cierto es que a veces “luchar contra la corriente” convierte a los pocos que “se conforman con lo que tienen” en seres de una especie extinta.

Ante esta imposibilidad del Estado cubano de disminuir los delitos económicos y la corrupción dada la falta de control de sus recursos, no quedó otra opción –después de emitir reglamentos disciplinarios con sanciones severas para la comisión de actos que atentan contra la economía nacional– que acudir a la distorsión de figuras jurídicas tradicionales sin considerar que afecta los derechos laborales de sus sujetos y lo peor, no se resuelve el problema. Tales personas se encuentran en la historia del Derecho con sus respectivas naturalezas jurídicas, y le acompañan –para bien o para mal– un conjunto de derechos y obligaciones a la par de un grupo de oportunidades para tener acceso a la justicia, cuestión esta última que ha sido un logro del constitucionalismo contemporáneo.

Sin embargo, la solución práctica fue la emisión de la Resolución No. 15/2000 del MTSS de fecha 18 de abril de 2000 que se aplicó “a los

trabajadores no dirigentes ni funcionarios que laboran en ocupaciones de obreros, trabajadores administrativos y de servicios cuyas características exigen de quienes las desempeñan poseer, entre los requisitos de idoneidad demostrada, los de confiabilidad y discrecionalidad reconocidas, previo a su designación”. Estos trabajadores eran aquellos que en los cargos u ocupaciones que desempeñaban:

a. Realizaban con carácter permanente, tareas o actividades auxiliares, al servicio directo de dirigentes superiores o intermedios del Estado y Gobierno, Directivos de las empresas, unidades presupuestadas, instituciones y entidades nacionales;

b. Elaboraban, procesaban y custodiaban información clasificada o restringida;

c. Organizaban y coordinaban el trabajo de un pequeño grupo de trabajadores de su categoría ocupacional;

d. Tenían bajo su custodia personal recursos materiales y financieros de la entidad;

e. Otras tareas de naturaleza similar.

Las peculiaridades de esta disposición jurídica consistieron en:

1) Sus destinatarios, quienes estaban incluidos en el listado de la propia Resolución, quienes sin ser dirigentes ni funcionarios, sino esencialmente trabajadores pues se trataba de obreros (“jefes de brigada”), trabajadores administrativos (“secretarías ejecutivas” y “encargados de almacén”) y de servicios (“choferes de Ministros, Viceministros, Directores y otros jefes de entidades”, eran convertidos en sujetos del Derecho Administrativo.

2) La inclusión de los requisitos de confiabilidad y discrecionalidad dentro del concepto de idoneidad demostrada de estos trabajadores, exigencias estas que son exigibles a los sujetos del Derecho Administrativo y sin embargo se les impuso a sujetos del Derecho Laboral.

3) Las características de dichas tareas, a saber: su carácter permanente, el área en la que se desempeñaban (“al servicio directo de dirigentes superiores o intermedios del Estado y Gobierno, Directivos de las empresas, unidades presupuestadas, instituciones y entidades nacionales”), su objeto (“elaboran, procesan y custodian información clasificada o restringida”), la subordinación organizativa de otros sujetos a ellos (“organizan y coordinan el trabajo de un pequeño grupo de trabajadores de su categoría ocupacional”), y la responsabilidad suprema que tenían de los bienes la entidad (“custodia personal de recursos materiales y financieros de la entidad”). La última de las mencionadas peculiaridades no solo era vaga e imprecisa, sino que propiciaba la inclusión de otra función que en definitiva no correspondía con los propósitos del legislador, ya que de su redacción (“otras tareas de naturaleza similar”) se podía colegir que su prescripción podía estar en manos de otra persona que no fuera el que la emitió, lo que de hecho complejizaba el contenido de trabajo del trabajador designado.

4) La propensión a una inagotable proliferación de estos sujetos al consignarse la determinación adicional de una lista de ocupaciones para cuyo desempeño se designan a los trabajadores, lo cual debía ser legitimado con su inscripción en los Lineamientos Generales para la elaboración de los Convenios Colectivos de Trabajo de las entidades pertenecientes a sus respectivos sistemas.

5) La merma del valor del contrato de trabajo como forma de iniciar la relación laboral al ser sustituido por el nombramiento.¹¹

6) La anulación de la voluntad del trabajador designado al momento de efectuar su movimiento o traslado (“El movimiento de los designados a que se refiere la presente Resolución, consiste en el cambio de la situación laboral del trabajador designado como consecuencia de una decisión adoptada por la autoridad u órgano facultado respecto a su nombramiento, sin que concluya

¹¹ “La relación laboral para ocupar los cargos u ocupaciones por designación contemplados en la presente, se formaliza con el nombramiento mediante escrito firmado por la autoridad u órgano facultado o por delegación de la dirección de la entidad, sin sujeción a las normas y procedimientos aplicables al resto de los trabajadores, respecto a la admisión al empleo y sin que medie contrato de trabajo alguno”.

la relación laboral con la entidad”) en los casos de promoción a cargo u otra ocupación (pues puede que el trabajador no esté interesado en ello), y su reubicación para un cargo u ocupación, por necesidades de la producción o los servicios (aunque no sea interés del trabajador). Este criterio de los autores se fortalece con la lectura del apartado NOVENO (“A los trabajadores que cesan en las ocupaciones para las que fueron designados, como consecuencia de las causales señaladas en los incisos a) y b) del apartado anterior, y no acepten la reubicación asignada injustificadamente, la administración, puede dar por terminada la relación laboral”). Es decir, no tenían el derecho a pasar a otra plaza de la plantilla de la propia entidad, de lo contrario, perdían el vínculo laboral.¹²

Este último extremo es contradictorio pues entre las causas de terminación de la relación laboral de los designados por iniciativa de la administración establecidas por el apartado décimo de dicha Resolución, no está consignada la negativa prevista en el apartado noveno de la propia regulación, a menos que se interpretara que la no aceptación era una manifestación de pérdida de la idoneidad demostrada, cuestión que resulta bastante distante de lo que esta institución jurídica del Derecho Laboral significa.

A partir de la vigencia de esta Resolución No. 15 la realidad laboral cubana fue escenario de la presencia excesiva de funcionarios en el sector de la Administración Pública y en el empresarial que provocó la deslaborización de la fuerza de trabajo a ritmo de un “efecto dominó”, cuya génesis estuvo en el uso abusivo de la designación como forma de acceso al trabajo en plazas que tradicionalmente eran ocupadas gracias a la concertación del contrato de

¹² El apartado décimo establecía: “La relación laboral de los designados puede terminar por iniciativa de la administración debido a las causas siguientes:

- a) Declaración de disponibilidad del trabajador por amortización de la plaza que ocupaba, siempre que no exista reubicación laboral o existiendo, no sea aceptada por él;
- b) Pérdida por el trabajador de la idoneidad demostrada para el desempeño de la ocupación;
- c) Invalidez parcial acreditada por peritaje médico, cuando no acepte injustificadamente las propuestas de reubicación laboral;
- d) Vencimiento del plazo de la licencia no retribuida para el cuidado de los hijos, sin que la trabajadora se haya reintegrado al trabajo;
- e) Extinción de la entidad laboral, cuando no exista otra que se subrogue en su lugar;
- f) Sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos, cuando excedan de seis meses;
- g) Separación definitiva de la entidad por violación de la disciplina laboral.

trabajo, en especial en trabajadores que iniciaron su relación jurídica como tales y que durante su transcurso fueron convertidos en. Esto condujo a la desaparición de los ciertos derechos que les asistían, pues no se aplicaron los principios del Derecho Laboral a una relación eminentemente tutelada por aquel, como son el carácter protector, y la continuidad de la relación laboral.

III) Resolución No. 16 del MTSS de 18 de abril del 2000: el “boom” de los funcionarios

En cuanto a los funcionarios y consustancial al texto del Decreto-Ley No. 36 de 29 de marzo de 1980, fueron establecidas por la Resolución No. 449 de 8 de mayo de 1980 del CETSS las instrucciones metodológicas a observar por las administraciones para proponer la aprobación de los cargos a identificar como de funcionarios, lo cual dejaba a tales administraciones la facultad de decidir ellas mismas cuáles debían ser las plazas para funcionarios a partir de sus necesidades.

Con la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 197 supra mencionado que derogó al referido Decreto-Ley No. 36, se facultó al MTSS para que dictara las disposiciones complementarias sobre las relaciones laborales de los dirigentes y funcionarios designados. En consecuencia, y con el propósito de descentralizar las acciones que estaban concentradas en organismos superiores, fue dictada la Resolución No. 16 de 18 de abril del 2000 del MTSS que derogó no solo la aludida Resolución No. 449 de 1980 sino también las aprobaciones realizadas al amparo de esta última en cuanto a la determinación de los cargos de funcionarios. El proceso de descentralización de la determinación de tales cargos comenzaba a partir de que los propios jefes de los organismos, órganos y entidades nacionales o los dirigentes en que delegaran, de común acuerdo con el sindicato nacional correspondiente, podían determinar el listado de los cargos que adicionalmente serían considerados de funcionarios de sus respectivos sistemas, por reunir las condiciones establecidas en el apartado precedente, lo cual se inscribían en los Lineamientos Generales para la elaboración de los Convenios Colectivos

de Trabajo y por tanto en tales acuerdos quedaban determinados los cargos de sus plantillas identificados como de funcionarios, y se informaría de ello a los trabajadores.

La mencionada Resolución No. 16 de 2000 en su apartado PRIMERO, retomó el concepto de funcionario establecido ya en el aludido Decreto Ley No. 197 en su artículo 2 apartado b); pero en el párrafo segundo de esta definición se precisa que “en un anexo, formando parte de dicha Resolución, se relacionan cargos identificados como funcionarios que podrán ser utilizados como tal, en todos los órganos, organismos y entidades nacionales”.

Así, esta Resolución consideró como cargos de funcionarios aquellos de carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública o en las entidades de producción, servicios, administración y otras, en los cuales los trabajadores que los desempeñaban tenían atribuciones específicas y alguna esfera de decisión limitada, pudiendo organizar, distribuir y controlar la labor de un pequeño grupo de trabajadores.

A partir de la lectura de esta nomenclatura de cargos y de su apartado SEGUNDO, Sánchez Hernández considera que dicho precepto “...está dirigido a delimitar conceptualmente la definición de funcionario laboral y no la de funcionario público, aunque en dicha nomenclatura sí están incluidos cargos públicos cuyos sujetos activos son funcionarios públicos, pero la mayoría no lo son, por lo que se acrecienta la imprecisión conceptual entre ambas figuras, que ahora también se amplía más allá de los presupuestos del propio Decreto-Ley No. 197 de 1999”.¹³

De esta definición relativa al contenido de un cargo de funcionario, los autores deducen la existencia de tres elementos esenciales que serán muy útiles para un análisis posterior: el carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública o en las entidades de producción, servicios, administración y otras; las atribuciones específicas y alguna esfera de decisión limitada y las acciones consistentes en organizar, distribuir y controlar la labor de un pequeño grupo de trabajadores.

¹³ Sánchez Hernández, *ibídem*, p. 69.

En la Resolución No. 16 que se comenta se previó a modo de ejemplo – aunque también sirvió de guía- que serían funcionarios aquellos que ocuparan cargos como los de asesores, auditores, inspectores, supervisores y especialistas principales, indicándose (por añadidura) los llamados cargos de funcionarios de utilización general,¹⁴ o sea los que podían ser incluidos en la plantilla de todo organismo por relacionarse con tareas comunes a la gran mayoría de los OACE.

Pero también en su texto se incluyó otra fórmula para considerar como funcionarios aquellos cargos que en su desempeño habitual se exigieran condiciones especiales de confiabilidad y responsabilidad, en tareas como: elaborar informes y propuestas sobre asuntos económicos, jurídicos, o sociales que sirvan de base para la toma de decisiones de políticas nacionales en esas esferas; ostentar por delegación la representación de la persona jurídica donde laboran para la tramitación y solución de asuntos complejos; realizar con autodeterminación propuestas fundamentadas para la solución de expedientes, solicitudes, quejas y reclamaciones de personas naturales o jurídicas; y emitir certificaciones de documentos oficiales o públicos para su utilización en trámites legales.

De manera que la determinación de los cargos de funcionarios se realizaba según tres fórmulas:

1) La identificación del cargo en el que estén presentes un carácter profesional de complejidad y responsabilidad en la función pública o en las entidades de producción, servicios, administración y otras; unas atribuciones específicas y alguna esfera de decisión limitada y unas acciones consistentes en organizar, distribuir y controlar la labor de un pequeño grupo de trabajadores.

¹⁴ Tales cargos fueron auditor “A”, “B” y “C”, inspector estatal según el Decreto No. 100 que lo había instituido, inspector laboral, especialista “A” y “B” en asuntos jurídicos, especialista en colaboración bilateral, especialista en organismos internacionales, analista financiero ramal, contador analista, especialista ramal en estadística, especialista ramal en organización del trabajo y los salarios, especialista ramal en planificación, especialista ramal en protección del trabajo, especialista en sistemas de computación, especialista en análisis de sistemas, analista “A” en sistemas de computación, especialista “A” y “B” en planificación y desarrollo con los cuadros y todos los cargos técnicos del grupo XV de la escala salarial.

2) La identificación de empleos tradicionalmente reconocidos (siempre que fueran necesarios y afines con la actividades del organismo, por supuesto) como asesores, auditores, inspectores, supervisores y especialistas principales, asociándose a otros cargos de utilización general pero con un determinado grado de especialidad que hacía que se diversificara la tarea tanto por el nivel (A, B, o C) por especialidades profesionales (asuntos jurídicos; financiero; laboral, organización del trabajo, los salarios y protección del trabajo; sistema de planificación; organismos internacionales y colaboración internacional; analistas de sistemas; computación; estadísticas; contaduría; planificación y desarrollo con los cuadros, hasta todos los profesionales del país que formaban parte del grupo XV de la escala salarial.

3) La exigencia, en su desempeño habitual, de condiciones especiales de confiabilidad y responsabilidad en tareas que o bien asociaban un desempeño técnico profesional con la toma de decisiones políticas, o que por sustitución debían tomar definiciones complejas, o formular propuestas de decisiones que involucraran en sus asuntos los destinos de tercera personas tanto naturales como jurídicas o finalmente la emisión de certificaciones para su utilización en trámites legales.

Tal amasijo de fórmulas en lugar de servir de guía, facilitó que quedaran involucrados tantos sujetos en calidad de funcionarios que se administrativizaron actuaciones que bien hubieran podido determinarse de manera más sencilla y exacta, sin privarlos de las determinaciones de las que disfruta cualquier trabajador gracias al contrato de trabajo.

Los autores consideran que el leif motiv de las Resoluciones 15 y 16, ambas del 2000 y dictadas por el MTSS, fue tener un control mayor sobre estos trabajadores para poder utilizarlos en respuesta a las necesidades de la administración, cuando pudieron ser considerados trabajadores de confianza en los casos que correspondieran. Si bien la Resolución 15 no les negaba el acceso a la justicia ante la imposición de medidas disciplinarias a tenor del Decreto-Ley No. 176/97, ni la Resolución No. 16 tampoco negó el derecho a la impugnación de las medidas disciplinarias impuestas de acuerdo al Decreto-

Ley 197, ambas forzaron las relaciones laborales de la manera siguiente:

1) En la Resolución No. 15 del 2000 se privó al trabajador a que pudiera manifestar su voluntad en ciertos momentos de la relación laboral (traslado), incluida su terminación por razones que en su condición de trabajador simple hubiera motivado su permanencia en la plaza o su traslado.

2) En la Resolución No. 16 del 2000, el tríptico de determinaciones para declarar una plaza como cargo de funcionario propendió a que se convirtieran en tales a trabajadores que pudieron seguir siendo sujetos de la relación laboral bajo los cánones del contrato de trabajo, pues la inclusión de determinadas acciones y funciones - incluso nomenclaturas que respondían a objetivos diferentes- abrió el abanico de empleos que fueron transformados en funcionarios.

IV) La Resolución No. 18 del MTSS de 18 de abril de 2012 ¹

La Resolución que da título a este epígrafe es una mezcla de los objetivos que en su momento se plantearon las Resolución No. 15 sobre trabajadores designados y la Resolución No. 16 sobre la determinación de cargos de funcionarios ambas del 2000, pues la Resolución No. 18 del 2012 tiene como objetivo el establecimiento de las disposiciones complementarias respecto a las relaciones laborales de funcionarios y otras categorías ocupacionales que ocupan cargos que debido a sus características se cubren por designación del jefe autorizado para ello, cuales son:

a) administradores, jefes de establecimientos y unidades no categorizados como cuadros y jefes de pequeños centros de servicios gastronómicos, comerciales, ventas de alimentos, panaderías que tienen bajo su custodia recursos materiales y financieros de la entidad, entre otros, los que se ubican en la categoría ocupacional de servicios;

b) jefes que organizan y coordinan el trabajo de un pequeño grupo de trabajadores, comprende a los jefes de brigada, taller, encargados de almacén que tiene bajo su custodia recursos materiales de la entidad entre otros,

¹ Idem.

los que se ubican en la categoría ocupacional de operarios, y trabajadores que ocupan cargos de las categorías ocupacionales de operario, servicios, administrativos y técnicos, para los que se exigen determinados requisitos adicionales, por laborar directamente o auxiliar a los directivos superiores o directivos del Estado y el Gobierno; comprende a los que tiene acceso a personas o instituciones extranjeras debido a la actividad que realizan, trabajadores de las oficinas de información clasificada, secretarías y choferes.

c) trabajadores que cumplen otras tareas de naturaleza similar a las descritas en los incisos anteriores.

Esta norma continua la tradición de las Resoluciones No. 15 y No. 16 al prever que los jefes de órganos, organismos, entidades nacionales y Consejos de la Administración del Poder Popular de común acuerdo con el sindicato correspondiente, teniendo en cuenta la naturaleza del trabajo, los requisitos y demás aspectos establecidos en la ley, determinan el listado de cargos de funcionarios y de los que en adición a los establecidos en el apartado anterior se cubren por designación, previa compatibilización con el MTSS y lo actualizan según sus requerimientos, para que luego de su aprobación se inscriban en los Convenios Colectivos de Trabajo correspondientes.

Cualquiera de las relaciones laborales de los trabajadores comprendidos en el apartado primero, se formalizan con el nombramiento mediante escrito o Resolución, firmado por el jefe facultado o por quien este delegue, lo que implica que también continua la tradición de utilizar un documento jurídico propio del Derecho Administrativo en lugar del contrato de trabajo.

Sin embargo, el apartado CUARTO diferencia la regulación jurídica a emplear en términos de relaciones laborales y régimen disciplinario de los funcionarios y los jefes que se refiere el inciso a), o sea, administradores, jefes de establecimientos y unidades no categorizados como cuadros y jefes de pequeños centros de servicios gastronómicos, comerciales, ventas de alimentos, panaderías que tienen bajo su custodia recursos materiales y financieros de la entidad, entre otros, los que se ubican en la categoría ocupacional de servicios.

Para estos casos se aplica el Decreto-Ley No. 197 de 15 de octubre de 1999 hasta tanto se dicte la norma jurídica de rango superior correspondiente.

Tratamiento diferenciado lo reciben los trabajadores de otras categorías ocupacionales que se consignan en el propio apartado CUARTO inciso b) - jefes que organizan y coordinan el trabajo de un pequeño grupo de trabajadores, comprende a los jefes de brigada, taller, encargados de almacén que tiene bajo su custodia recursos materiales de la entidad entre otros, los que se ubican en la categoría ocupacional de operarios- , y en el inciso c) - trabajadores que ocupan cargos de las categorías ocupacionales de operario, servicios, administrativos y técnicos, para los que se exigen determinados requisitos adicionales, por laborar directamente o auxiliar a los directivos superiores o directivos del Estado y el Gobierno; comprende a los que tiene acceso a personas o instituciones extranjeras debido a la actividad que realizan, trabajadores de las oficinas de información clasificada, secretarias y choferes. Para ambos grupos, se establece que:

1) a los efectos de la permanencia en el cargo se les exige como uno de los requisitos de idoneidad demostrada, los de responsabilidad y discreción.

2) a los efectos de la terminación de la relación laboral se aplican las causas y los procedimientos establecidos para el resto de los trabajadores en la legislación de aplicación general y específica, según sea el caso.

3) a los efectos de la aplicación de las medidas disciplinarias y solución de los conflictos por inconformidad de los trabajadores, con motivo de la aplicación de dichas medidas, y de reclamación de los derechos laborales, es el contenido en el DL 176 de 15 de agosto de 1997 “Sistema de Justicia Laboral”² y su legislación complementaria, y el específico que rige para la rama, sector o actividad en que laboran.

Los autores consideran pertinente precisar que si bien -de acuerdo a la Resolución que se analiza- al trabajador designado lo acompaña la legislación laboral en materia de terminación de su relación de trabajo, de exigencia de disciplina y acceso a la justicia, no se extiende la protección a sus derechos

² En la actualidad se rige por el Decreto No. 326 de “Reglamento del Código de Trabajo” de 12 de junio de 2014.

relativos a la modificación de su relación laboral, por lo que aún quedan lastres de la legislación derogada.

V) El trabajador designado y el nuevo Código de Trabajo

Con el nuevo “Código de Trabajo” puesto en vigor por la Ley No. 116 de 20 días del mes de diciembre de 2013, la figura del trabajador designado vuelve a hacer su aparición en la escena laboral cubana, por ser un sujeto al que se le exigen requisitos de confiabilidad y discreción. El segundo párrafo del art. 20 establece que la relación laboral de estos sujetos se establece mediante una Resolución o un escrito fundamentado, firmado por la autoridad facultad. La muestra de que esta figura continúa perteneciendo al Derecho Administrativo es que su firma implica la aceptación del cargo, y lo compromete a aceptar obligaciones que fueron objeto de un acuerdo mutuo.

Pero no todo está perdido para el trabajador designado. El Decreto No. 326 de fecha 12 de junio de 2014, “Reglamento del Código de Trabajo”, se dispone en su art. 98 que para los administradores, jefes de establecimientos, unidades y otros que se ubican en la categoría ocupacional de servicios y tienen bajo su custodia recursos materiales y financieros, se rigen por la legislación aprobada para los funcionarios. Sin embargo, el propio precepto establece que en el caso de los jefes de brigada, taller, encargados de almacén entre otros que se ubican en la categoría ocupacional de operarios o servicios, y de los trabajadores que ocupan cargos de las categorías ocupacionales e operarios, servicios, administrativos y técnicos para los que se exigen requisitos adicionales, y que trabajan en determinados niveles de dirección, se aplica lo dispuesto en el Código y el propio Reglamento.

Pero aún quedan dos cuestiones que pueden conducir a una disfunción de este título del Código. La primera se refiere a la expresión “y otros” en los art. 96 inc. a) y b). El permitir que con posterioridad se adicionen más circunstancias o sujetos de acuerdo al criterio de otra persona que no que sea el legislador, se presta para que lo incluido no sea lo adecuado. Lo mismo ocurre con el inc. c) del propio artículo.

La segunda es relativa a lo dispuesto en el art. 97 que otorga a un abanico de niveles de dirección la facultad de definir los cargos que se cubren por designación. Esto se presta para que exista un desbalance entre las definiciones que se determinen y el resultado sea contrario a la voluntad del legislador, y se obtenga un incremento de trabajadores designados, que debe ser la excepción y no la regla.

Por supuesto, queda por ver el desarrollo de la implementación práctica de lo previsto en el Código de Trabajo, su Reglamento y en cuanta regulación complementaria se emita sobre el tema, por lo que los autores del presente artículo no han cerrado del todo el debate.

Conclusiones

1. El surgimiento y evolución de la función pública, ya sea en una misma formación económico-social, o de una formación económico-social a otra, es un fenómeno asociado al grado de desarrollo de las fuerzas productivas que demandan una superestructura organizativa de ese Estado para poder cumplir los objetivos de la sociedad que son en definitiva los de su clase dominante.

2. En nuestro devenir histórico-jurídico el funcionario público cumplió con su misión clasista, aunque no fue reconocido conceptualmente, cuestión que se ha tratado de lograr desde la etapa revolucionaria de la institucionalización, aunque continúa desdibujado, pues no se integran en su concepción todos sus elementos esenciales, sino se tiende a su definición.

3. El trabajador designado es un sujeto necesario en determinadas esferas del país, por la manifestación de sus tres requisitos esenciales: confiabilidad, discreción y la idoneidad demostrada. Por tanto, no debe proliferar, al tiempo que se le debe dedicar a tareas realmente necesarias y con el respeto a sus derechos laborales.

4. El trabajador designado -como un sucedáneo del funcionario en la esfera laboral- fue diseñado sobre bases desprotectoras de sus derechos

laborales, pero la vigente legislación laboral lo reivindicó para los casos previstos en el art. 96 b) y c) en términos de aplicación a relaciones de trabajo y régimen disciplinario, aunque quedan fisuras en su reconstrucción como institución jurídica.

Bibliografía

Colectivo de Autores: “Derecho Laboral, Parte General”, ENSPES, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, 1985.

Dávalos, José: “Derecho del Trabajo I”, quinta edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1994.

Garcini Guerra, Héctor: Derecho Administrativo, segunda edición, corregida y ampliada. Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986.

Jiménez Murillo, Roberto: “La designación y remoción de funcionarios en cargos de confianza de la Administración Pública”, en: Gestión Pública y Desarrollo, enero de 2012, pp. A1-A4.

Lafuente Benaches, Mercedes: “El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Manzana Laguarda, Rafael: “Derechos y deberes del funcionario público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Parada, Ramón: “Derecho Administrativo II” undécima edición, Marcial Pons, 1997.

Sánchez Hernández, Yohan: “La definición de funcionario público en el Derecho Administrativo cubano”, tesis presentada en opción al título de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2011.

Sánchez Morón, Miguel: Derecho de la función pública, Editorial Tecnos, S.A., 1996.

Reyes Saliá, Miguel: Derecho laboral, Editora André Voisin, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1987.

Ruiz y Gómez, Julián M: “Principios generales de Derecho Administrativo. El Personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia Cubanos”, primera edición, Cultural S.A., Habana, 1935.

Varela Gil, Carlos: “El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano”, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2007.

Viamontes Guilbeaux, Eulalia: “Elementos de Derecho Laboral Cubano” ENSPES, La Habana, 1985. Tomo I.

_____: “Derecho Laboral Cubano. Teoría y legislación”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

_____: “Derecho Laboral Cubano. Teoría y legislación”, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007.

Legislación

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976.

Constitución de la República de 1976, modificada en 1992.

Ley No. 49 “Código de Trabajo” de 28 de diciembre de 1984.

Ley No. 116 “Código de Trabajo” de 20 de diciembre de 2013

Decreto-Ley No. 176 Sistema de Justicia Laboral de 15 de agosto de 1997.

Decreto-Ley No. 196 “Sistema de Trabajo con los cuadros del Estado y el Gobierno” de 15 de octubre de 1999.

Decreto-Ley No. 197 “Sobre las relaciones laborales del personal

designado para ocupar cargos de dirigentes y de funcionarios” de 15 de octubre de 1999.

Decreto Ley No. 251 de 2007 de 1ro. de agosto de 2007

Resolución No. 15 del MTSS de 18 de abril de 2000.

Resolución No. 16 del MTSS de 18 de abril de 2000.

Resolución No. 18 del MTSS de 18 de abril de 2012.

Necesidad de una reingeniería de la justicia agraria en Cuba

Need to produce a new engineering of the Agrarian Justice in Cuba

Roy Ramón Philippón

Resumen

Basado en un concepto amplio de la justicia agraria que incluye el bienestar y el desarrollo más amplio de las personas y de las comunidades que habitan nuestros campos, el autor demuestra la necesidad de perfeccionar los mecanismos y procesos jurídicos que conforman el sistema agropecuario en Cuba. En tal sentido deben instrumentarse mecanismos que funcionen con agilidad e inmediatez como lo demanda la actividad agropecuaria. Entre las propuestas que se asumen está la necesidad de una reingeniería de la justicia agraria como también de una jurisdicción agraria; solo en este sentido la tierra podría cumplir su función económica, social y ambiental más allá de lo refrendado en las constituciones o en las legislaciones,

Palabras clave

Actividad agropecuaria, legislación agraria, justicia agraria, reingeniería de la justicia agraria, jurisdicción agraria

Abstract

Based on a wide concept of the agrarian justice, which includes the welfare and a wider development of people and communities that inhabit our fields, the author demonstrates the need of improving the juridical mechanisms

and processes that shape the Agrarian System in Cuba. Taking this into consideration, some mechanisms that function very agile and with immediacy, as agrarian system demands, should be implemented. Among the suggested proposals, we can mention, the need of a new engineering of the agrarian justice, and an Agrarian Jurisdiction as well; only this way, land could play its economic, social and environmental role better than the way it is authenticated in constitutions and legislations.

Key words

Land-and-cattle activity, agrarian legislation, agrarian justice, agrarian justice new engineering, agrarian jurisdiction

Introducción

Vinculado al desarrollo económico y social y de las múltiples relaciones de contenido agrario que se producen en todo el ciclo biológico,³ se generan derechos, deberes, conflictividad, acciones, omisiones, actos ilícitos, incumplimientos de obligaciones y actos jurídicos, que no todos pueden ser resueltos por los procedimientos tradicionales de solución de conflictos.

Para que la tierra cumpla su función económica, social y ambiental, no basta con que esté refrendado en las constituciones o en las legislaciones, deben instrumentarse mecanismos que funcionen con agilidad e inmediatez, como demanda la actividad agropecuaria. He aquí la necesidad de que exista una jurisdicción agraria y la justicia agraria.

En Cuba se ha producido una amplia gama de relaciones y actividades de carácter agrario, que revelan hechos, como antecedentes de la justicia agraria, que en la actualidad en lo fundamental está asignada a la jurisdicción administrativa del Ministerio de la Agricultura y que varias investigaciones desarrolladas⁴ con anterioridad la identifican como necesitada de una

³ Vid. Brebbia, Fernando P.: "Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado". Instituto Argentino de Derecho Agrario Rosario Argentina, 1997, p. 6.

⁴ Pavo Acosta, Rolando, Mecanismos y Procedimientos de solución de reclamaciones y conflictos agrarios en Cuba (Tesis Doctoral), Cuba, 1997; ME. p. 6.

transformación, por lo que la vía judicial pudiera ser la solución definitiva, lo que se hace más urgente, cuando en el escenario agrario cubano a partir del año 2008 con la puesta en vigor del Decreto Ley 259,⁵ se ha complejizado con más de 170 mil nuevas entregas de tierra en usufructo,⁶ previéndose un aumento de la conflictividad, razones por la que aun cuando hemos estudiado e investigado otros temas, este se ha convertido a nuestro juicio de imperiosa necesidad para el país, por lo cual lo hemos elegido para ser expuesto, máxime cuando la expectativa que se tenía con el Centro Nacional de Control de la Tierra, se convirtiera en un órgano de solución de conflictos y reclamaciones agrarias adscrito al Ministerio de la Agricultura, la que no se cumplió.

Las condiciones económicas sociales de la Cuba de hoy, requiere de soluciones justas, ágiles y acorde a los principios políticos del socialismo, siendo evidente que la justicia agraria está requerida de un perfeccionamiento, por lo que nos propusimos realizar una investigación con el objetivo de reclamar la atención sobre la necesidad de transformar la jurisdicción agraria administrativa, como paso inicial de una transformación gradual a la jurisdicción judicial o combinada, cuyo resultado sintetizamos en el presente trabajo.

Para ello realizamos un breve análisis de la Jurisdicción Agraria en algunos países de América Latina y de sus transformaciones o reestructuraciones realizadas a sus sistemas judiciales a través de los llamados procesos de reingeniería; y de Cuba a partir sus antecedentes en las etapas colonial y republicana y en la actualidad y de los mecanismos que resuelven las reclamaciones y conflictos en asuntos agrarios, para el cual nos valimos de los métodos de investigación del nivel teórico Referativo; de Análisis Exegético, de Documentos y Jurídico Comparado; y Jurídico-filosófico y el empleo de técnicas del nivel empírico como la Observación tomando como soporte: los libros de registros del Ministerio de la Agricultura y técnicas como la entrevista

⁵ Decreto-Ley No. 259 “Sobre la entrega de tierras ociosas en usufructo”, de 10 de julio de 2008.

⁶ según Informe presentado a la Comisión de Asuntos Agrarios el 23 de mayo de 2012 sumaban 171 326.

dirigida a especialistas y funcionarios de las instituciones relacionadas con la cuestión agraria, a expertos y otras personas con experiencia (asesores jurídicos, jueces, fiscales, abogados y otros juristas y profesionales del sector agropecuario); entrevistas no estructuradas a determinadas personalidades que por el cargo desempeñado han tenido experiencias sobre el tema, con el objeto fundamental de obtener datos y valoraciones que apoyaran la investigación; así como la medición sociológica.

El análisis de documentación de instituciones estatales, científicas, sociales, de la literatura jurídica, de informes, resúmenes analíticos y estadísticos, relatorías de eventos científicos, ponencias de autores cubanos y extranjeros, legislaciones vigentes o no disponible en centros de información, bibliotecas públicas y personal, en internet, entrevista a personalidades y autoridades en la materia agraria, agricultores.

Los principales resultados del trabajo se constituyen en su aporte científico consisten en:

1. Caracterización de los órganos de solución de conflictos agropecuarios, en Cuba.
2. Obtención de un material bibliográfico actualizado, para la consulta de especialistas, estudiosos de la temática y operadores del derecho.

Desarrollo

Breve referencia a la justicia agraria en algunos países de América Latina

Una definición de justicia muy antigua que se atribuye a Ulpiano, es “justitia est constans et perpetua voluntas jus suum quique tribuyendo”.⁷ El concepto de justicia tiene su origen en el término latino “iustitia” y permite denominar a una de las cuatro virtudes cardinales, aquella que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece; la justicia es aquello que debe hacer según el derecho, la razón y la equidad. Cuando un sujeto pide justicia, lo que hace es pedir al Estado que garantice que el hecho sea juzgado de acuerdo a la

⁷ ..la justicia es la constante y reiterada voluntad de atribuir a cada cual su derecho, <http://definicion.de/justicia/>

ley vigente; puede decirse que la justicia tiene un fundamento cultural y hasta religioso,⁸ basado en un consenso social sobre lo bueno y lo malo y un fundamento formal, que es codificado en disposiciones escritas, aplicadas por jueces y personas especialmente designadas.

Con el título Justicia agraria, en 1787 Thomas Paine⁹ escribió un artículo a manera de panfleto político, donde reflexionaba que, “la tierra, en su estado natural de baldías [...] fue la propiedad común de la raza humana” y consideraba que para cultivarla de mejor manera se estableció la propiedad privada y opinaba, que las necesidades básicas de toda la humanidad deben ser de algún modo previstas por aquellos con propiedad, partiendo de la noción de que aceptar un derecho para uno mismo, se convierte en el deber de garantizarlo a los otros; así sostiene a la vez que, la propiedad es un derecho inalienable y que la pobreza no es un estado natural de la humanidad sino todo lo contrario, que proviene de, un desequilibrio del orden natural en la edad media causado por monopolios sobre la tierra. Este escrito originó el desarrollo de otras concepciones filosóficas y políticas relacionadas con la tierra y lo agrario.

La fracción XIX del Artículo no. 27 constitucional de México establece como funciones del Estado la impartición, administración y procuración de la justicia agraria, que tienen como objetivos garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, resolver los conflictos derivados y brindar asesoría legal a los campesinos.

Gómez de Silva,¹⁰ define el concepto de justicia agraria como, “El anhelo que comparten los miembros del sector rural de la sociedad, para alcanzar los niveles de bienestar general de que gozan los otros sectores” y Abelardo Escobar,¹¹ asegura que en “las instituciones agrarias del gobierno federal,

⁸ En materia de la religión, la justicia es el atributo de Dios por el cual ordena todas las cosas en número, peso o medida. Así, la justicia es la divina disposición con que castiga o premia, según merece cada uno. Vid. RODRÍGUEZ MEJÍA, Gregorio: La Justicia Agraria, <http://www.juridicas.unam.mx/inst/direc/datper.htm?p=gregorio>.

⁹ Thomas Paine: Pensador político, revolucionario, ilustrado y liberal inventor, intelectual, radical, revolucionario y publicista de origen inglés. <http://www.frasesypensamientos.com.ar>.

¹⁰ GÓMEZ de SILVA CANO Jorge J.: La Justicia Agraria y el Desarrollo Rural Integral Agrario, p, 66, [En línea], Disponible En: http://www.pa.gob.mx/publica/rev_23/Jorge%20J.pdf.

¹¹ Secretario de la Reforma Agraria, de México, el 1ero de octubre de 2011 en la IV Reunión Nacional de Capacitación Jurídica de la Procuraduría Agraria, “justicia agraria” significa modernidad, [En línea], Disponible En: <http://noticias.terra.com/america-latina/mexico/hoy->

se ha redimensionado el concepto de “justicia agraria”, entendida no solo como atención de conflictos agrarios o regularización de la tierra, sino también como oportunidades de desarrollo y que significa también acceso al crédito, a la organización y capacitación para que la tierra sea el instrumento de las familias campesinas mediante el cual liberen su potencial productivo y emprendedor” y que los abogados no solo deben ser excelentes defensores agrarios, sino mejores personas, porque detrás de cada documento, de cada trámite que hacen o dejan de hacer, hay campesinos y sus familias a quienes se les está cambiando la vida en uno u otro sentido, concepciones estas que claramente tienen una fundamentación filosófica, además de jurídica.

Resulta oportuno destacar que Ricardo Zeledón al referirse a la Justicia agraria y ambiental, como una dimensión del nuevo derecho agrario,¹² expresa “que al avanzar el siglo XXI los retos de la justicia agraria y ambiental tienen orientaciones específicas, hacia la protección de los derechos e intereses de la naturaleza, cada vez más profunda para garantizar la democratización de los sistemas de administración de justicia” y “que las instancias jurisdiccionales, tanto las del mundo judicial como administrativo, se convierten en requisito indispensable para garantizar el funcionamiento de lo agrario y ambiental, de los sistemas productivos del nuevo siglo”¹³

Zeledón no privilegia a ninguno de las dos instancias jurisdiccionales, con lo cual coincido, pues considero, que lo importante no es el tipo de vía a aplicar; sino, que sea eficaz y ágil, con normativas claras y sencillas, dotadas de valores y principios, que garanticen el ejercicio de los derechos de todos los sujetos que participan en el ciclo productivo, de conservación, transformación y comercialización del producto agropecuario.

La complejidad de las relaciones de producción genera una cuantiosa emisión de normativas de los más diversos tipos, tecnológicas, tributarias, de seguros, crediticias, sobre precios y sobre la propia ejecución de la

la-justicia-agraria-significa-modernidad-escobar-prieto,dbdef22fd20c2310Vg,

¹² Vid. Zeledón, Ricardo: Sistemática del...ob. cit., p. 159.

¹³ Ídem, pp. 152. ss.

política agraria, que demanda garantizar un foro imparcial, donde se puedan dirimir los conflictos que generan y entonces, producción y justicia puedan encontrarse.¹⁴

Resulta que el concepto de justicia agraria tiene una amplitud que rebasa el relacionado con la jurisdicción para la solución de conflictos y reclamaciones de contenido agropecuario o hasta el ambiental, trasciende a la responsabilidad del Estado de garantizar el bienestar y el desarrollo en el sentido más amplio de las personas y de las comunidades que habitan nuestros campos.

Solución de conflictos agrarios

Inherente a la justicia agraria se encuentra la solución de conflictos agrarios. El término conflicto, que conceptualmente se define como controversia, o litigio que viene del latín “confligere”, significaba chocar, apreciándose que desde su origen ya se utilizaba en varios campos de la ciencia y de la vida; convirtiéndose en más polisémico, siendo aceptado que el vocablo tiene como uno de sus usos: colisión de derechos y pretensiones.

Entonces entendemos por solución de conflictos agrarios: La solución que da un órgano judicial o administrativo facultado, sea unipersonal o colegiado en un ámbito de competencia, a una reclamación o conflicto agropecuario conforme a normas y principios considerados razonables, para garantizar seguridad jurídica.

En México, los Tribunales agrarios como órganos instituidos por el Estado a través de la ley, están revestidos de potestad jurisdiccional y tienen el poder-deber de decidir asuntos en la rama agraria, para la llamada administración de justicia y la solución de conflictos; promueven la conciliación, medidas cautelares, la tutela de lo ecológico vinculado con lo agrario y el valor de la interpretación, como lo establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios.¹⁵

¹⁴ Ídem. Producción y justicia deben encontrarse y generar su acercamiento, p.153.

¹⁵ Disponible en Web del Tribunal Superior Agrario de México consultada el 23 de marzo de

Notamos que en varios países latinoamericanos la jurisdicción agraria y ambiental, se dirime en el mismo foro, lo que no sucede en nuestro país, donde la jurisdicción ambiental es competencia de los tribunales y los conflictos de índole agrario en lo principal, de la vía jurisdiccional administrativa o especial.

Riesgos y ventajas de la justicia agraria dentro del sistema judicial

Del análisis en América Latina de la justicia agraria dentro del sistema judicial se identifican riesgos y ventajas. Los riesgos¹⁶ inciden en dos sentidos, por una parte, que se deroguen las normativas por no llenar las expectativas y no cumplir sus objetivos, como ocurrió con la Ley peruana de 1969, cuando obedeciendo a una definición política se reforma el Poder Judicial y transitoriamente el Fuero Agrario se incorpora a dicha estructura, para someterlo a sus lineamientos, hasta que fue anulado y más tarde desarticulado¹⁷ y por otra parte su anulación dentro del Poder Judicial y por consiguiente su pérdida de eficacia y sus objetivos de especialidad, como ocurrió con la jurisdicción agraria venezolana, donde los juzgados agrarios comenzaron a perder su especialidad al atribuirles competencia en distintas materias convirtiéndose en juzgados mixtos,¹⁸ desvirtuando su función al recargarse de distintas causas con procedimientos totalmente diferentes al agrario, lo que se rectificó en el año 2006¹⁹ cuando se inicia un proceso de transformación y

2008, (www.tribunalesagrarios.gob.mx/notas/terryjurisindigena.html).

¹⁶ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo: "Las nuevas dimensiones...ob. cit., p. 32,... aun cuan sean dotados de instrumentos procesales idóneos y bien concebidos, al entrar en contacto con el sistema judicial, donde imperan otros principios la justicia nueva corre el riesgo de sucumbir porque resulta un cuerpo extraño dentro de la justicia tradicional.

¹⁷ Eso aconteció, en el mandato de Alberto Fujimori, me comentaba el ilustre Profesor Fígallo, en abril del 2000 en el II Congreso Internacional de Derecho Agrario, en Pinar del Río, Cuba.

¹⁸ ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo: Derecho Agrario Moderno...ob. cit. Porque, en el mismo territorio, tienen la obligación de conocer y resolver causas no agrarias. No se trata de llevar a lo civil, laboral o familia el nuevo proceso a través de los juzgados agrarios. Por el contrario se trata de desvirtuar su función al recargarles causas distintas cuyo procedimiento es totalmente diferente al agrario. En esta forma no solo se le brinda menor importancia a la materia sino también, dentro del cúmulo de trabajo, la disciplina tiende a desnaturalizarse.

¹⁹ Cuando la Sala Plena acordó la reorganización a fondo la jurisdicción agraria, con la creación de 50 nuevos tribunales agrarios (salas especializadas) y la reestructuración de otros, para garantizar un mayor y mejor acceso a la justicia, en aquellas regiones donde verdaderamente se justificaba su creación; así como la formación y capacitación de los jueces agrarios dentro del Plan de Transformación Estructural y Modernización del Poder Judicial, como una nueva ingeniería en la jurisdicción agraria; En Importantes anuncios enmarcados dentro del Plan de Transformación, Miércoles, 04 de octubre de 2006, Disponible en: www.tsj.gov.ve.

modernización del Poder Judicial, que ha logrado consolidar la Jurisdicción Agraria, con sus características de Especialidad, en todos los niveles.

Un sector importante de la doctrina agrarista latinoamericana ha revelado los problemas de ineficacia presente en el modelo administrativo de justicia y se ha mostrado partidario de la creación de los Tribunales Agrarios o Salas con competencia agraria especializada, considerando que el establecimiento de estos ofrecería como ventajas: el establecimiento de una mayor independencia e imparcialidad de la justicia; una aproximación del juez al caso, a favor de una mayor garantía de los derechos de los sujetos que favorece y enriquece la doctrina y la jurisprudencia a favor del desarrollo científico, legislativo y didáctico de la materia.

Como observamos, la experiencia latinoamericana en la justicia agraria dentro del sistema judicial ha identificado riesgos y ventajas, por tanto el asunto no radica en que sea judicial o administrativa,²⁰ sino en que tenga un procedimiento especial propio, que sea humanizada, de correcto criterio social, de impulso oficioso; que tutele a todos los sujetos con igualdad de oportunidades, compenetrándose con la realidad de los problemas, en aras de hacer efectiva la función social de la tierra y la protección a la actividad agropecuaria, con decisiones prontas y verdaderamente justas.

ANÁLISIS DE LA JURISDICCION AGRARIA EN CUBA

Antecedentes de la jurisdicción Agraria Judicial y Administrativa en Cuba.

En la etapa de la colonización en Cuba, se lleva a cabo un proceso de aplicación de las legislaciones de carácter agrario que se dictaban en la metrópoli, por lo que el derecho de España era extrapolado a las tierras

²⁰ La Décima Conferencia Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, celebrada en Caracas en octubre de 1970, adoptó una resolución que recomendaba a los Estados: Séptimo: Que los países de la región adecuen sus ordenamientos jurídicos estableciendo medios procesales y jurisdiccionales que reúnan en un solo sistema las cuestiones litigiosas relativas al Derecho Agrario. Dicho sistema debe comprender procedimientos sencillos llevados a cabo en términos perentorios, así como Tribunales especializados que garanticen el imperio de la justicia social en el campo, citado en: Derecho Agrario y Desarrollo Agrícola, Estado Actual y Perspectivas en América Latina. Informe del Grupo Regional de Asesores de Derecho Agrario, En: PAVO ACOSTA, Rolando: Los Desafíos...ob. cit., p. 21.

propiedad del Rey; surgiendo en este proceso desviaciones y adaptaciones, que en la práctica la enriquecieron y crearon formas de aplicación propias, estando como las más significativas, las “Ordenanzas Municipales” de Cáceres de 1573.

Los conflictos los resolvían los Alcaldes de los Cabildos, los Tenientes Gobernadores y el Capitán General, mientras que las inconformidades se presentaban ante la Audiencia Real de Santo Domingo, como segunda instancia; también existieron los Jueces de Paz y los llamados jueces pedáneos,²¹ los que administraban justicia en zonas rurales, de manera conciliatoria y los jueces de Tierra.²²

En la Etapa republicana, el 2 de septiembre de 1937,²³ se dicta la Ley de Coordinación Azucarera que determinó la vinculación de todos los colonos a sus ingenios, dirigida a proteger al pequeño colono, al asignarle un arrobaje de caña equitativo para la molida, ajustar las rentas, reconocer el derecho de permanencia, establecer un salario mínimo para el obrero agrícola y crear una Comisión de Arbitraje,²⁴ que conocería de las cuestiones originadas por la aplicación de la ley y se componía por un Delegado del Gobierno, uno de los Hacendados y uno de los Colonos.

Esta comisión conciliaba las discrepancias entre hacendados y colonos, y contra sus laudos, la parte afectada podía establecer demanda ante la Sala de lo Civil y Contencioso Administrativo de las audiencias provinciales competentes. Esta norma por sus características obedece a los principios del Derecho agrario y así está reconocido en la jurisprudencia al analizar la sentencia 241 de 1939 (civil) del Tribunal Supremo, que dice: “Toda la Ley parece inspirada en el propósito de evitar la excesiva explotación por

²¹ En: PAVO ACOSTA, Rolando: Los Desafíos...ob. cit., p. 53.

²² GARCÍA RODRÍGUEZ, Mercedes: Entre Haciendas y Plantaciones, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2007, p. 36.

²³ VARONA E y GONZÁLEZ R: El Colono. La Habana, Impresores Ucar, García, S.A, 1958, p.11.

²⁴ Fue tan rico el quehacer de esta comisión que MORALES NUÑEZ, Guillermo, en su obra: AZUCAR, Legislación y su Jurisprudencia, Volumen IV, Editorial LEX, La Habana, 1948, p. 333, ss. dedicado al análisis de legislaciones, jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de audiencias y Laudos y Resoluciones de la Comisión de Arbitraje Azucarero, aparecen 65 Laudos de la misma como que sientan jurisprudencia, de los más diversos contenidos, desde el derecho de permanencia en la tierra, hasta declaratoria de herederos.

los Ingenios y arrendatarios o colonos principales de los que en el orden económico son más débiles”²⁵

La Ley No. 20,²⁶ de 21 de marzo de 1941, reestructura el Instituto Cubano de Estabilización Azucarera (ICEA), reorganiza la Comisión de Arbitraje Azucarero y por el art. no. 25 inciso b) crea una Comisión de Resolución²⁷ encargada de resolver en el (ICEA) las discrepancias relativas a los planes voluntarios, factores permanentes de molienda y traspaso de cuotas; cuyas resoluciones según el inciso c) podían recurrirse, ante una Sección de Alzada²⁸ y los acuerdos de esta última, mediante un Recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo y Leyes Especiales del Tribunal Supremo, a tenor de lo dispuesto en su art. no. 26, el proceso se “sustanciaba con el carácter de procedimiento urgente y preferente por los tramites de incidentes, según la Ley de Enjuiciamiento Civil”, y contra la sentencia definitiva de la Audiencia se establecía Recurso de Apelación para ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Se exceptuaba, de este procedimiento a los pequeños colonos (que no excedían de 30 000 arrobas de caña), para los cuales solo funcionaba la jurisdicción administrativa sin instancia judicial y se les concedía Recurso de Alzada ante el Presidente de la República.

La Ley Decreto No. 1384 de 4 de mayo de 1954,²⁹ sobre la exclusión de las fincas rústicas dedicadas al cultivo de la caña que establecía la Ley de Arrendamiento y Aparcería de 1948 en sus artículos 5 y 6, confirma el carácter del proceso administrativo cuando establece que previo a acudir a los tribunales, todas “las controversias relacionadas con la aplicación de la legislación azucarera a las fincas dedicadas en todo o en parte al cultivo

²⁵ PEREZ LOBO, Rafael: Legislación y Jurisprudencia Azucarera. Tomo III, Cultural, SA, Habana, 1944, p. 252.

²⁶ Vid. PEREZ LOBO, Rafael: Legislación Azucarera. Tomo I, Ed. Selecta, Habana, 1942, pp. 400-419.

²⁷ Ibídem... se integraba por 2 miembros del Grupo de Colonos, un miembro del Grupo de Ingenios y otro del Grupo de Producción y un Delegado del Gobierno, para sesionar bastaría la presencia de 3 miembros representantes de la Industria. p. 435.

²⁸ Ibídem...integrada por 8 miembros designados por la Junta General del ICEA, que para sesionar necesitaban la presencia de 5 miembros. p. 436.

²⁹ Gaceta Oficial del 4 de mayo de 1954.

de la caña de azúcar, quedan sometidas expresamente a la jurisdicción y competencia de la Comisión de Arbitraje Azucarero” lo que se confirma en el artículo no.8, al precisar que a esos efectos las partes deberán acudir obligatoriamente ante este órgano.³⁰

Según lo investigado la jurisdicción agraria en Cuba a partir del 1937, era mixta contrario a lo afirmado por algunos autores³¹ y una vez agotado el procedimiento administrativo quedaba franqueada la vía judicial y a partir de 1941 para los pequeños colonos, se estableció además una jurisdicción administrativa especial, que solo daba acceso a un Recurso de Alzada ante el Presidente de la República, reconocida en la Jurisprudencia como un “Procedimiento Especial”, en el Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1942 (Civil).³²

La Ley de Reforma Agraria crea los Tribunales de Tierra

La Ley de Reforma Agraria (LRA) firmada el 17 de mayo de 1959³³ con rango constitucional en aquel momento, en su artículo no. 48 crea el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), como entidad autónoma y con personalidad jurídica propia, con el objetivo de aplicar y ejecutar la Ley de Reforma Agraria y en el artículo 54³⁴ crea los Tribunales de Tierra y responsabiliza al INRA con proponer su Ley Orgánica, la que nunca se promulgó y los tribunales ordinarios siguieron conociendo de las reclamaciones contra la aplicación de la Ley de Reforma Agraria, en virtud de lo dispuesto en su Disposición Transitoria Cuarta, que estableció que “En

³⁰ Sentó jurisprudencia en la sentencia 37 de 1943 del Tribunal Supremo PEREZ LOBO, Rafael: Legislación y...ob.cit., p. 251.

³¹ Velazco Mugarra, Miriam: CAPITULO XIV. Teoría Del Proceso Agrario. Tendencias Actuales. “En relación con nuestro país vale señalar que antes del año 1959 los conflictos y reconocimientos de derechos agrarios eran competencia de los juzgados civiles” p. 547 en CORMACK BÉQUER, Maritza: (Coord) Temas de Derecho Agrario Cubano, Ed. Félix Varela. La Habana, Cuba, 2007 y Gustavo Relova Loaces. Ponencia. Las Salas de lo Agrario: posibilidad y necesidad en la solución de conflictos en materia agraria en Cuba. CD-R. 2010 UNJC. Concursos y Premios.

³² PEREZ LOBO, Rafael: Legislación Azucarera. Tomo I....ob. cit. p. 258.

³³ Ley de Reforma Agraria, de 17 de Mayo de 1959, GOEE de 3 de junio de 1959.

³⁴ Ídem. “Se crean los Tribunales de Tierras, para el conocimiento y resolución de los procesos judiciales que genere la aplicación de esta Ley y los demás relacionados con la contratación agrícola y con la propiedad rústica en general. El INRA formulará dentro del término de tres meses a partir de la promulgación de esta Ley el proyecto de Ley Orgánica de dichos Tribunales.

tanto no se organicen los Tribunales de Tierra a que se refiere el artículo 54 de esta Ley, continuarán conociendo de los procesos que a los mismos se asignan, los Tribunales Ordinarios”³⁵

Las Comisiones de conflictos campesinos, intento de crear los tribunales agrarios

En este contexto se crean las Comisiones de Conflictos Campesinos, que funcionaron en la Provincia de Oriente y que testimonialmente se encuentran expuestas por Mir Pérez,³⁶ en su obra “Aplicación de las Leyes Fundamentales de Reforma Agraria. Reforma Agraria Cubana” que en la práctica resultó un intento de crear los tribunales agrarios³⁷ y que aporta una experiencia interesante.

Se constituía como acto público en la propia finca o lugar cercano, comparecían las partes y los testigos y las pruebas se practicaban en el acto el Secretario recogía lo acontecido, incluyendo los interrogatorios y a seguida en privado realizaban la deliberación y el Presidente daba lectura a la decisión y los tres miembros de Comisión firmaban el acta; así como las partes mostraban su aceptación o inconformidad. Las revisiones de las decisiones, ordenadas por el Presidente del INRA, al Delegado Provincial o el Jefe de la Zona de Desarrollo, se realizaban mediante una reinvestigación y de la ratificación o revocación se le daba cuenta a las oficinas controladoras.³⁸

En las soluciones siempre primaba buscar la conciliación y en las decisiones el principio de indivisibilidad de la tierra, las reglas de interpretación se basaba en el artículo no. 64 de LRA,³⁹ sobre la función social de la tierra y

³⁵ Ídem.

³⁶ Profesor de la Universidad de Oriente y Jurista de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Agrario; fue Jefe del Departamento Legal Provincial del INRA de Oriente.

³⁷ MIR PÉREZ, Juan: Aplicación de las Leyes Fundamentales de Reforma Agraria. Reforma Agraria Cubana, Ediciones ONBC, La Habana, 2008, pp.155, 156 y 157. Se integraban por el Asesor Legal del INRA y dos miembros de la Organización de campesinos Asociación Nacional de Agricultores Pequeños (ANAP) y un funcionario del Departamento Legal, fungía como Secretario.

³⁸ MIR PÉREZ, Juan: Aplicación de las Leyes...ob. cit., p.161. Se refiere a las Oficinas Celia Sánchez Manduley, Secretaria del Consejo de Estado, y de Conchita Fernández, Secretaria del Presidente del INRA.

³⁹ Ídem, p.160.

que en caso de dudas, se pronunciaban por lo que más favorecía al cultivador de la tierra.

Si partimos de que la LRA no ha sido derogada,⁴⁰ entonces los Tribunales de Tierra, desde el punto de vista técnico jurídico están legalmente autorizados por el artículo no. 54, por lo que bastaría se dicte la Ley Orgánica de los Tribunales para instaurarlo o que se apruebe por la Sala Plena del Tribunal Supremo Popular crear Salas Agrarias. Por otra parte, el hecho de no haberse dictado esta Ley, es legal que el Ministerio de la Agricultura, como sucesor del INRA ejerza la función jurisdiccional en virtud de lo expresado en la disposición transitoria QUINTA, que dispone que “Mientras no se promulgue el Reglamento de esta Ley la misma será aplicada mediante las Resoluciones que dicte el Instituto Nacional de Reforma Agraria”

Trasferencia de la jurisdicción judicial de los asuntos agrarios hacia la vía administrativa

En el año 1981 se inicia un proceso de transferencia de competencia de los asuntos agrarios hacia la vía administrativa, en dos etapas, la primera hasta a 1991, donde prevaleció en la práctica judicial el criterio de que los tribunales mantuvieran un ámbito de competencia relativamente amplio en materia agraria, compartido con el MINAG, cuando el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en virtud de la Ley No. 7, de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, emitió los acuerdos nos. 147 y 160, ambos de 1981,⁴¹ que se pronunciaron en el sentido de que los tribunales al conocer de asuntos referidos a fincas rústicas o bienes de producción agropecuaria diesen traslado a las delegaciones del Ministerio de la Agricultura (MINAG) a fin de conocer su parecer.

⁴⁰ La Disposición Octava del Artículo 1 de la Ley de Tránsito Constitucional, establece que a partir de la vigencia de la Constitución de la República, de 1976, rigen con carácter de leyes ordinarias, La Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959 y de 3 de octubre de 1963, de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960 y de Nacionalización de la Enseñanza de 6 de junio de 1961. Gaceta Oficial No. 2 Edición Especial de 24 de febrero de 1976.

⁴¹ Acuerdo No. 147 de 16.6.81: Sobre obligación de ofrecer al Ministerio de la Agricultura o a sus Delegaciones Provinciales la oportunidad de ejercer en el proceso los derechos de que se consideren asistidos en las litis referidas a una finca rústica o bienes de producción agropecuaria. Bol. 1981-1 pág.14. Acuerdo No.160, de 7.7.81: Aclaración respecto al alcance, en su aplicación del Acuerdo 147 de 16.6.81, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Bol. 1981-2 p. 13.

En 1982, se dictó el Decreto Ley No. 63⁴² de 30 de diciembre, que en el orden adjetivo siguió el criterio de compartir la competencia en materia de herencia de tierras, al disponer que después del trámite judicial de declaratoria de herederos, los interesados realizaran los trámites de adjudicación por vía administrativa ante los funcionarios de las Delegaciones Territoriales del MINAG, notándose la marcada intención de llevar esta jurisdicción hacia la vía administrativa.

La segunda etapa del proceso de transferencia de competencia de los asuntos agrarios hacia la vía administrativa, se inicia con el Decreto Ley No. 125,⁴³ que dispone que el proceso administrativo sea competencia del Ministerio de la Agricultura, estableciendo el modelo de justicia administrativa especial agraria, cuando en su Disposición Especial Primera expresa que “el Ministerio de la Agricultura es el Organismo facultado para autorizar la transmisión y adquisición de la tierra de propiedad individual o cooperativa” suprimiendo el conocimiento judicial o notarial de todos los trámites de derechos hereditarios sobre tierras de propiedad individual y otros bienes agropecuarios y el artículo No. 41 impide el proceso contencioso- administrativo para impugnar las decisiones administrativas en materia agraria al declarar que, “contra lo resuelto por el Ministro de la Agricultura no cabrá recurso ni procedimiento alguno en la vía judicial”. De esta forma cierra la posibilidad de una revisión judicial a la actuación de la administración.

En resumen hasta 1991 los tribunales mantuvieron un ámbito de competencia en materia agraria, que el Decreto Ley No. 125,⁴⁴ transfirió al mecanismo actualmente establecido para la solución de las reclamaciones y conflictos agrarios, competencia atribuida a los Delegados Provinciales y al Ministro de la Agricultura, los que antes de dictar resoluciones consultan

⁴² GO 9 de 30 de diciembre de 1982.

⁴³ GOE No1. de 30 de enero de 1991. “Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios” de 30 de enero de 1991, que deroga el Decreto Ley No. 63.

⁴⁴ GOE No1. De 30 de enero de 1991.

a la ANAP⁴⁵ y al MINAZ⁴⁶ cuando procede y en ocasiones someten algunos asuntos a la consulta de la comisiones Nacional y provinciales de Asuntos Agrarios.

Los centros de procesamiento de las reclamaciones y conflictos agropecuarios

En Cuba los centros de procesamiento de las reclamaciones y conflictos se producen en los departamentos jurídicos provinciales de la agricultura, donde se forma un expediente por cada reclamación y conforme a la necesidad de la investigación a realizar, se remite a las delegaciones municipales de los territorios a fin de que se practiquen las investigaciones y diligencias de pruebas y después de creado el Centro Nacional de Control de la Tierra (CNCT) a la dependencia municipal de este órgano y una vez cumplimentada estas, retornan el expediente a la Delegación Provincial, donde se elabora un proyecto de resolución a la firma del Delegado.

Como garantía, se establece el Recurso de Apelación ante el Ministro de la Agricultura; no obstante, la apelación puede resolverla el Delegado Territorial si se evidenciara la improcedencia de lo resuelto, la denominada reforma, aun cuando la autoridad tendría que ir contra sus propios actos.

En estos mecanismos de solución de conflictos los delegados del MINAG tienen una doble función, al asumir la posición de sujeto de la relación jurídica y a la vez de representante de la administración de justicia, lo que es contradictorio.

Otro proceso que se desarrolla en los departamentos provinciales y la Dirección jurídica del MINAG, es el previo de Expropiación Forzosa, en los casos de ilegalidades y contravenciones de la legislación vigente, o por utilidad pública o interés social, que para poder utilizar la vía judicial, es necesaria la aprobación del Ministro de la Agricultura.

⁴⁵ Asociación Nacional de Agricultores Pequeños.

⁴⁶ El MINAZ Se extinguió mediante el Decreto Ley de la “Extinción del ministerio del Azúcar” de 28 de octubre de 2011 y mediante el Decreto 297 de 29 de octubre de 2011, se convirtió en el Grupo Azucarero, que en forma abreviada AZCUBA.

En nuestro país los tribunales, tienen competencia sobre asuntos relacionados con los sujetos del derecho agrario en la solución de las controversias que se suscitan por la modificación, incumplimiento, nulidad, ineficacia o extinción de contratos, las reclamaciones por incumplimiento de la legislación relacionada con el seguro agropecuario y con motivo del incumplimiento de las regulaciones sobre la protección del medio ambiente y los recursos naturales o relacionados con los daños ambientales.⁴⁷ Las reclamaciones de los trabajadores de las cooperativas y empresas agropecuarias y los procesos contenciosos administrativos en materia de viviendas y tributarios, también se dirimen por los tribunales, aquellos procesos derivados del uso y disfrute de derechos reales.⁴⁸

Los procesos para la solución de controversias sobre comercialización de los productos agropecuarios resultan muy extensos si lo comparamos con el tiempo de las cosechas de los productos agropecuarios de ciclo corto⁴⁹ o mediano⁵⁰ y que por su característica son perecederos, donde no se cumple el principio fundamental de celeridad que demanda un procedimiento agrario, pues los contratos económicos aun cuando su objeto es de contenido agrario, sus fines públicos son regulados por el Derecho económico, que por su naturaleza son mercantiles y no dejan de ser agrarios, lo que incide negativamente, con la consiguiente afectación personal y de la sociedad,

⁴⁷ Vid. Art 741 del Decreto-Ley 241 de 26 de septiembre de 2006.

⁴⁸ PAVO ACOSTA, Rolando: Los Desafíos...ob. cit., p. 80 ...cabe apreciar que han seguido siendo conocidos por los tribunales asuntos agrarios como liquidación de condominio y comunidad matrimonial de bienes recaídos en fincas y otros bienes agropecuarios, servidumbres rusticas, conflictos sobre reivindicaciones de reses, equipos indemnización de seguros agropecuarios.

⁴⁹ La suma de los plazos entre las distintas etapas o fases del proceso económico es de 68 días hábiles (9 semanas), más 18 días naturales no hábiles, la cifra asciende a 86 días naturales, es decir casi tres meses de litigio, una cosecha de cultivos de ciclo corto. RONDÓN CABRERA, Soel M.: Artículo Científico "Solución de conflictos derivados de contratos agrarios en Cuba". Seminario Taller de Legislación Agroindustrial del Ministerio del Azúcar, Granma, 2010.

⁵⁰ Vid. Rondón Cabrera, S: Artículo Científico "Solución de conflictos...ob. Cit. los plazos establecidos para establecer reclamación comercial son demasiado largos, oscilan entre 15 y 20 días hábiles según los tipos de incumplimiento, la contraparte reclamada tiene 15 días hábiles prorrogable por 10 días hábiles más para contestar la reclamación comercial; si la respuesta no satisface la pretensión de la parte reclamante o no se le responde por la parte reclamada esta tiene 60 días (no especifica si hábiles o naturales) para presentar demanda ante la sala económica del tribunal competente. No agotando el plazo para presentar la demanda por la parte actora la suma total asciende a 143 días, aproximadamente 6 meses, el tiempo que dura una cosecha del cultivo de arroz, lo que puede derivar con facilidad, a precios actuales, en más de 100 mil pesos de pérdidas por caballería, solo por concepto de lucro cesante.

cuestión que se resolvería si fuera a una jurisdicción especial tal y (como previó la LRA, con competencia de los Tribunales de Tierras para los contratos agrícolas) lo que debe ser evaluado con el fin de evitar los efectos negativos que sobre los agricultores y especialmente sobre la producción agrícola resultan de procesos dilatados y no ajustados a las especificidades de la actividad agropecuaria.

El Centro Nacional de Control de la Tierra (CNCT)

El Centro Nacional de Control de la Tierra, subordinado al Ministerio de la Agricultura, se crea por Resolución No. 573⁵¹ de fecha 13 de diciembre de 2007 y por el Ministro de Economía y Planificación por la Resolución No. 47 de 3 de febrero de 2008, se fija el objeto social, entre las cuales se le fijan las actividades relacionadas con la Justicia Agraria, encaminada a elevar el control de la solución en tiempo y con la calidad requerida de los procesos de reclamaciones y litigios sobre el régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y bienes agropecuarios; evitar la dilación de los términos para la confección y conclusión de los trámites agrarios, organizar, controlar y dirigir las funciones inherentes al registro, las normas y procedimientos jurisdiccionales agrarios; así como actualizar e implementar el programa de capacitación sobre la legislación agraria, en coordinación con la Dirección Jurídica del Organismo.

En la práctica, el CNCT ha tenido muchas dificultades, tanto en recursos materiales como humanos y aunque fue creada como una Unidad Presupuestada subordinada al Ministerio de la Agricultura, en el entendido del Organismo Central, sus estructuras provinciales y municipales se han subordinado a las delegaciones de esos territorios y los Delegados centran su atención en la producción y no en la solución de conflictos y reclamaciones.

Con fecha 8 de abril de 2011, por la Resolución No. 361,⁵² el Ministro de la Agricultura, dispone un nuevo diseño de la estructura organizativa del CNCT, le aprueba la plantilla⁵³ y se cambia las denominaciones de las

⁵¹ Copia Certificada, Dirección Jurídica MINAG, en 21 de abril de 2011.

⁵² Copia Certificada, Dirección Jurídica MINAG, en 21 de abril de 2011.

⁵³ de 1236 personas

estructuras provinciales y municipales de Oficina, por la de Dirección, a Nivel Nacional se crea una Dirección de Legislación Agraria y en Cada Provincia una Subdirección de Legislación Agraria, donde pudieran insertarse las funciones relacionadas con la aplicación de la justicia agraria.

Consideramos que con el CNCT no se cumplieron las expectativas, que se tenía, porque en nuestra opinión no tiene la independencia de actuación para cumplir el objeto social que se le fijó, aun cuando la situación actual no es la misma que cuando se creó; pero todavía se identifican dificultades de índole organizativos y en algunas provincias no se han consolidado como estructuras. Aun así, somos del criterio que el CNCT puede ser utilizado para realizar una transformación de la justicia agraria en Cuba, en una etapa de tránsito de la jurisdicción administrativa a la Judicial, mediante de un proceso de reingeniería.⁵⁴

Fundamentos Jurídicos para la creación de tribunales

En el texto de la Constitución de la República de Cuba,⁵⁵ se refrenda que Cuba es un Estado socialista organizado para el bien de todos, para el disfrute de la justicia social, y que la función de impartir justicia⁵⁶ es ejercida por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye. Entonces, al analizar esta regulación fundamental, que es posterior a la LRA, pueden existir otros Tribunales, como puede ser el de Tierras, que legalmente autorizó la LRA y que no ha sido derogada, solo se necesitaría que se le dote de una Ley Orgánica.

La Ley No. 82,⁵⁷ “De Los Tribunales Populares” de 11 de julio de 1997, dispone que los tribunales se subordinen a la Asamblea Nacional del Poder

⁵⁴ CHAMPY, J.: M. HAMMER (1994): Reingeniería, Ed. Norma MATEOS, P. (1999): Dirección y objetivos de la empresa actual, Ed. Centro de estudios Ramón Areces, S.A.

⁵⁵ GOE No.3 de 31 de enero de 2003. Acuerdo No. V-74 adoptado en sesión extraordinaria de la V Legislatura, celebrada los días 24, 25 y 26 del mes de junio del 2002. Artículo 1 Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.

⁵⁶ Artículo No.120. La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de estos por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.

⁵⁷ Artículo 1.1. Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro, y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado.

Popular y al Consejo de Estado, por lo que a estos órganos se podrían subordinar el Tribunal de Tierra. Otra alternativa es que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular puede crear salas para conocer de asuntos en materias especializadas,⁵⁸ cuando así se requiera, por lo que para crear salas especializadas en materia agraria, no se necesitaría modificar la Ley No. 82.⁵⁹

Si analizamos el artículo 663⁶⁰ de la Ley No. 7/1977,⁶¹ de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que autoriza la competencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana y La Habana, para el conocimiento de las pretensiones que se formulen contra las disposiciones de carácter general y las resoluciones emanadas de los órganos superiores de los Organismos de la Administración Central; así como el artículo 664,⁶² la propuesta de la intervención judicial en el control de las actuaciones administrativas, esta decisión tampoco conllevaría a modificaciones de la ley procesal y permitiría el control judicial, de las decisiones del MINAG.

Como resultado de este análisis observamos que existen los fundamentos legales que permitan realizar las transformaciones en el mecanismo actual de solución de conflictos y reclamaciones agrarias, bien conservando el sistema administrativo, o combinando este con una instancia judicial; pero perfeccionándolo y elevando la calificación del personal técnico, la organización y el control, para garantizar este derecho ciudadano proclamado en la Constitución de la República de Cuba.

⁵⁸ Artículo No. 33.1, No obstante lo establecido en el artículo anterior, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular puede: a) crear Salas para conocer de asuntos en materias especializadas, cuando así se requiera.

⁵⁹ GOE No.3 de 31 de enero de 2003.

⁶⁰ ARTÍCULO 663.- La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de Ciudad de La Habana, conocerá, además, de las pretensiones que se formulen contra las disposiciones de carácter general y de las resoluciones emanadas de los órganos superiores de los organismos de la Administración Central del Estado.

⁶¹ GOE No. 34 de 20 de agosto de 1977.

⁶² ARTÍCULO 664.- Si la disposición o resolución emanare en primera instancia de funcionario competente de los órganos a que se refiere el apartado 2) del artículo 655, corresponderá el conocimiento del asunto a la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular.

LA REINGENIERÍA DE LA JUSTICIA AGRARIA CUBANA

Reingeniería es un concepto simple, el rediseño de un proceso en un negocio o un cambio drástico de un proceso, en este caso no nos vamos a referir al concepto original vinculada a la actividad empresarial y mercantil, sino al alcance de la variante de los procesos, en el entendido de la revisión fundamental, al rediseño rápido y radical de los procesos estratégicos de los sistemas, para alcanzar mejoras en las políticas y las estructuras organizacionales que los sustentan, para optimizar los flujos del trabajo. En un primer momento, es un proceso que debe realizarse de arriba hacia abajo, es decir que debe ser iniciado por el líder de una organización o de un país (“líder transformacional”). Si no existe voluntad política de llevarla a cabo, si no hay decisión y si no se canalizan recursos a la misma, esta no prosperará; así mismo se exige, cambios radicales que muy bien se deberían aplicar a todo ámbito de la justicia agraria de nuestro país, incluyendo los tribunales populares, para dirigir la actividad hacia la eficacia.

Cuando el mejoramiento se concentra en un área específica de la organización, se pierde la perspectiva de la interdependencia que existe entre todos los miembros de la organización o del proceso, por lo que consideramos que no solo debe hacerse en cuanto al órgano del Ministerio de la Agricultura, sino de todos los órganos e instituciones que hoy tienen mecanismos de solución de conflictos de contenido agropecuario, pues se trata de mejorar lo que una organización ya está haciendo. Entonces pudiera en un primer momento realizarse una mejora mientras se diseñe la reingeniería total de la justicia agraria cubana.

En los sistemas judiciales de otros países ya se han realizado reingenierías, tales son los casos de México y Argentina y específicamente en la Justicia Agraria en Venezuela en el año 2006, dentro del Plan de Transformación Estructural y Modernización del Poder Judicial que ha venido impulsando el Tribunal Supremo de Justicia y que en la actualidad se ha consolidado.

RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

Muestra de la Investigación

Para fundamentar nuestro trabajo, realizamos una investigación sobre el estado actual de la justicia agraria cubana en distintos territorios del país, consistente en la aplicación de una encuesta a 71 personas que laboran en 10 de las 15 provincias cubanas y el Municipio Especial Isla de la Juventud, una pesquisa en una delegación municipal de la agricultura y entrevistas a funcionarios y directivos de este organismo. También utilizamos resultados de investigaciones recientes,¹ lo que permitió extender la muestra al 82,5% del universo de los territorios del país.

Los encuestados son de ocupaciones o realizan funciones relacionadas con las actividades y agropecuarias, judiciales o educacionales; el 74% tienen más de 5 años de experiencia en la actividad y el 37%, entre 14 y 50 años.

Resultados más significativos

Como resultados más significativos se aprecia:

- La excesiva demora en la tramitación de los procesos agrarios y problemas de calidad en la documentación que se elabora.
- Que el actual mecanismo de solución de conflictos administrativos en materia agraria, debe ser modificado.
- Que el 66,2% de los encuestados apuestan por la creación de Salas Especializadas en los tribunales y el 31% de Tribunales Agrarios, lo que manifiesta preferencia por que la justicia agraria cubana, sea judicial.
- Que la formación de jueces y la constitución de tribunales agrarios debe hacerse a corto plazo.
- Que a los delegados del Ministerio de la Agricultura se le debe sustraer la competencia para la solución de conflictos en materia agropecuaria hacia los directores del Centro Nacional de Control de la Tierra y que este centro ejerza la Jurisdicción Agraria Administrativa, mientras no se adopte la decisión, de convertirla en Judicial.

Para validar nuestra investigación se realizaron 32 entrevistas a especialistas y a expertos vinculados a la actividad, a la justicia agraria, o/a instituciones relacionadas con la jurisdicción agraria, los que consideraron, que el modelo actual de solución de conflictos, es deficiente y debe ser cambiado; el 56 % apuestan por la creación de Salas especializadas y el 40,% por Tribunales Agrarios, habiendo una coincidencia en que la Justicia Agraria debe sustraerse del Ministerio de la Agricultura.

El resultado de la investigación nos llevó a considerar como alternativas para transformar la justicia agraria cubana, las siguientes:

Primera alternativa: Que se dicte la Ley Orgánica de los Tribunales de Tierra, que legalmente autorizó la vigente Ley de Reforma Agraria, en su artículo no. 54, como un Tribunal especializado, autónomo.²

Segunda alternativa: Crear la Jurisdicción Administrativa Combinada con la Judicial, con competencia en primera y segunda instancia en el Centro Nacional de Control de la Tierra y que su decisiones sean impugnables como contencioso administrativo, en una Sala Especializada en el Tribunal Provincial de La Habana, con Casación y Revisión a una Sección o Sala Especial de Casación Agraria en el Tribunal Supremo.

Tercera alternativa: Crear la Jurisdicción Administrativa Combinada con la Judicial, con una primera instancia en el Centro de control de la Tierra Provincial una segunda en el Centro de Control de la tierra Nacional, con Revisión ante el Ministro de la Agricultura y Casación a una Sección Especial Agraria en el Tribunal Supremo.

Cuarta alternativa: Crear salas especializadas en los Tribunales Populares, con jueces especializados en Derecho agrario; con secciones o salas especializadas municipales, como primera instancia; secciones o salas especializadas provinciales como segunda instancia y Casación y Revisión a una Sección o Sala Especial, en el Tribunal Supremo.

² Este Tribunal pudiera estar adscrito al Tribunal Supremo Popular, solo a los efectos administrativos, bajo el principio de racionalidad económica que actualmente se aplica en el país.

Quinta alternativa: Modificar el Mecanismo de Solución de Conflictos y Reclamaciones Agropecuarias de la Jurisdicción Administrativa del Ministerio de la Agricultura, sustrayendo la facultad unipersonal que hoy tienen los Delegados Provinciales del MINAG, hacia a los directores provinciales del Centro Nacional de Control de la Tierra, en primera instancia y transferirle al Director General del Centro Nacional de Control de la Tierra, en segunda instancia, la que en la actualidad tiene el Ministro de la Agricultura, sobre los recursos de apelación, reservando para el Ministro la Revisión.

En estos momentos a partir de la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución,³ el que expresan las acciones programáticas para perfeccionar el modelo económico cubano, que se inspira en la doctrina de nuestro Máximo Líder, Fidel Castro, expresado el 1ero de mayo del 2000, en su concepto de Revolución de “... cambiar todo lo que debe ser cambiado...” se lleva a cabo en el país un proceso de perfeccionamiento del Ministerio de la Agricultura, donde está incluido el traspaso de la jurisdicción agraria al Tribunal Supremo Popular, por lo que el resultado de esta investigación pudiera ser de utilidad a este noble propósito.

Conclusiones

1. El actual modelo de solución de reclamaciones y conflictos agrarios que se ejerce en Cuba a través del Ministerio de la Agricultura, es deficiente y necesita ser sometido a un proceso de reingeniería, para mejorarlo de forma inmediata, incluyendo el rediseño de un posible proceso estratégico de los sistemas, para su transformación al modelo judicial, o a un tribunal administrativo o especial autónomo.

2. Consideramos que de las alternativas enunciadas, la más atinada a utilizar de inmediato es la de modificar el Mecanismo de Solución de

³ Aprobado el 18 de abril del 2011 en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, refrendado en el Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, La Habana, el 1ro de agosto de 2011, al propio tiempo el Parlamento acordó en el día de hoy respaldar y aprobar en su espíritu y letra los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, lo que se traducirá en una labor legislativa acrecentada para conformar las bases legales e institucionales a favor de las modificaciones funcionales, estructurales y económicas del país.

Conflictos y Reclamaciones Agropecuarias de la Jurisdicción Administrativa del Ministerio de la Agricultura, que puede ejecutarse sin necesidad de modificar el Decreto Ley No. 125 y que a corto plazo cuando se creen las condiciones instaurar el modelo judicial, pero siempre, bajo el principio de especialización y de concentración de los asuntos de contenido agrario.

Recomendaciones

A la Asamblea Nacional, Consejo de Estado, Consejo de Ministro y al Ministerio de la Agricultura, ante la baja eficiencia que presenta la justicia agraria cubana evidenciado durante el transcurso de esta investigación, evalúen la realización de un proceso de reingeniería para perfeccionarla.

Bibliografía

Vid. Brebbia, Fernando P.: “Revista Argentina de Derecho Agrario y Comparado”. Instituto Argentino de Derecho Agrario Rosario Argentina.

Pavo Acosta, Rolando: Mecanismos y Procedimientos de solución de reclamaciones y conflictos agrarios en Cuba (Tesis Doctoral), Cuba, 1997;

Mesa Mayo, Eloy M. y López Hernández, Daysi: Justicia Agraria, III Congreso Internacional de Derecho Agrario. Holguín, SCDA, 2002;

Pérez Cuellar, Pedro de J: Valoración del procedimiento de los conflictos agrarios, Investigación, SCDA. Cienfuegos, 2006;

Pavo Acosta, Rolando: Investigación, Los Desafíos de la Justicia Agraria. Santiago de Cuba, 2009,

Pavo Acosta, Rolando: Ponencia, En busca de los Tribunales Perdidos; Reflexiones de Actualidad en torno al artículo 54 de la Ley de Reforma Agraria de 1959, VII Congreso Internacional de Derecho Agrario, Holguín, 2010;

Rondón Cabrera, Soel M.: Solución de Conflictos Derivados de Contratos Agrarios en Cuba, Artículo Científico, Seminario Taller de Legislación Agroindustrial del Ministerio del Azúcar, Bayamo, Cuba, 2010.

, <http://definicion.de/justicia/>

Rodríguez Mejía, Gregorio: La Justicia Agraria, <http://www.juridicas.unam.mx/inst/direc/datper.htm?p¬¬¬=gregorio>.

<http://www.frasesypensamientos.com.ar>.

Gómez de Silva Cano, Jorge J.: La Justicia Agraria y el Desarrollo Rural Integral Agrario.

García Rodríguez, Mercedes: Entre Haciendas y Plantaciones, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2007.

Varona, E. y González, R.: El Colono. La Habana, Impresores Ucar, García, S.A, 1958,

Morales Nuñez, Guillermo, en su obra: AZUCAR, Legislación y su Jurisprudencia, Volumen IV, Editorial LEX, La Habana, 1948.

Perez Lobo, Rafael: Legislación y Jurisprudencia Azucarera. Tomo III, Cultural, SA, Habana, 1944.

Perez Lobo, Rafael: Legislación Azucarera. Tomo I, Ed. Selecta, Habana, 1942,

Cormack Béquer, Maritza: (Coord) Temas de Derecho Agrario Cubano, Ed. Félix Varela. La Habana, Cuba, 2007

Relova Loaces, Gustavo. Ponencia. Las Salas de lo Agrario: posibilidad y necesidad en la solución de conflictos en materia agraria en Cuba. CD-R. 2010 UNJC. Concursos y Premios.

Ley de Reforma Agraria, de 17 de Mayo de 1959, GOEE de 3 de junio de 1959.

Mir Pérez, Juan: Aplicación de las Leyes Fundamentales de Reforma Agraria. Reforma Agraria Cubana, Ediciones ONBC, La Habana, 2008

Acuerdo No. 147 de 16.6.81: Sobre obligación de ofrecer al Ministerio de la Agricultura o a sus Delegaciones Provinciales la oportunidad de ejercer en el proceso los derechos de que se consideren asistidos en las litis referidas a una finca rústica o bienes de producción agropecuaria. Bol. 1981-1 pág.14.

Acuerdo No.160, de 7.7.81: Aclaración respecto al alcance, en su aplicación del Acuerdo 147 de 16.6.81, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Bol. 1981-2 pág. 13.

GO 9 de 30 de diciembre de 1982.

GOE No1. de 30 de enero de 1991. “Régimen de Posesión, Propiedad y Herencia de la Tierra y Bienes Agropecuarios” de 30 de enero de 1991, que deroga el Decreto Ley No. 63.

Decreto Ley de la “Extinción del ministerio del Azúcar” de 28 de octubre de 2011

Decreto 297 de 29 de de octubre de 2011

Rondón Cabrera, Soel M.: Artículo Científico “Solución de conflictos derivados de contratos agrarios en Cuba”. Seminario Taller de Legislación Agroindustrial del Ministerio del Azúcar, Granma, 2010.

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. Lo que se traducirá en una labor legislativa acrecentada para conformar las bases legales e institucionales a favor de las modificaciones funcionales, estructurales y económicas del país. 18 de abril de 2011.

Cultura Jurídica

El Ministerio de Justicia en función de la formación de la cultura jurídica de la población cubana

The Ministry by Rights forwards the juridical culture formation of the Cuban population

Diana Hernández de la Guardia

Caridad Bárbara González Díaz

Sandra de la Caridad Estrada Baralt

María Teresa Ferreiro Tuero

Resumen

El Estado cubano, en aras del progreso general del país, establece prioridades a las que dar cumplimiento para lo que se vale de los diferentes Organismos de la Administración Central del Estado. El incremento de la cultura jurídica entre la población constituye una de estas prioridades, de la cual se ocupa el Ministerio de Justicia (MINJUS) como parte de sus atribuciones y funciones.

El presente trabajo aborda los resultados obtenidos por un estudio conclusivo realizado por científicos del Centro de Investigaciones Jurídicas, a partir del interés de la Dirección de Información y Divulgación del MINJUS, con la finalidad de determinar las acciones por medio de las cuales contribuir a la formación de la cultura jurídica de la población cubana. Para esto fueron entrevistados dirigentes y especialistas de dicho Ministerio, y se examinaron los documentos vinculados a esa actividad. Así se culminó con una propuesta de acciones que pudieran contribuir a la formación de la cultura jurídica de la

ciudadanía, y que sirvieran, al mismo tiempo, de base para organizar la labor en apoyo a al propósito enunciado.

Palabras clave

Cultura Jurídica, Formación de la cultura jurídica, investigación sociojurídica, Conocimiento de los Derecho

Abstract

Cuban State, in order to achieve the general progress of the country, establishes its own priorities to be fulfilled. To accomplish this goal, different organisms of the Central Administration of the State should play an active role. The increase of the juridical culture among the population constitutes one of these priorities. The ministry of Justice is in charge of this, since it is one of its responsibilities and functions.

This work deals with the results obtained from a conclusive study carried out by scientists working at the Juridical Research Center, due to the concern of the Information and Publication Board of the Ministry of Justice, with the purpose of deciding the actions through which they could contribute to the Cuban population's juridical culture formation. To achieve this purpose, some executives and specialists working at this institution, were interviewed, and the documents related with this activity were examined. In this way, a proposal of actions that could help them with the formation of the juridical culture of the citizenship was concluded, and at the same time it could also work as criterion for organizing the work to support the stated purpose.

Key Works

Juridical culture, juridical culture formation, socio-juridical research, knowledge of rights.

Introducción

Contar con una población que haya podido conformar una cultura jurídica en correspondencia con las exigencias sociales y el momento histórico, constituye un logro para cualquier nación; no solo para el cumplimiento de la legalidad, sino también para el buen funcionamiento de las interrelaciones familiares, vecinales, laborales y sociales que se establecen entre sus miembros y por ende, para el desarrollo del país.

Sin embargo, la cultura jurídica no aparece de repente, es un proceso que se va modelando a partir del nacimiento, de la influencia de los agentes y el propio proceso de socialización; por lo cual todas las organizaciones, instituciones y personas que componen una sociedad pueden influir, en mayor o menor medida, en la formación y el fomento de la misma.

La preocupación por el desarrollo de la cultura jurídica fue expresada en el IV Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, celebrado en el año 2005, donde se ponderó el tema de la educación jurídica y la tarea de afianzar los valores y principios que orientan fomentar una cultura de respeto a la ley.

Para el Ministerio de Justicia constituye una prioridad el logro de estos objetivos, pues tiene dentro de sus atribuciones y funciones, según lo estipula el Decreto Ley No. 167 del 19 de abril de 1983 “De la organización de la Administración Central del Estado”, la de contribuir a la divulgación del derecho socialista, al desarrollo de la conciencia jurídica del pueblo y a la formación de especialistas en materia jurídica, además, es un organismo que presta servicios y trabaja en función de optimizarlos, incrementando la eficacia y eficiencia de todas las actividades que desarrolla.⁴

Para ejecutar esa labor, el MINJUS dispone de la Dirección de Información y Divulgación, encargada también de brindar asesoramiento metodológico a diversas entidades que ofrecen sus servicios a la población como, por ejemplo, las Direcciones Provinciales y Municipales de Justicia, las Notarías, los Registros Civiles y de la Propiedad, entre otros.

⁴ Ministerio de Justicia. Decreto Ley No. 67, “De la organización de la Administración Central del Estado”, de fecha 19 de abril de 1983.

Se trata de una investigación estratégicamente necesaria, de utilidad teórica y práctica, donde los resultados que se obtuvieron contribuirán a que el organismo pueda implementar nuevas acciones dirigidas a la formación de la cultura jurídica de la población.

Dado que con anterioridad no se había realizado un estudio de esta naturaleza en el Ministerio de Justicia, resultó sumamente novedoso y constituyó un primer paso para la identificación de cuanto se hace en función de la formación de la cultura jurídica en la población.

Con vistas a alcanzar estos propósitos y como parte de la política estatal, desde el año 2004 se ha solicitado al Centro de Investigaciones Jurídicas, por parte de la Dirección de Información y Divulgación del Ministerio de Justicia, la realización de investigaciones científicas que ofrezcan información relevante sobre conocimientos, satisfacciones e insatisfacciones de la población, incluyendo en ello los operadores del Derecho, con relación a la temática jurídica.

Esta investigación cuenta como antecedentes anteriores distintos estudios realizados en el CIJ como, por ejemplo, “La Divulgación Popular del Derecho”,⁵ y la “Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social”,⁶ las que han sido fundamentales para la mejor comprensión de la tarea investigativa y su ejecución.

En general, todos los trabajos concluidos expresan necesidades e intereses de la población con relación a la adquisición de conocimientos e informaciones sobre el Derecho que, mediante su aplicación en la práctica social, no solo recorre de manera transversal la vida de los seres humanos, sino que contribuye a la convivencia y al desarrollo armónico de la sociedad.

⁵ María Rodríguez y Diana Hernández: La divulgación popular del Derecho. Informe de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.

⁶ Silvia García; Mercedes De Armas y Karima Sánchez: “Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social”. Informe de investigación, Ministerio de Justicia, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2010.

El problema de investigación se centró sobre cómo puede contribuir el Ministerio de Justicia en la formación de la cultura jurídica de la población cubana. Por tanto, el objetivo general de la investigación consistió en contribuir al mejoramiento de la labor de dicho organismo en pos de la formación de esa cultura jurídica.

Para cumplimentarlo, se trazaron tres objetivos específicos:

1. Sistematizar las principales concepciones teóricas sobre la formación de la cultura jurídica.
2. Determinar, a partir del análisis del trabajo que realizan las direcciones y departamentos seleccionados del MINJUS, las tareas que pueden contribuir a la formación de la cultura jurídica de la población cubana.
3. Elaborar acciones que puedan ser insertadas en la labor que realizan las diferentes áreas del MINJUS en apoyo a la formación de la cultura jurídica de la población.

Para dar respuesta al problema propuesto, se realizó una investigación exploratoria, porque si bien la cultura jurídica ha sido abordada por diversos estudios, en particular en lo referido a la labor que puede desplegar el Ministerio de Justicia en apoyo a la formación de esta categoría, nunca se ha realizado una investigación similar. Sumado a lo anterior, también se valora como descriptiva, dado que para poder determinar las posibilidades de accionar del organismo en función del mejoramiento de esa actividad, fue necesario describir las características del trabajo que se está desarrollando actualmente.

Al mismo tiempo, se realizó un estudio de investigación de tipo no experimental-transeccional-descriptivo, pues de acuerdo a la clasificación que plantea Hernández Sampieri, los estudios transeccionales descriptivos presentan un panorama del estado de una o más variables en uno o más grupos de personas, objetos o indicadores en determinado momento.⁷

⁷ Roberto Hernández Sampieri; Carlos Fernández Collado, María del Pilar Batipsta Lucio: "Metodología de la Investigación". Quinta Edición. p.p. 149- 153.

Definición conceptual y operacional de la variable principal:

Variable principal: formación de la cultura jurídica.

Definición conceptual: es el proceso proactivo, dialéctico y participativo mediante el cual las personas construyen, adquieren y amplían el conjunto de conocimientos, símbolos, ideas, concepciones, sentimientos, criterios, percepciones, creencias, tradiciones, comportamientos, deberes, derechos y exigencias de la sociedad en general respecto al Derecho.

Es preciso exponer que para la elaboración de esta variable se tuvo en cuenta la definición de Cultura Jurídica que consideró el equipo de investigación “Valoración de la estrategia de Comunicación del Ministerio de Justicia”, la que establece que la Cultura Jurídica es: “el conjunto de conocimientos, símbolos, ideas, concepciones, sentimientos, criterios, percepciones, creencias, tradiciones, comportamientos, deberes, derechos y exigencias de la sociedad en general respecto al Derecho”.⁸

Definición Operacional:

Los indicadores para medir esta variable fueron:

- Capacitación recibida en función de contribuir a la formación de la cultura jurídica de la población.
- Actividades que pueden tributar a la formación de la cultura jurídica de la población.
- Acciones o tareas que podrían incorporarse, con vistas a incidir en la formación de la cultura jurídica de la población.
- Determinar las direcciones o departamentos del MINJUS que puedan incidir, a partir de la labor que desempeñan, en la formación de la cultura jurídica de la población.
- Vías y/o métodos que pueden resultar de mayor utilidad con vistas a la formación de la cultura jurídica de la población.

⁸ Silvia García, Mercedes De Armas y Karima Sánchez: “Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social”. Informe de investigación, Ministerio de Justicia, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 29.

Población y muestra:

La investigación se realizó en el Ministerio de Justicia. Para esta investigación se entendió como población a la totalidad de directivos y especialistas de las Direcciones y Departamentos del MINJUS.

A los efectos de la investigación, al ser las elegidas de manera intencional por el cliente debido a su estrecha vinculación con la labor de formación de la cultura jurídica de la población, se seleccionó como muestra a los directivos y especialistas de las siguientes áreas: Dirección de Asesoramiento Jurídico, Dirección de Notarías y Registros Civiles, Dirección de Registro de la Propiedad, Mercantil y Patrimonio, Dirección de Atención a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y Servicios Legales Especializados, Dirección de Asociaciones, Departamento de Atención a la Población, Dirección de Información y Divulgación y Departamento Independiente de Asuntos Penales. A estos directivos y especialistas se les aplicó una entrevista semiestructurada, basada en una guía de preguntas en la que el entrevistador tiene la libertad de introducir preguntas adicionales para precisar, u obtener mayor información, sobre los temas deseados.⁹

En cuanto a los documentos analizados, los planes de trabajo anuales desde el 2012 hasta el 2014, se decidió tomar como criterio de selección los últimos tres años, teniendo en cuenta que en el 2010 culminó la investigación sobre la “Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población”. Esto supone algunas modificaciones a la implementación de acciones en función de los resultados obtenidos y en beneficio de la cultura jurídica de los ciudadanos.

Técnicas utilizadas:

Análisis de documentos: fueron examinados en las Direcciones y Departamentos seleccionados del Ministerio de Justicia, los planes de trabajo anuales de los últimos tres años (2012 al 2014), además de otros documentos que pudieran contribuir al cumplimiento de los objetivos de la investigación.

⁹ Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos; Batista Lucio, María del Pilar: “Metodología de la Investigación”. Quinta Edición, p.418.

Entrevista Semiestructurada: fueron entrevistados los Directivos y especialistas de las áreas de trabajo del MINJUS seleccionadas.

Observación participante: al visitar las Direcciones y departamentos seleccionados, se realizó la observación en función de los objetivos trazados.

Procedimiento utilizado: Primero se realizó una entrevista a los Directivos de las Direcciones y Departamentos seleccionados del Ministerio, a los efectos de obtener la información requerida para cumplimentar los objetivos de la investigación.

A través de ellos también se pudieron obtener los documentos que fueron objeto de análisis para determinar cómo se reflejaba en estos la labor de cada uno de ellos, en función de la formación de la cultura jurídica a todos los niveles.

También se aplicaron entrevistas a los especialistas de las Direcciones y departamentos elegidos y se realizó la observación participante.

Al finalizar la recopilación de información y en su análisis se utilizó la triangulación metodológica o entrecruzamiento de la información, a fin de lograr la integración de los datos y el análisis de los resultados en función de los objetivos trazados.

Análisis de los principales resultados

I. Análisis de la información ofrecida por los directivos, ante las preguntas formuladas, que se transcriben a continuación:

1. ¿Qué es para usted la cultura jurídica de la población?

Se realizaron entrevistas a 7 de 8 Directores posibles. Todos los entrevistados hicieron énfasis en la consideración de que la cultura jurídica consiste en un conocimiento, pero cada uno incorporó sus matices, pues alguno refirió que ese conocimiento no debe ser amplio, sino que basta que se trate de lo esencial: “aunque se dice que muchas personas conocen de Derecho, en la práctica se demuestra que utilizan el método de tanteo para encaminarse a determinados procesos legales, realizando diferentes

incursiones y obteniendo información al azar para finalmente dirigirse al profesional que lo puede guiar en el tema específico de que se trate”.

Se puso de manifiesto la importancia del dominio de los temas constitucionales, también se hace mención a otras materias de Derecho, y se planteó la necesidad de trabajar el tema con toda intencionalidad, pues es vital estar preparados para afrontar los asuntos legales de los ciudadanos.

2. ¿Cómo valora la capacitación de sus trabajadores en función de contribuir a la formación de la cultura jurídica de la población?

En esta pregunta la mayoría de los Directores entrevistados se manifestaron conformes con la preparación de sus subordinados, solamente un Directivo se mostró inconforme con la capacitación de sus especialistas. A pesar de haber sido el único, el equipo considera que sus planteamientos son muy relevantes y dignos de tenerse en cuenta, pues ponen de manifiesto una tendencia apreciable en la conducta de no pocos juristas del organismo. De manera autocrítica ese Directivo reconoció que aún falta mucho en cuanto a la auto preparación de los especialistas, tomando en cuenta que la mayoría muestra poco interés por conocer acerca de lo último que se ha legislado o sobre la información más actualizada, puesto que no observa deseos de estudiar. Ese Director constata conformismo, falta de motivación, y ante la posibilidad de estudiar, ha verificado una excesiva comodidad, pues esa tarea solamente se desea ejecutar si es dentro del horario laboral y en no pocas ocasiones, cuando así se les facilita, no culminan los estudios y si lo hacen, no quieren impartirlos a sus compañeros. Ello ha traído como consecuencia que aún se cuente con especialistas sin nivel académico, quienes no muestran interés por superarse ni tampoco en participar en la elaboración de publicaciones u otras actividades de mayor complejidad.

3. ¿Al aprobar la capacitación de los trabajadores de la Dirección que Ud. dirige, se prevé que la misma contribuya a la formación de la cultura jurídica de la población?

En este tema, las respuestas se dividieron. Algunos Directivos respondieron que toman en cuenta que no solo la capacitación sirva para el desempeño laboral, sino también para fomentar la cultura jurídica de la población, en cambio otros reconocieron que ello solamente ocurría como consecuencia colateral de lo primero, aunque llama la atención que algunas son Direcciones o Departamentos con una actividad muy vinculada a la población.

4. ¿Considera que la labor que se realiza en la Dirección que usted dirige estimula la formación de la cultura jurídica de la población?

En esta pregunta ocurrió lo mismo que en la anterior. Una parte enfatizó en que las actividades van dirigidas al fomento de la cultura jurídica de la población, en tanto otra parte consideró que ello ocurría de manera secundaria, remarcando el poco espacio que le brindan a su Dirección para realizar la labor divulgativa.

5. ¿Qué actividades, dentro de la labor que se realiza en su área de trabajo, pueden tributar a la formación de la cultura jurídica de la población?

Los directivos se pronunciaron sobre las siguientes actividades:

- La preparación a las Direcciones Municipales de Justicia en pos de esta actividad.
- La elaboración de un Plan de Capacitación que llegue a la base y se proponga mejorar la cultura jurídica de la población.
- La utilización de los medios de prensa, las publicaciones, etc.
- La planificación de las estrategias de información con las áreas específicas del organismo.
- El fomento de la vinculación a los organismos de la Administración Central del Estado para solicitar asesoramiento específico en determinadas cuestiones.
- Las respuestas a las cartas y a las quejas de la población.
- Los despachos y encuentros con la prensa que después salen reflejados en los periódicos.

- La atención directa a la población que se realiza conjuntamente con el Departamento ocupado de esta actividad en el MINJUS.

- La elaboración de un plan para elevar la cultura jurídica de la población

- La interacción con los centros de producción, las empresas, etc., sobre los asuntos legales que más le interesan a la población.

- Dar a los demás información sobre el trabajo que se ejecuta.

- Las charlas en las reuniones del Poder Popular sobre los temas que pueden interesarle a la población.

- La capacitación a los funcionarios, a los dirigentes, a los públicos externos según la categoría de cada uno de ellos.

- La realización de Encuentros Técnicos. Se han trazado también los requisitos que deben cumplimentarse en su práctica (que se realice mediante un panel, cómo ha de hacerse la exposición, que al finalizar se efectúe una pregunta escrita para evaluar los conocimientos, las condiciones mínimas del local, etc.) y los temas y el trabajo a discutir, a partir de las principales deficiencias técnicas que hemos apreciado en los controles con el fin de que se erradiquen.

- La organización de Cursos de distintas temáticas impartidos por profesores de la enseñanza superior habilitados para ello.

- La celebración de Jornadas y pequeños Eventos territoriales donde se discutan los temas más importantes y las nuevas disposiciones legales establecidas.

- La coordinación de Postgrados con la Unión Nacional de Juristas (UNJC) o la Universidad.

- La participación en programas televisivos y radiales.

6. ¿Qué otras acciones o tareas usted considera que podrían incorporarse a la labor que se realiza actualmente en su área de trabajo, con vistas a incidir en la formación de la cultura jurídica de la población?

Consideraron que debían:

- Realizar conversatorios en entidades estatales.

- Incrementar el número de postgrados sobre distintos temas.
- Mantener y sistematizar foros on line, pues han tenido mucho éxito.
- Insertarnos de manera controlada pero activa en las redes sociales, en la página web del MINJUS, etc.
- Mejorar las posibilidades de publicación de los artículos de los investigadores del Centro de Investigaciones Jurídicas.
- Desarrollar los Círculos de Interés de la escuela primaria o secundaria.
- Profundizar en las relaciones con la base, la forma, manera y frecuencia del intercambio con ellos, etc.
- Que el trabajo de la Biblioteca y el Centro de Información Legislativa otorguen la posibilidad de encaminar el trabajo de coadyuvar al fortalecimiento de la cultura jurídica, con la presencia de un personal especializado para el cumplimiento idóneo de esta tarea.
- Abrir el espacio de participación del Departamento en las labores divulgativas que se realizan a nivel de los medios masivos de difusión.
- Conocer las inquietudes puntuales de la población y por tanto, aquello que le preocupa a las personas (por ejemplo, los asuntos vinculados a los Registros del Estado Civil, las tarifas, etc.) y eso podemos trasladarlo al nivel superior del Ministerio para que sea valorado por el Consejo de Dirección y se dispongan medidas.
- Tener mayor presencia de temas jurídicos en la Televisión, los periódicos, en informaciones en pancartas, etc.

7. ¿Cuáles son las vías y/o los métodos que para usted pueden resultar de mayor utilidad con vistas a la formación de la cultura jurídica de la población?

Aunque algunos de los dirigentes entrevistados consideraron como válidas a todas las vías y métodos más útiles para desarrollar la cultura jurídica de la población, se pronunciaron específicamente sobre las siguientes:

- Los espacios televisivos. Se pueden utilizar los programas de televisión tanto de alcance nacional como los provinciales.
- Los artículos en la prensa sobre determinado tema.

- La publicación específica de un tema de interés, (por ejemplo, en Boletines, plegables).
- El acceso oportuno a la Gaceta Oficial.
- El fortalecimiento de la asignatura de Educación Cívica en los programas del Ministerio de Educación (MINED).
- En el turno de Reflexión y Debate de las escuelas, fomentar los temas de formación de valores en la escuela debido a que no se utiliza en todo su potencial.
- Las Secciones Sindicales pueden divulgar temas de Derecho Laboral y sobre los derechos de los trabajadores en general.
- La presentación de temas importantes en la Mesa Redonda.
- La elaboración de folletos didácticos.
- La preparación de compilaciones con los temas más importantes.
- El trabajo divulgativo con intencionalidad con el sistema empresarial, pues se han realizado acciones muy puntuales, e igualmente en cuanto a las relaciones internacionales también se debe aumentar el trabajo.
- Abrir nuevos espacios de información a la población en los medios de difusión.
- Garantizar la posibilidad de acceso a Internet y mejorar la intranet con amplio acceso a los especialistas.

II. Análisis de la información ofrecida por los especialistas.

Se aplicaron un total de 29 entrevistas a Especialistas en Derecho de 8 Direcciones del Ministerio de Justicia, de un total de 45 posibles, para un 65%, no pudiéndose realizar la totalidad de las entrevistas por encontrarse algunos de los compañeros fuera de La Habana, otros enfermos, de vacaciones, licencias de maternidad, etc.

1. ¿Qué es para usted la cultura jurídica de la población?

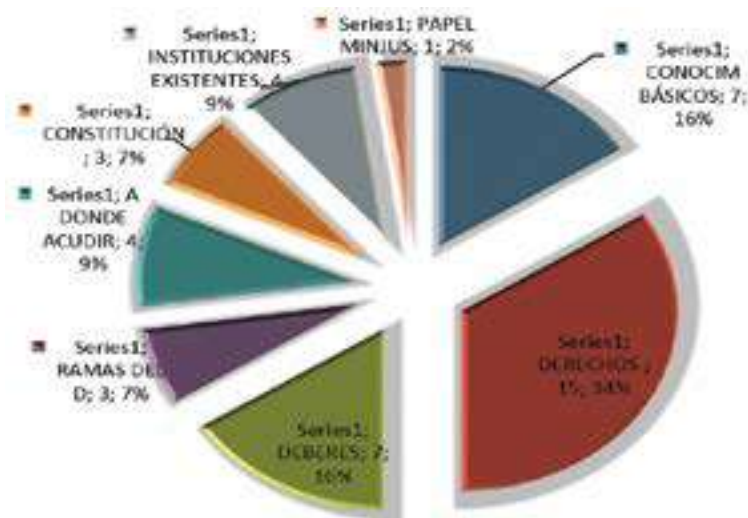
Las respuestas ofrecidas por los especialistas de las Direcciones fueron mucho más escuetas que las brindadas por los Directores de ellas, sin embargo, es muy interesante adentrarnos en el resultado obtenido si se toma

en cuenta que todos los entrevistados son Licenciados en Derecho, algunos de vasta experiencia en su desempeño profesional y muchos de ellos cuentan con categoría académica.

Cuando se les inquirió su criterio sobre la cultura jurídica, llama la atención que 4 hicieran mención a que existe poca cultura entre la población, lo cual evidencia una preocupación latente que afloró inmediatamente. Ahora bien, al brindar su propio concepto, la generalidad de ellos se decantó por considerarla ante todo como un “conocimiento” (en concreto, el 75% de los entrevistados) que fue vinculado (por el 65 % de los especialistas), a todo lo que puede ser tildado de jurídico: normas, procedimientos, leyes, el Derecho, etc.

Algunos pocos no hicieron uso del vocablo “conocimiento” para referirse al concepto, utilizaron o términos relacionados como “noción”, “dominio de los cambios legislativos”, “idiosincrasia”, o no concretaron el término.

Una cuarta parte consideró que esos conocimientos deben ser simplemente elementales, básicos, en tanto pocos entrevistados prefirieron referirse a que incluye los derechos y las garantías, otros que ese saber debe estar encaminado a dilucidar hacia dónde acudir y otros tantos, que es el referido a saber cuáles son las instituciones estatales existentes.



A pesar de su relevancia, muy pocos especialistas se refirieron a la importancia del dominio de la Constitución de la República.

Del total, 4 especialistas reflejaron la importancia de la adquisición de ese conocimiento a través de los medios de difusión masiva. En tanto, un único entrevistado refirió que la población se vincula a ese saber necesario tomando en cuenta lo que cada cual sea capaz de interiorizar.

Algunos reflejaron que ese conocimiento debía estar vinculado a algunas ramas del Derecho, dentro de las que emergió como muy importante, el Derecho Notarial, en cambio, llama la atención que del total, hubo un especialista que en su respuesta no establece vínculo alguno de ese conocimiento con el saber jurídico.

Aunque, como ya se apuntó, algunos vincularon la cultura jurídica al conocimiento de la población de sus propios derechos como ciudadanos, hubo siete especialistas que remarcaron la importancia de tener claros también los deberes.

Es de reseñar que solamente un especialista hizo alusión al importante papel que debe desempeñar el MINJUS en el fortalecimiento de la conciencia jurídica de la ciudadanía.

Aunque la investigación tiene un claro sentido cualitativo, solo con fines ilustrativos se presentan algunas gráficas con las respuestas tal y como se aprecian.

A partir de lo expuesto por los especialistas entrevistados en el MINJUS, el equipo de investigación concluyó, que de conformarse un concepto de cultura jurídica de la población, este podría ser:

El conjunto de conocimientos básicos de la normativa del país, el cual incluye los deberes, derechos, así como las instituciones y las relaciones legales que se producen o pueden ocurrir entre los ciudadanos con ellas y es adquirido por la ciudadanía a través de los medios masivos de comunicación primordialmente.

2. ¿Considera que la capacitación recibida contribuye a la formación de la cultura jurídica de la población?

La pregunta fue formulada a partir de que los especialistas en Derecho deben recibir una preparación en los asuntos jurídicos tal que les permita tributar directa o indirectamente en pos del saber y la preparación de la ciudadanía en estos temas. Sin embargo, luego de examinar lo obtenido al aplicar el instrumento, se aprecia que algunos juristas no están conscientes de la relevancia que tiene (o simplemente no la perciben), una adecuada preparación a los efectos de enriquecer el saber de la población.



Aunque hubo una gran mayoría que reconoció el papel de la capacitación para favorecer la cultura jurídica de la población, una minoría no lo apreció así o no ofreció respuesta.

Si bien es preocupante que no se estime el papel de la capacitación en función de la formación de la cultura jurídica de la población, llamó la atención que dentro de los que reconocieron su importancia, una parte la valoró de insuficiente, pese a no indagarse sobre este particular. Del total, solo 2 especialistas consideran adecuada la capacitación recibida. Además, hubo quien consideró que el Ministerio de Justicia en estos momentos carece de una entidad que, como antaño, se ocupe de tan importante tarea.

- Aunque con pocos pronunciamientos, pero sin dudas de manera acertada, los especialistas comprendieron la importancia de la preparación

individual, de participar en post grados y en los Encuentros Técnicos de las Direcciones, así como de la necesidad de estar actualizados.

Algunos se refirieron a las ramas del Derecho en las que deben acentuar sus saberes, como por ejemplo en Asesoramiento Jurídico, Laboral, Económico, Criminológico, en tanto otros se refirieron a las maneras por medio de las cuales este saber incorporado puede brindarse a la población. De ahí que se cite:

- La TV, radio
- La intranet del MINJUS
- Los periódicos
- Los Foros On Line
- La zona de residencia y los amigos

Los Directores por su parte, salvo excepciones, consideraron adecuada la preparación de sus subordinados, aunque coincidieron en que debía perfeccionarse y enriquecerse con la auto preparación. Sin embargo, como se apuntó, el equipo valoró como muy acertada la opinión de un directivo que con un criterio muy adecuado, planteó las problemáticas existentes.

3. ¿Qué actividades, dentro de la labor que se realiza en su área de trabajo, pueden tributar a la formación de la cultura jurídica de la población?

Aunque solamente un especialista consideró que no puede ejecutarse alguna actividad en pos de enriquecer el saber jurídico de la ciudadanía, y otros respondieron de manera muy general acerca de que “todas las actividades” contribuyen directa o indirectamente a la preparación de la población, un grupo brindó respuestas específicas acerca de cómo puede contribuirse al fin explicitado.

Por orden de incidencia son las que siguen:

- Mediante la atención directa a la población por medio de las respuestas que se le brindan personalmente, o de la actuación de los Notarios, Registradores, de los abogados de Bufetes Colectivos, etc.

- Al dar preparación a los juristas de las entidades que atiende la Dirección.

- Por medio de los medios de difusión masiva.

- A través de respuestas telefónicas o por escrito, mediante cartas o por correo electrónico.

Las respuestas que se presentarán a continuación fueron planteadas cada una por muy pocos especialistas, pero por su novedad, originalidad e inserción en la dinámica de la vida actual, consideramos que merecen un destaque especial. Ellas son:

- Redes sociales

- Foros On Line

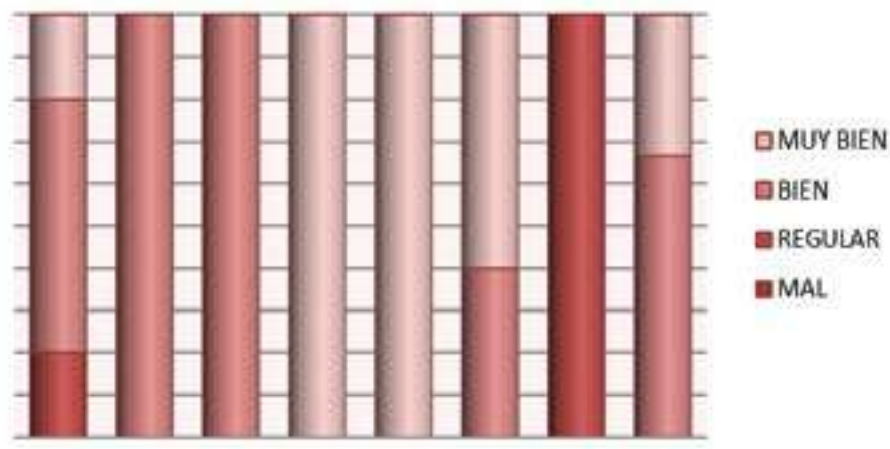
- Revistas técnicas

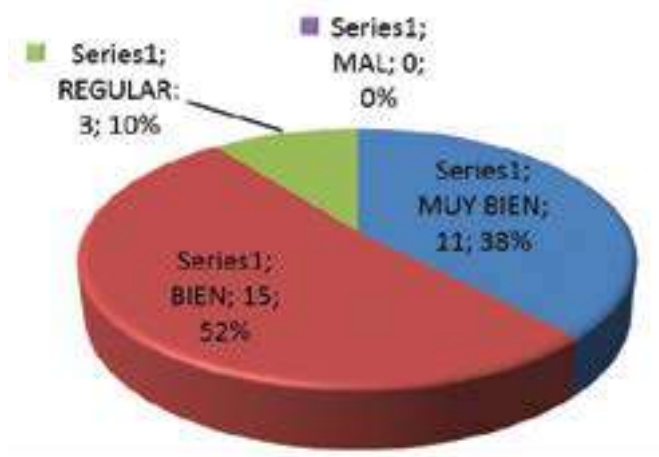
- Páginas Amarillas de ETECSA

Del estudio realizado, se pudo constatar cómo se reconoció que las actividades a favor de la cultura jurídica de la población no son tareas que se realicen con toda la prioridad y el tratamiento diferenciado que requiere.

4. ¿Cuál es la misión del área de trabajo donde usted labora?

El conocimiento de la misión de la Dirección del MINJUS por el especialista que en ella labora, se puede apreciar en la siguiente gráfica:





Por tanto, la gran mayoría de los especialistas que trabajan en el MINJUS conocen de forma adecuada de la misión de la Dirección en que laboran, en tanto todos los Directores la dominan perfectamente.

5. ¿Qué acciones o tareas usted considera que podrían incorporarse a la labor que se realiza actualmente en su área de trabajo, con vistas a incidir en la formación de la cultura jurídica de la población?

A pesar que casi la mitad de los entrevistados consideró no tener ningún aporte al respecto, otra mitad pensó que podían ser tareas a incorporar en su labor para contribuir al conocimiento de temas de Derecho por la ciudadanía:

- La participación en los medios de la televisión, el programa Al Derecho, en spots televisivos.
- La participación en la prensa plana, en la elaboración de artículos periodísticos.
- La presentación en Murales, plegables, pancartas.
- La impartición de postgrados especiales a los juristas que se relacionan con la población.
- La inserción en los Foros On Line.
- Mayor publicación de las normas jurídicas y asequibilidad de estas.

- La realización de conferencias sobre la legislación vigente y en especial, de la Constitución.
- Mayor intercambio con otras instituciones como la Fiscalía, los Tribunales y el Ministerio del Interior.
- Integrarse a la Comisión de atención al sistema electoral.
- Elaborar una política de divulgación jurídica.
- Aprovechar los momentos en que se interactúa con la población para brindarles la orientación que requieran.
- Incorporar a los especialistas en cursos de Universidad para todos.
- Participar en los Encuentros Técnicos dirigidos por el MINJUS.
- Debe incrementarse el pago de los especialistas que participan en la actividad divulgativa en los medios de difusión masiva.

6. ¿Qué otras direcciones o departamentos considera usted que pueden incidir, a partir de la labor que desempeñan, en la formación de la cultura jurídica de la población?

Fueron señalados como posibles, las mismas Direcciones y departamentos que conformaron la muestra.

7. ¿Cuáles son las vías y/o los métodos que para usted pueden resultar de mayor utilidad con vistas a la formación de la cultura jurídica de la población?

Aunque pocos especialistas consideraron que pueden ser válidas todas las vías existentes, una buena parte se decantó por considerar a los medios de difusión masiva en general como aquellos que constituyen las vías idóneas para divulgar material jurídico.

Algunos hicieron énfasis específicamente en la televisión, llegando algunos a expresar el programa más idóneo como:

- Al Derecho
- Revista de la mañana (haciéndose patente la importancia de mejorar el horario de transmisión).

Otros se decantaron por la importancia de la radio y un grupo menor por la prensa.

Casi un 20% se mostró partidario de la ejecución de Talleres, Seminarios, cursos cortos, etc., a la población, donde se expliciten las normas y los valores ciudadanos.

Otros se inclinaron porque se divulguen las normativas en general y en particular, de los organismos estatales, y otros hablaron del papel de las Redes Sociales y los Foros interactivos.

Se remarcó la importancia de la presencia y difusión que se logra con las pancartas, los anuncios, las revistas, la Gaceta Oficial, las páginas de la Guía telefónica de ETECSA, en fin, de todo medio técnico escrito que sirva para informar a la sociedad.

A pesar de su importancia, pocos especialistas se refirieron al papel de la formación desde la infancia y la adolescencia por medio de la asignatura Educación Cívica, la cual se imparte en la enseñanza primaria y secundaria.

También se planteó la importancia del asesoramiento que puede realizar el jurista cuando por cualquier circunstancia, sea laboral o no, se encuentre ante la población, como igualmente es fundamental fortalecer la labor de la Biblioteca del MINJUS y hasta la relevancia de concebir Encuentros Técnicos abiertos a la participación de los ciudadanos interesados.

Por último, se reconoció que el trabajo divulgativo puede vincularse a otras maneras no tan directas, ya que a través de las novelas, series dramatizadas, programas como Tras La Huella, etc., pueden propagarse importantes temas de contenido jurídico para la población.

iii. Análisis de los documentos

Como se apuntó, fueron solicitados los planes de trabajo de los últimos tres años, pero igualmente se recogieron aquellos documentos que los directivos consideraron tributaban a los fines de fomentar la formación de la cultura jurídica de la población, por lo cual se analizaron otros documentos como

balances, guías de inspección, planes de actividades, legislación vinculada a la actividad, entre otros.

Los documentos referidos que no se corresponden con los planes de trabajo solicitados, se entregaron voluntariamente por las diferentes Direcciones, con el objetivo de enriquecer la investigación.

En esencia se puede concretar que:

1. Se analizaron todos los documentos recibidos. Además de los planes de trabajo solicitados, las Direcciones, voluntariamente entregaron documentos que consideraron podían tributar al cumplimiento del objetivo de la investigación.

2. Todos los documentos analizados contienen elementos significativos que, directa o indirectamente, tributan a la formación de la cultura jurídica de la población.

Conclusiones

La preocupación por la formación de la cultura jurídica fue expresada en el IV Congreso de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, en el año 2005, donde se ponderó el tema de la educación jurídica y la tarea de afianzar los valores y principios que orientan fomentar una cultura de respeto a la ley. Igualmente para el Ministerio de Justicia constituye una prioridad el logro de estas actividades, pues tiene dentro de sus atribuciones y funciones, la de contribuir a la divulgación del derecho socialista, a la formación de la conciencia jurídica del pueblo y a la formación de especialistas en materia jurídica.

No todos los Directores y Jefes de Departamentos del MINJUS vinculados con la investigación que se realizó, así como los especialistas de los mismos, utilizan una definición de Cultura Jurídica que refleje de forma global el contenido de este concepto, aunque en algunos casos se expresó en toda su magnitud. Una concepción no integral de este término trae consigo necesariamente insuficiencias en la formación y desarrollo de las necesidades

que sobre cultura jurídica tiene la población, tanto en el orden teórico como práctico.

En el análisis de los documentos que conforman la base del trabajo de las Direcciones o Departamentos, no se observa de manera general que se demande específicamente el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, sino que en la mayoría de los casos este tema se cumple derivado de la ejecución de otras tareas, acciones y objetivos, sin proponérselo directamente.

El equipo de investigación apreció que en general no existe un Plan de Capacitación ni de preparación especializada planificado anualmente y puesto en función de las necesidades individuales de los integrantes de las Direcciones y Departamentos, como parte de su formación integral. Por esto, los temas objeto de estudio en su mayoría son elegidos por intereses personales y no por las necesidades de la Dirección o Departamento donde laboran y aún menos propenden a fortalecer la formación jurídica de la población.

Documentos de consulta obligada para los especialistas, tales como la Gaceta Oficial y la Constitución, no son objeto de estudio por una parte importante de parte de estos, así como tampoco están al alcance de la población, constituyendo ello un escollo que no favorece la formación de la cultura jurídica en unos y otros, por lo cual se hace necesaria la posibilidad de poder consultarlos en diferentes maneras: sistemas informáticos, carteles, documentos, para así garantizar su conocimiento.

Las vías y formas que se utilizan para la formación de la Cultura Jurídica, tanto hacia los especialistas como para la población, son limitadas, y en muchos casos, los temas no se avienen realmente al interés mayoritario de la población, por no contarse con el criterio de las Direcciones y Departamentos que interactúan con la ciudadanía directamente.

Además, se pudo constatar, que las actividades en pos de la cultura jurídica de la población no son tareas que se realicen con toda la prioridad y el tratamiento diferenciado que requieren.

Algunos Departamentos y Direcciones exponen que sus especialistas no son convocados en momento alguno para participar en los pocos programas de televisión o radiales que se realizan, o para asesorarlos.

Los Encuentros Técnicos que se organizaban, y en los que participaban especialistas de distintas provincias, pertenecientes a las Direcciones Provinciales de Justicia, se han ido perdiendo por dificultades de índole económica, a pesar de su importancia.

El Ministerio de Justicia, como organismo de la Administración Central del Estado, tiene como una de sus tareas priorizadas, brindar asesoramiento metodológico a diversas entidades que ofrecen servicios a la ciudadanía, para lo cual puede incidir a través de esta actividad en la ejecución de su función referida a la formación de la cultura jurídica de la población, debiéndose trabajar con total objetividad el asunto.

A pesar de que la mayoría de los ejecutivos entrevistados estuvieron conformes con la preparación de sus subordinados, consideran queda mucho por hacer, sobre todo en cuanto a la falta de preparación de los especialistas, pues constata conformismo, falta de motivación, y ante la posibilidad de estudiar, se ha verificado una excesiva comodidad.

Recomendaciones

En resumen, deben ser tenidas en cuenta las siguientes acciones o tareas que podrían incorporarse a la labor que se ejecuta actualmente en cada área de trabajo, con vistas a incidir en la formación de la cultura jurídica de la población:

- Realizar conversatorios en entidades estatales.
- Incrementar el número de postgrados sobre distintos temas.
- Mayor intercambio con otras instituciones como la Fiscalía, los Tribunales y el Ministerio del Interior.
- Incorporar a los especialistas en cursos de Universidad para todos.
- Mantener y sistematizar foros on line, pues han tenido mucho éxito.

- Insertarnos de manera controlada pero activa en las redes sociales, en la página web del MINJUS, etc.
- Mejorar las posibilidades de publicación de nuestros artículos.
- La presentación en Murales, plegables, pancartas.
- Desarrollar los Círculos de Interés de la escuela primaria o secundaria.
- Profundizar en las relaciones con la base, la forma, manera y frecuencia del intercambio con ellos, etc.
- Elaborar una política de divulgación jurídica.
- Que el trabajo de la Biblioteca y el Centro de Información Legislativa otorguen la posibilidad de encaminar el trabajo de coadyuvar al fortalecimiento de la cultura jurídica, con la presencia de un personal especializado para el cumplimiento idóneo de esta tarea.
- Abrir el espacio de participación en las labores divulgativas que se realizan a nivel de los medios masivos de difusión.
- Mayor publicación de las normas jurídicas y asequibilidad de estas
- Conocer las inquietudes puntuales de la población y por tanto, aquello que le preocupa a las personas (por ejemplo, los asuntos vinculados a los Registros del Estado Civil, las tarifas, etc.) y eso podemos trasladarlo al nivel superior del Ministerio para que sea valorado por el Consejo de Dirección y se dispongan medidas.
- Tener mayor presencia en la Televisión, los periódicos, en informaciones en pancartas, presencia en las páginas amarillas de ETECSA, etc. tomando en cuenta además que debe incrementarse el pago de aquellos especialistas que participen en la actividad divulgativa en los medios de difusión masiva.

Bibliografía

Aldana, Rubén y otros: Política pública y desarrollo de la cultura jurídica en Cuba. Tesina presentada en el Diplomado de Administración. Ministerio de Justicia, 2013.

- Alvero, Francés: *Diccionario Cervantes. Manual de la Lengua Española*. Editorial Pueblo y Educación. Cuba, 1977.
- Arroyo, Edgar Alán: *Cultura jurídica, de la legalidad y de derechos fundamentales*. Compañía editora de La laguna, SA., 2009.
- Ausbel, David: *Psicología educativa, un punto de vista cognoscitivo*. Segunda edición, Editorial Trillas, México, 1982.
- Barragán, José Pablo; Cultura jurídica y valores ético–sociales en la justicia. Consultado 17/7/2013. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/469/10.pdf>
- Barreras, Seida; Sosa, Ivette; Domínguez, Ernesto: Cultura jurídica, conflicto y gobernabilidad en el ámbito local. Ponencia presentada en el III Congreso Internacional JURISCUBA 2011, Cuba.
- Capdevila, Johnny: Evaluación de la cultura organizacional en el Grupo empresarial extrahotelero Palmares SA., Sucursal Guantánamo (artículo inédito), Santiago de Cuba, 2007.
- Colectivo de autores: *Hacia una prevención comunitaria de las drogodependencias*. Centro de Investigaciones Jurídicas, Empresa gráfica “Enrique Núñez Rodríguez”, Villa Clara, Cuba, 2013.
- Diccionario de la Real Academia Español: Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=cultura> Consultado: 12/10/13.
- Documentos del Partido Comunista de Cuba: Política de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente; capítulo V, Lineamiento No. 137, 2012.
- Documentos del Partido Comunista de Cuba: El trabajo político ideológico, capítulo II, 2012.
- Ferrari, Majela: De la cultura jurídica a la conciencia jurídica, un tránsito necesario. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2011.
- Ferry, Engleno: *La idea de la cultura*. Editorial Paidós, Barcelona, 2001.

Ferry, Guilles: *El trayecto de la formación*. Editorial Paidós, México, 1990.

Funciones del Ministerio de Justicia: Disponible en www.minjus.cu
Consultado; abril del 2013.

García, Silvia: De Armas, Mercedes y Sánchez, Karima; Valoración de la estrategia de comunicación del Ministerio de Justicia para el fortalecimiento de la cultura jurídica de la población, a partir de la percepción social. Informe de investigación, Ministerio de Justicia, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2010.

Geert, Clifford: *La interpretación de la cultura*. Trotta. Madrid, 2006.

Hart, Armando: Cultura jurídica de la nación cubana. Disponible en www.icpa.cu Conferencia, 2011.

Hernández, Roberto: *Metodología de la investigación social*. Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

Ibáñez, Jesús, *et. al*: El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación. Tercera edición, Madrid, Alianza editorial, 2003.

Informe presentado al VI Congreso de la Unión Nacional de Jurista de Cuba: UNJC, La Habana, 2005.

Informe resumido sobre resultados del segundo Taller Nacional de Educación ciudadana, desarrollado en Granma por pedagogos cubanos, abril, 2012.

Jiménez, Guillermo: La formación investigativa y los procesos de investigación científico tecnológicos en la Universidad Católica de Colombia, Facultad de Derecho, Revista *Estudiositas*, Bogotá, Colombia, 2006.

Kaplún, Mario: *Comunicador popular*, Quito, Ediciones CIESPAL, Editorial Belén, 1985.

- Laveaga, Gerardo: La cultura de la legalidad, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Estudios Jurídicos No. 8, México, 2000.
- Levine, Donald: *On individuality and social forms*. Chicago University Press. Ed. Simmel, 1971.
- Madrazo, Alejandro: Estado de derecho y cultura jurídica en México. Isonomía (online) octubre 2012, No. 17, pp. 203-223. Disponible en www.cervantesvirtual.com
- Moreno, María Guadalupe: Los procesos de formación en los postgrados de educación, en la problemática de los postgrados de educación en México. Hacia la consolidación del siglo XXI, colección de cuadernos de investigación No. 5, Ciudad del Carmen, Universidad Autónoma del Carmen, 2000.
- Moreira, Marco: Organizadores previos y aprendizaje significativo. En *Revista chilena de educación científica*, volumen 7 No.2, Chile, 2008.
- Mosterín, Jesús: *La cultura humana*. Espasa Calpe, Madrid, 2009.
- Narváez, José Ramón: *Cultura jurídica, ideas e imágenes*. Ed Porrúa, México, 2010.
- Nava, José: La formación para la investigación. El caso de la maestría en Derecho, Universidad Autónoma del Estado de México, Revista *Tiempo de Educar*, volumen 10 No.19, México, enero – junio 2009.
- Orler, José: Formación para la investigación en el campo del Derecho, Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho, año 7, No. 14, Buenos Aires, Argentina, 2009.
- Piaget, Jean: *Psicología de la inteligencia*. Traducido por Juan Carlos Folix, Editorial Psique, Argentina, 1974.
- Pozo, Juan: *Teorías cognitivas del aprendizaje*. Sexta edición. Ediciones Morata, España, 1999.

- Prieto, Francisco: *Cultura y comunicación*, Editorial Previa de México, 1984.
- Quintero, Juan: Definiciones de cultura y sociedad. Disponible en www.articulos.com consultado 2/3/13.
- Raymond, William: Hacia una sociología de la cultura, en *Sociología de la cultura*. Editorial Félix Varela. Tomo I, La Habana, 2006.
- Rodríguez, Inés: ¡Y qué de la investigación formativa en los programas de Derecho! Universidad Simón Bolívar, Revista *Justicia* No.15, Barranquilla, Colombia, junio, 2009.
- Rodríguez, María y Hernández, Diana: La divulgación popular del Derecho. Informe de investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas. Ministerio de Justicia, La Habana, 2004.
- Salazar, Pedro: Democracia y cultura de la legalidad, México, Instituto federal electoral, 2006. Disponible en www.cefral.edu.mx
- Torres, Gabriel: La evaluación de políticas y programas públicos. El caso de los programas de desarrollo social en México. Centro de Investigaciones interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, CIICH, UNAM, México, 2007.
- Torres, Irene: Ciudadanía y cultura jurídica; una aproximación a la identidad jurídica del venezolano. Politeia (online), julio, 2001, vol 24, No. 27. Disponible en <http://www2scielo.org.ve>
- Taylor, Edward: La ciencia de la cultura. En Kahn, JS (comp) *El concepto de cultura*. Anagrama. Barcelona, 1995.
- Vigostky, Lev: *Obras escogidas*, volumen II, editorial Visor Distribuidores SA, España, 1993.
- Zuzuaga, Carlos y Juan Fernando: ¿Qué información debería publicarse en la intranet? Disponible en www.intranetttotal.com, 2003.

La Publicidad Registral en el Derecho Mercantil Cubano. Una mirada desde la provincia de Mayabeque

Registration publicity in Cuban Commercial Law. A Look from Mayabeque Province

Eduardo Torres Medina

Yadira González Ruiz

Resumen

En el presente trabajo se desarrolla el concepto de publicidad, su clasificación y efectos. También se puede apreciar una breve explicación de algunos registros que se relacionan con personas jurídicas, sujetos inscribibles, marco legal y algunas consideraciones sobre los mismos en la provincia de Mayabeque. Con respecto al Registro Mercantil se ofrece una pequeña disertación sobre sus antecedentes en nuestro país, así como las mayores irregularidades que presenta la inscripción en el registro de Mayabeque, además de ofrecer un modesto análisis sobre las disposiciones que regulan la actividad que el mismo registro efectúa.

Palabras Clave

Publicidad, registro, sociedad mercantil de capital totalmente cubano.

Abstract

Through this work is dealt the concept of publicity, its classification and effects, it also refers a brief explanation about registers related with

juridical people, inscribable subjects, legal frame and some considerations about this topic in Mayabeque province. Concerning commercial registry, it is aborded some criteria's about it's antecedents in Cuba, besides it also deals with some irregularities of inscription in Mayabeque registry and an analysis about the regulations done in this registry.

Key words

Publicity, registry, trading company wholly funded with Cuban capital.

Introducción

Muchas son las transformaciones que están ocurriendo en aras de actualizar nuestro modelo económico, entre ellas, las que tienen que ver con el reordenamiento de todas las esferas del país. Así, los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados por el VI Congreso del PCC abogan por este reordenamiento, resaltando que estos cambios deben ser con orden y disciplina. La actividad registral en materia de mercantil no escapa de este reordenamiento y más en la actualidad, donde nuevos sujetos y hechos surgen y donde la dinámica de la realidad de hoy así lo exige.

El problema de investigación se definió de la siguiente manera: ¿Cuáles son los fundamentos teórico-doctrinales y de la práctica registral en materia de Derecho Mercantil para proponer modificaciones legales y funcionales en los registros mercantiles de Cuba?

Como hipótesis podemos decir que la presencia de un reglamento para el Registro Mercantil es decisivo para lograr la eficiencia de la actividad registral en esta materia.

El objetivo general está dirigido a aportar a las autoridades competentes, a través del análisis y la integración de los métodos y técnicas utilizados, un conjunto de sugerencias que ayuden a tomar decisiones relacionadas con la reorganización de la actividad registral en materia de derecho mercantil para su adecuado funcionamiento.

Los objetivos específicos quedaron enunciados del siguiente modo:

1. Desarrollar un estudio teórico-doctrinal acerca de la institución Publicidad.
2. Explicar el surgimiento del Registro Mercantil.
3. Aportar a la dirección del MINJUS, los fundamentos necesarios para la simplificación del sistema registrar de nuestro país.

El diseño de esta investigación es no experimental, dado que no se manipularán variables, si no que se describirá el fenómeno tal y como se da en su contexto natural.

La investigación es exploratoria descriptiva pues si bien no es posible desconocer trabajos realizados sobre el tema del Registro Mercantil, estos no se relacionan directamente con los fundamentos para proponer modificaciones de diversa etiología, con fines de lograr mayor efectividad en el desempeño de la función social a ellos encomendada.

Los métodos y técnicos utilizados fueron:

- Método de análisis histórico lógico: Estos método será útil y beneficioso, ya que nos servirá para realizar una génesis histórica del Registro Mercantil en Cuba dado el carácter histórico que esta institución tiene.
- Método de análisis – síntesis: será necesario para caracterizar el objeto de esta investigación, descomponiendo el mismo en sus estructuras.
- Entrevistas: útil para conocer opiniones acerca de la actividad registral.
- Método de análisis de contenido: necesario para analizar determinadas disposiciones jurídicas que regulan algunos registros en nuestro país

Análisis de los resultados.

La Publicidad en el Derecho

La palabra publicidad proviene del latín *publicus* que significa hacer notorio, patente, manifiesto. La publicidad ha sido definida teniendo como factor

esencial el conocimiento o la exteriorización que produce, así como la permanencia que el acto o derecho inscrito alcanza con ella.

El profesor Tirso Clemente señala que “la publicidad representa una peculiar cualidad de ciertos actos jurídicos , expresamente determinado por la ley, que deben ser efectuados públicamente para que no solo los que le han dado existencia, sino todo aquel interesado pueda consultarlo y conocer su contenido. Tal publicidad es un medio por el cual la voluntad de las partes que intervienen en un determinado negocio jurídico, sea conocida permanentemente y para el futuro”.¹

Por su parte, Vicente Rapa expresa que “la publicidad consiste en la notoriedad de los registros o comunicación exterior de los mismos que puede ofrecerse por exhibición de sus libros, a fin de que, mediante las inscripciones, los hechos y actos jurídicos tengan eficacia frente a terceros y puedan ser constatados, tanto para fines privados como para otros de carácter social”.²

A partir de estos conceptos se puede entonces definir la publicidad como aquella acción o actividad encaminada a hacer que un hecho, acto o derecho sea conocido de forma notoria por todos.

La publicidad puede ser vista desde dos ángulos. El primero es la llamada publicidad comercial, que es aquella que realizan determinadas personas elevando la calidad de sus productos o servicios, divulgando las marcas de estos, su nombre, etc., con el objetivo de obtener una mayor clientela. La actividad publicitaria se realiza utilizando diversos medios de difusión con el propósito de aumentar la contratación con sus clientes; constituye una actividad privada y es voluntad de la persona desarrollarla o no. Por su parte, la publicidad legal tiene lugar cuando se acude a los medios oficiales de publicidad con el objetivo de inscribirse en él. La publicidad registral, también conocida así, dota de seguridad jurídica a las relaciones civiles o

¹ Clemente Díaz, Tirso: Derecho Civil. Parte General, tomo II (Tercera Parte), ENPES, La Habana, 1984, p. 1123.

² Rapa Álvarez, Vicente: “La relación jurídica civil. Categoría esencial en el nuevo Código Civil”, en Revista Jurídica, La Habana, año VI, no.19, abril-junio 1988, p.183.

mercantiles. El instrumento oficial para llevar a cabo este tipo de publicidad es el Registro.

Pueden ser objeto de publicidad las personas naturales y jurídicas, los bienes muebles e inmuebles y los hechos y actos jurídicos de distinta índole. Recordemos que el objeto como uno de los elementos de la relación jurídica es aquello sobre lo que esta relación recae (objeto inmediato). Al incidir la publicidad en las personas, bienes, hechos o actos jurídicos esto trae consigo la creación de diferentes registros.

Dos son los efectos que produce la publicidad: declarativos y constitutivos. En el primero, el nacimiento del derecho o acto jurídico no está subordinado a la inscripción en el registro. El elemento a inscribir existe con independencia de que se inscriba o no y produce efectos jurídicos frente a terceros, tal es el caso de negocios jurídicos como la permuta, la compraventa de inmuebles, la donación de bienes, entre otros. Los hechos relacionados con el estado civil de la persona natural como el nacimiento y la muerte, son un ejemplo típico del efecto declarativo que produce respecto a ellos la inscripción registral.

Cuando la inscripción produce efectos constitutivos, el nacimiento del derecho o acto, está supeditado a dicha inscripción registral, por tanto la inscripción constituye elemento necesario para la existencia del elemento inscribible, por lo que de no producirse la inscripción no existe dicho elemento. Como ejemplo tenemos la hipoteca en cuanto a los derechos reales, que solo nace con la inscripción en el Registro de la Propiedad y la constitución de determinadas personas jurídicas, cuya personalidad no nace hasta que se realiza la correspondiente inscripción.

Organización registral en Cuba

Actualmente nuestro país, heredero también del sistema de dispersión registral, existen numerosos tipos de registros públicos (222 registros en toda Cuba, aclaramos que actualmente nuestro país se encuentra en un proceso de perfeccionamiento del sistema registral que responde a los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido aprobados en su VI Congreso).

A continuación, analizaremos brevemente algunos de ellos, sobre todo, aquellos que tienen que ver con personas jurídicas.

Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras: este registro se encuentra adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba y se rige por el Decreto 206 de 1996. El Registro tendrá un Encargado designado por el Ministro del Comercio Exterior, a propuesta del Presidente de la Cámara de Comercio, único autorizado para practicar inscripciones, expedir licencias, certificaciones de las anotaciones que obran en los Libros del Registro bajo su custodia y dar fe de la inscripción de las Sucursales y los Agentes. Asimismo, el Registro contará con un Encargado Suplente designado por el Ministro del Comercio Exterior, a propuesta del Presidente de la Cámara de Comercio, el que tendrá las mismas facultades cuando sustituya al titular por ausencia temporal o cualquier otra imposibilidad para ejercer sus funciones.

Están obligados a inscribirse en el Registro:

a) Las Sucursales de las sociedades mercantiles y los empresarios individuales autorizados a establecerse en la República de Cuba.

b) Las entidades nacionales autorizadas a actuar en el territorio nacional como Agente de sociedades mercantiles o de empresarios individuales.

El Registro es público y su publicidad se hará efectiva por certificación de las inscripciones y demás anotaciones que obren en el mismo. Cualquier persona podrá solicitar información relacionada con las inscripciones y demás anotaciones que consten en los Libros del Registro (“Diario de Presentación”, “Diario de Radicación de Expedientes”, “Registro de Sucursales” y “Registro de Agentes”), previo el cumplimiento de los requisitos establecidos para ello, y el Encargado del Registro viene obligado a suministrarla. Las certificaciones serán expedidas por el Encargado del Registro dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su solicitud, salvo que algún inconveniente legal o material lo impidiere, lo que se hará constar al pie de la certificación.

Las Sucursales y los Agentes solo podrán operar en el territorio nacional una vez que hayan obtenido su inscripción en el Registro, la que se acreditará mediante la Licencia que a tales efectos se expida. La inscripción en el Registro ampara la realización de actividades comerciales relacionadas con el giro comercial de la sociedad mercantil o empresario individual, de conformidad con la Licencia que en cada caso se expida, en otras palabras, para realizar actos de comercio exterior, solo necesita la correspondiente resolución del Ministerio de Comercio Exterior e Inversión Extranjera, no tiene porqué inscribirse en el Registro de la Cámara de Comercio para dichos fines, ya que la mencionada inscripción tiene un carácter declarativo. Ahora, para abrir una cuenta bancaria, arrendar locales, contratar personas, servicio telefónico, etc., si necesita inscribirse en el Registro de la Cámara de Comercio.

Registro Central Comercial: este registro se encuentra adscripto al Ministerio de Comercio Interior y se rige por el Decreto 184 de 1993 y su reglamento, Resolución 209 de 2001 emitida por el OACE antes mencionado. En este registro se deben inscribir los establecimientos y unidades que en el territorio nacional desarrollen alguna de las actividades de comercio interno o de prestación de servicios. El Registro está integrado por dos secciones: una sección para asentar los establecimientos que realizan sus operaciones en moneda nacional y otra para los establecimientos que realizan sus operaciones en moneda libremente convertible. Los establecimientos que operen en ambas monedas se inscriben en ambas secciones del Registro. Se entiende por establecimiento según establece el mencionado reglamento, toda entidad o instalación comercial y otros lugares o sitios donde se realicen directamente transacciones comerciales.

En el Registro están obligados a inscribirse:

1. Todos los establecimientos pertenecientes a entidades del sector estatal, cooperativo, mixto o privado que comercien en moneda nacional y se dediquen:

- a) al comercio interior mayorista de mercancías;

- b) al comercio interior minorista;

- c) a los servicios gastronómicos y de alimentación social; y
- d) a la prestación de servicios comerciales.

2. Todos los establecimientos pertenecientes a entidades del sector estatal, cooperativo, mixto o privado que comercien en moneda libremente convertible dedicadas:

- a) al comercio interior mayorista de mercancías;
- b) al comercio interior minorista;
- c) a los servicios gastronómicos y de alojamiento;
- d) a la prestación de servicios comerciales; y
- e) a la prestación de otros servicios.

La inscripción en el Registro solo se puede efectuar cuando la entidad que la requiera acredite que en su objeto aprobado aparezca plasmada la actividad comercial específica y que cuente con la aprobación del Ministerio del Comercio Interior para ejercerla. Todo establecimiento aprobado e inscrito en el Registro poseerá y exhibirá en lugar visible al público, debidamente actualizado, el documento acreditativo de la inscripción de que se trate, sin el cual no podrá operar. La preservación y custodia de este documento será responsabilidad del titular de la inscripción. Los establecimientos solo pueden realizar las actividades comerciales que le fueron aprobadas y que constan en el documento acreditativo expedido por el Registro.

La “Autorización Comercial” es el documento oficial que otorga el Registro correspondiente mediante el cual se certifica a un establecimiento que las actividades reflejadas en el mismo se operan en moneda nacional y se encuentran inscritas en dicho Registro. La “Autorización Comercial” tiene una vigencia de cinco años. Asimismo se expide un “Certificado Comercial para Operaciones en Divisas”, mediante el cual certifica a un establecimiento que las actividades reflejadas en el mismo operan en divisas y se encuentran inscritos en el Registro y se entrega a las entidades comparecientes por la instancia a través de la cual fue tramitado. El “Certificado Comercial para Operaciones en Divisas” también tiene una vigencia de cinco años.

Registro de Asociaciones: este registro se encuentra adscripto al Ministerio de Justicia y se rige por la Ley 54 de 1985 “Ley de Asociaciones” y su reglamento, Resolución 53 de 1986 del MINJUS.

En este Organismo de la Administración Central del Estado radicará un Registro de Asociaciones Nacionales donde se inscribirán todas aquellas asociaciones que desarrollen sus actividades a través de todo el país. En cada provincia y en el Municipio Especial Isla de la Juventud, radicará otro adscripto a las correspondientes direcciones de Justicia de los órganos del Poder Popular, en el que se inscribirán las asociaciones constituidas en sus respectivos territorios.

Los registros de asociaciones ejercen funciones de control, supervisión e inspección.

La inscripción de las asociaciones en el registro que corresponda determina su personalidad jurídica, es decir, que dicha inscripción tiene efectos constitutivos, puesto que es necesaria la inscripción en el mencionado registro para la existencia de la asociación. Dicha existencia se acreditará únicamente con la certificación expedida por el registro donde esté inscripta.

Cada registro se encuentra a cargo de un registrador que es nombrado por el Director Provincial de Justicia que tendrá determinadas atribuciones y funciones, entre ellas:

- a) llevar, conservar y custodiar los libros de inscripción, expedientes y demás documentos relacionados con las asociaciones inscriptas en sus respectivos registros;
- b) practicar los asientos de inscripciones;
- c) expedir certificaciones conforme a los datos obrantes en los asientos de los libros o en otros documentos;
- d) realizar o disponer que se efectúen inspecciones para comprobar el funcionamiento de las asociaciones;
- e) asesorar a las asociaciones en el cumplimiento de la legislación vigente.

Las asociaciones tienen el deber de remitir al registro donde obre su inscripción determinadas informaciones como por ejemplo: relación de los acuerdos adoptados en las Juntas Generales de Asociados; presupuesto anual de ingresos y gastos, balance anual de sus operaciones económicas; cambio de sede social; entre otras.

Las oficinas registrales estarán integradas por libros clasificados en: original y duplicado. En el original se inscribirán directamente los actos o hechos relacionados con la existencia legal de las Asociaciones y el duplicado se formará con la solicitud del órgano de relaciones (órgano, organismo o dependencia estatal con el que se relaciona la asociación) para la constitución de la asociación; la resolución que autoriza la constitución y el acta de constitución.

Las asociaciones que podrán constituirse conforme a la Ley 54 son las siguientes:

a) Científicas o técnica, que persigan con sus trabajos contribuir al desarrollo de la investigación y la aplicación de los logros de la ciencia y la técnica;

b) culturales y artísticas, que se propongan fomentar y desarrollar la educación artística, la vocación para la creación y el cultivo del arte y la cultura;

c) deportivas, que tengan por finalidad el desarrollo y la práctica de los deportes, así como la educación y la recreación físicas;

d) de amistad y solidaridad, que se propongan desarrollar las relaciones de amistad entre los pueblos y el estudio de su historia y cultura;

e) cualesquiera otras que conforme a la Constitución y a esta Ley se propongan fines de interés social.

Las asociaciones deberán contar con treinta miembros como mínimo, salvo casos excepcionales en que el Ministerio de Justicia podrá autorizar su constitución o funcionamiento con una cifra inferior a la señalada.

Aprovechamos ahora para hacer algunas reflexiones.

Cabe destacar como elementos sui géneris del Registro de Asociaciones las inspecciones que este realiza a las asociaciones inscriptas en la oficina correspondiente y el hecho de no contar con una legislación propia que regule la actividad de este registro. Como puntualizamos más arriba, es la Ley de Asociaciones y su reglamento que dedican algunos artículos a la actividad registral propiamente dicha y no dudamos que sea suficiente para los registradores, pero creemos que fuera mejor si existiera un solo cuerpo legal que incluyera las diferentes disposiciones normativas e indicaciones metodológicas emitidas para esta actividad registral. Por otra parte, hasta donde sepamos no existe otro registro que tenga una función de inspección y si existe no nos parece que un registro tenga estas facultades, debido a que la razón de ser de estos es la actividad registral.

Esta función de inspección no solo le corresponde al registro, sino al MINJUS y a los órganos de relaciones.

Vale señalar la experiencia de la provincia de Mayabeque hasta octubre del 2013.

En este territorio, desde que se formó como provincia en Agosto de 2010 a través de la Ley 110/10, modificativa de la Ley 1304/76 de la División Política Administrativa, existe un total de 132 asociaciones inscriptas en el correspondiente registro. En este año 2013 se han efectuado 16 inspecciones a algunas de ellas, las 16 fueron efectuadas por el registro, lo que evidencia que ninguno de los 8 órganos de relaciones que atienden las asociaciones inscriptas en nuestra provincia realizó una inspección, ni en este año ni en los dos anteriores. Preguntamos, ¿acaso estos órganos de relaciones no tienen un plan anual de inspección previsto a tales fines? Aclaremos, según declaraciones de la registradora de Mayabeque, las asociaciones se familiarizan más con el registro que con el órgano de relaciones al que se subordinan. Llamamos la atención al respecto, estos órganos deberían tener

un protagonismo mayor en estas inspecciones, primero, porque la legislación lo establece así y segundo, porque no se concibe que no cumplan con esta función cuando son ellos quienes autorizan la creación de las asociaciones que se le subordinarán.

Registro Estatal de Empresas y Unidades Presupuestadas (REEUP): desde principios de los años 60, se confeccionó un listado administrativo de las empresas estatales con el objetivo de la planificación y control que requería el Estado. En el año 1977 se encarga al recién creado Comité Estatal de Estadísticas, para llevar el REEUP, momento en que formalmente debe considerarse que surgió el actual Registro.

Actualmente se rige por las Resoluciones 103 de fecha 13 de marzo de 1997 “Normas y Procedimiento para la Presentación de Propuestas de Creación, Fusión, Traspaso y Extinción de Empresas, Uniones de Empresas y Cualquier otro tipo de Organización Económica o Unidad Presupuestada así como la Integración o Reorganización de Uniones de Empresas, Grupo, Asociación y Otras Entidades Económicas, el Cambio de Objeto, Implique o no Cambio de Actividad Económica, el Cambio de Denominación y el Cambio de Domicilio Legal”; 146 de fecha 2 de abril de 1997 que establece el término de vigencia de las Resoluciones autorizantes del MEP para las actualizaciones que se llevan a cabo en el REEUP; y la 100 de fecha 25 de abril del 2000, que adiciona elementos sobre la información a presentar en las propuestas de creación, fusión y extinción de entidades; todas del MEP que abordan el tema, y en las cuales están contenidos aspectos principales que deben ser dominados por quienes trabajen con el REEUP.

El REEUP es un registro administrado directamente por la oficina central de la ONEI. En este Registro se inscriben los siguientes sujetos: las Empresas, Uniones de Empresas, Grupos, Unidades Presupuestadas y cualquier otro tipo de organización económica, las organizaciones políticas y de masas y las entidades que se le subordinan. También se inscriben hechos y actos como: el cambio de Objeto, implique o no cambio de actividad económica, el cambio de Denominación y el cambio de Domicilio Legal.

Entre las principales dificultades que presenta el REEUP se encuentran:

- Su grado de actualización, el que a pesar de ser alto, se mantienen en el Registro entidades que se han extinguido, y en ocasiones se omiten otras que han sido creadas (esto último de manera excepcional). Estas irregularidades están dadas por el incumplimiento de los Órganos, Organismos y Consejos de las Administraciones Provinciales en cuanto al término de vigencia de las Resoluciones autorizantes del MEP para emitir sus Resoluciones ejecutantes, además de no contar con una norma jurídica coercitiva que los obligue a cumplir con aspectos legales previamente establecidos. Como Registro asienta hechos y actos jurídicos, no puede dar altas, bajas u otras modificaciones si no han sido debidamente autorizadas por el MEP y ejecutadas por el correspondiente Órgano, Organismo, y CAP, pues él ni crea ni extingue ni modifica nada, sino que refleja lo que realizan los facultados para ello.
- No contar con un Reglamento para el desarrollo de su actividad. Se trabaja actualmente en un proyecto de Reglamento, y se cuenta con un Procedimiento de Trabajo interno que se ha ido actualizando en el tiempo según las exigencias actuales.

Antecedentes históricos del Registro Mercantil en Cuba

La institución del Registro Mercantil en Cuba tiene sus antecedentes en las regulaciones que recoge el Código de Comercio Español y su Reglamento promulgado en España el 22 de Agosto de 1885, que se hizo extensivo a Cuba por el Real Decreto de fecha 28 de Enero de 1886 y que rige en nuestro país desde el 1ro. de Mayo de ese propio año.

Posteriormente por la Orden Militar número 400 de fecha 28 de septiembre de 1900 se ordenó la inscripción en el Registro Mercantil de todos los industriales y comerciantes, así mismo el artículo 5 del Decreto número 65 de fecha 21 de Enero de 1909 dispuso que el carácter de comerciante industrial o dueño de establecimiento o de Buque solo podía acreditarse mediante Certificación expedida por el Registro Mercantil.

Para garantizar el cumplimiento de la anterior regulación se promulgaron el Decreto Ley 163 de fecha 21 de Agosto de 1935 y el Decreto 2319 de 20

de octubre de 1938 de la extinguida Secretaría de Comercio, que contiene el Reglamento para la ejecución del citado Decreto Ley que declaró ilícito el comercio y la industria que se ejercía de forma clandestina y definió los comerciantes ilegales.

El Decreto Ley número 842 de 20 de abril de 1936 creó en la capital de la República un Registro Central de Compañías con varias secciones y estableció normas para la inscripción de las compañías comerciales en la ciudad y provincia de la Habana.

El Decreto Ley 1369 de 16 de Mayo de 1944 modificó varios artículos del Reglamento del Registro Mercantil, institución que desde su creación funcionó adscrito al Ministerio de Justicia.

Así transcurrió la Regulación del Registro Mercantil en Cuba hasta el Triunfo de la Revolución el 1 de Enero de 1959, fecha a partir de la cual con las leyes de nacionalización y las transformaciones ocurridas en las relaciones de propiedad, así como con la posterior creación de la empresa estatal socialista por el Decreto número 24 de fecha 15 de mayo de 1979, complementado por el Decreto 42 de 24 de mayo del propio año, se hizo prácticamente inoperante la legislación mercantil sobre el tema, ya que esta propia legislación establecía los requisitos de forma y fondo para la creación, organización y funcionamiento de estas entidades sin que hicieran referencia alguna a la inscripción en el precitado Registro Mercantil.

No obstante al limitado funcionamiento del Registro Mercantil durante estos años, en parte fue modificada la legislación que lo regulaba y en tal sentido la Ley número 1180 de 1ro de Junio de 1965 otorgó facultades al Ministro de Justicia para reestructurar los Registros Mercantiles y de Sociedades Anónimas. Por las Resoluciones número 141 de 22 de octubre de 1969 y número 27 de 10 de febrero de 1970, del viceministro de justicia, fueron traspasados los Registros Mercantiles existentes en la Provincia de la Habana, Matanzas y Camagüey al Archivo Nacional de la Academia de Ciencias.

La Resolución del Ministerio de Transporte G-70-14 de 15 de Agosto de 1970 centralizó en un Registro Único la sección de Buques que contenía el Registro Mercantil, el que pasó a llamarse Registro Central de Buques que funcionaba adscrito al Ministerio de Transporte. La Ley 1229 de 21 de agosto de 1970 creó el Ministerio de Marina Mercante y de Puertos y adscribió el Registro de Buques a este organismo.

Todas estas normativas legales han traído consigo que el Registro Mercantil subsista solamente con carácter puramente documental.

A partir de la década de los 80 la institución del Registro Mercantil en nuestro país comenzó a hacerse nuevamente necesaria como resultado de la apertura limitada a la inversión extranjera que tuvo lugar con la promulgación del Decreto Ley 50 de 1982 sobre Asociación Económica entre entidades cubanas y extranjeras que estableció en su artículo 10 que las empresas mixtas y las restantes formas de asociación económicas entran en vigor cuando son inscriptas en el Registro que sobre tales actividades organiza y regula la Cámara de Comercio de la República de Cuba, sin que a ese fin se requiera ninguna otra inscripción, Registro que estos años se regía por lo establecido en la Resolución número 6 de 1982 del Presidente de la Cámara de Comercio.

El derrumbe del campo socialista y la pérdida de relaciones que Cuba mantenía con el Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME), hicieron necesario reformas económicas que han traído consigo una mayor apertura a la inversión extranjera en el país, la que se ha materializado en la práctica haciéndose insuficiente la legislación vigente, promulgándose en tal sentido la Ley número 77 de 5 de septiembre de 1995, Ley de Inversión Extranjera, que establece que las Empresas Mixtas, los Contratos de Asociación Económica Internacional y las Empresas de capital totalmente extranjero deben inscribirse en el Registro para comenzar sus operaciones y a tal efecto se dictó la Resolución número 26 de 5 de diciembre de 1995, que creó y reguló el funcionamiento del Registro de Inversiones Extranjeras que radica en la Cámara de Comercio de la República de Cuba, hasta la entrada en vigor

del Decreto-Ley No. 226 Del Registro Mercantil, dictado por el Consejo de Ministros en fecha 6 de diciembre del 2001, que actualiza las disposiciones del Registro Mercantil, a los fines de la unificación en un solo registro, de carácter constitutivo, el que está a cargo del Ministerio de Justicia, y la Resolución No. 230 de 29 de octubre del 2002 del Ministro de Justicia que constituye su Reglamento.

Registro Mercantil. Marco legal.

Como se anunció anteriormente el Registro Mercantil en Cuba se rige por el Decreto Ley 226 de 2001 y la Resolución 230 de 2002 del Ministerio de Justicia que pone en vigor su Reglamento, resolución que desde el punto de vista formal no puede producir ningún efecto ya que en su segundo Por Cuanto se estableció que dicho reglamento tendría un carácter provisional por el término de un año, a fin de garantizar el funcionamiento de este Registro, por lo que desde el año 2003 la citada resolución quedó sin efectos y por tanto no se debe alegar para ningún trámite registral. En otras palabras, desde el punto de vista formal solo se aplica el Decreto Ley 226 para los diferentes trámites registrales que se realicen, así como algunas indicaciones o instrucciones del MINJUS para tal efecto.

Ahora bien, al amparo de esta disposición normativa el Registro Mercantil se subordina al Ministerio de Justicia y está integrado por el Registro Mercantil Central y los Registros Mercantiles Territoriales.

Son sujetos de este registro las:

1. Empresas estatales en perfeccionamiento empresarial.
2. Sociedades mercantiles de capitán totalmente cubano y sus sucursales en el territorio nacional.
3. Las tres formas de inversión extranjera reconocidas en la Ley 77/95 “Ley de Inversión Extranjera”, a decir, empresas mixtas, contratos de asociación económica internacional y empresas de capital totalmente extranjero.
4. Personas naturales extranjeras que, en virtud de la legislación vigente, estén autorizadas a operar en Cuba por sí mismas.

5. Sucursales de sociedades mercantiles extranjeras.

6. Y otros sujetos y actos que disponga el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

Aprovechamos y hacemos algunas reflexiones sobre determinados sujetos inscribibles en el mencionado registro que según el artículo 5 del Decreto Ley 226 dicha inscripción es obligatoria.

Con relación a las Sucursales de sociedades mercantiles extranjeras y los empresarios individuales autorizados a establecerse en Cuba tenemos una especial preocupación puesto que el Decreto 206 de 1996 establece con carácter obligatorio su inscripción en el Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras y el Decreto Ley 226 de igual manera dispone su inscripción en el Registro Mercantil, incluso el mencionado Decreto Ley establece que dichas sucursales se domicilian en nuestro país a partir de su inscripción en el Registro Mercantil y que los mencionados empresarios adquieren capacidad para ejercer el comercio en el territorio nacional. En la práctica registral, estas sucursales y empresarios se inscriben en el Registro de la Cámara de Comercio y no en el Registro Mercantil, ahora preguntamos ¿a qué se debe esta práctica? ¿por qué seguimos con dos normas jurídicas que exigen la inscripción de un mismo sujeto en dos registros diferentes? Lo mismo ocurre con el contrato de Agencia.

Con respecto a los otros sujetos y actos autorizados por el Consejo de Ministros podemos decir que en este saco, por llamarlo de alguna manera, encontramos las llamadas Cooperativas No Agropecuarias, un nuevo sujeto de gestión no estatal surgido en este proceso de actualización de nuestro modelo económico.

Respecto a las sucursales de las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano podemos decir que estas entidades gozan de una doble inscripción, ya que primeramente la casa matriz o establecimiento principal inscribe a todas sus sucursales en el Registro Mercantil de La Habana y posteriormente estas se tienen que inscribir en el Registro Mercantil del territorio donde estarán ubicadas. Esta segunda inscripción responde a

la necesidad de mantener un mayor control sobre estas sucursales en sus territorios. Dicha inscripción no las dota de personalidad jurídica, pero las sucursales no existen si antes no se inscriben, ya que vienen obligadas por ley a efectuar la mencionada inscripción. Preguntamos entonces, ¿qué efectos produce la inscripción de las sucursales de sociedades mercantiles de capital totalmente cubano? ¿Constitutivos? No nos parece, ya que su inscripción no las dota de la personalidad. ¿Declarativos? Tampoco nos parece, ya que estas sucursales no existen si no se inscriben. El legislador cubano no debió darle a las sucursales el mismo tratamiento registral que sus respectivos establecimientos principales, ya que si bien es cierto que nuestra legislación establece como requisitos de constitución (para su existencia), primero, autorización gubernamental emitida por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministro, otorgamiento de Escritura Pública y por último, la inscripción en el Registro Mercantil y de faltar alguno de estos requisitos estaríamos ante una sociedad irregular, por ejemplo, si no se inscribe dentro del término previsto por ley, en nuestro caso, es la Resolución 260/99 la que establece el término de tres meses para efectuar dicha inscripción (sociedades de capital totalmente cubano), de no hacerlo, perdería vigencia la autorización gubernamental y los demás trámites caducarían, por tanto, la sociedad y demás sujetos previstos en el artículo 2 del Decreto Ley 226, incluyendo las sucursales, no existirían como sujetos de derechos y obligaciones. Pero vale aclarar que las sucursales son como las UEB de las empresas estatales, no tienen por qué inscribirse de forma obligatoria en los registros para existir (carecen de personalidad jurídica), ya que las UEB, por ejemplo, existen mediante la correspondiente resolución administrativa. También aprovechamos para decir que la citada Resolución 260 existe solo desde el punto de vista material, ya que la misma dispuso que entraría en vigor una vez que se publicara en la Gaceta Oficial, publicación que nunca ocurrió, por tanto hasta la fecha no ha entrado en vigor, al menos formalmente, y se continua utilizando.

Existen diversos principios que informan la práctica registral y aparecen recogidos en el Decreto Ley 226, algunos de estos son:

- Titulación pública: según este principio la inscripción en el Registro

Mercantil, se realiza en virtud de documento público, salvo en los casos e que la ley disponga que se practique en documento privado. Dicho principio se encuentra regulado en el artículo 7.1 del Decreto Ley 226.

- Legalidad: los registradores mercantiles deberán calificar la legalidad de los documentos a través de los cuales se solicita la inscripción, así como la validez de su contenido y la capacidad de quienes los otorguen o suscriban. Artículo 9.1 del Decreto Ley 226.

- Obligatoriedad: la inscripción de todos los sujetos regulados en la presente norma es obligatoria. Artículo 5.1 del Decreto Ley 226.

- Legitimación: las inscripciones y anotaciones realizadas se presumen exactas y válidas. Los asientos registrales producen plenos efectos mientras no se inscriba resolución judicial firme declarando la nulidad del acto o documento inscrito, esto no perjudica los derechos a terceros, adquiridos legalmente de buena fe. Artículo 8.1 del Decreto Ley 226.

Los registradores están facultados para no inscribir a las empresas estatales, sociedades mercantiles u otros sujetos, si su documentación resulta notoria o que coincide con la de otra preexistente, aún y cuando no se encuentre inscrita en el Registro Mercantil. El fundamento de la atribución anterior está relacionado con el requisito de novedad que debe cumplir las denominaciones que los empresarios mercantiles han de adoptar. El objetivo de esta prohibición es evitar la confusión de los sujetos mercantiles a la hora de actuar en el tráfico mercantil.

El modo que utiliza el Registro Mercantil para hacer público su contenido, es mediante la emisión de certificaciones o notas simples informativas, de las circunstancias inscritas o depositadas en él.

Análisis de la actividad registral en los tres años que lleva de creada la provincia de Mayabeque.

En el Registro Mercantil de Mayabeque están inscritas 24 empresas en perfeccionamiento empresarial, 1 sucursal de sociedad mercantil de capital totalmente cubano y 15 cooperativas no agropecuarias.

De esas 24 empresas, existe una que ya se extinguió como empresa y se convirtió en UEB (Empresa de la Goma “Nelson Fernández”) y otra que se fusionó (ECOAI ESTE). Vale destacar que las 24 entidades no se inscribieron desde que surgió Mayabeque, sino desde que se les aprobó el perfeccionamiento, aprobación que se concedió antes de que se creara nuestra provincia. Ahora bien, en el 2011 se hicieron dos nuevas inscripciones, dos empresas municipales de comercio que en la actualidad son UEB de la Empresa Provincial de Comercio, Gastronomía, y Servicios de Mayabeque. Entre el 2012 y 2013 no se han producido nuevas inscripciones, al no ser las referidas a las Cooperativas No Agropecuarias (CNA), las otras actividades registrales han sido puras actualizaciones.

Las mayores irregularidades que se han presentado en las mencionadas inscripciones son:

1. No inscribir los cambios de presidentes de las CNA, ni las actas de sus asambleas.
2. Consultores certificando certificaciones que obran en el Protocolo Notarial.
3. No hay nada definido con respecto a los consultores que representan a las CNA ante el registro para acreditar su representación, ya que los asesores de sociedades mercantiles lo hacen a través de un poder notarial y los asesores de empresas a través de una resolución.

Como habíamos mencionado anteriormente, en nuestra provincia existen 15 CNA, de ellas, 11 Mercados Agropecuarios, una del transporte, una de materia prima, una de reparación y producción de muebles y una de Ornitología.

De la sucursal inscrita en nuestra provincia se puede decir, primeramente, que es una sucursal de CIMEX y lo curioso aquí se trata que su domicilio legal radica en la provincia La Habana y no en Mayabeque, es decir, esta sucursal está inscrita en el Registro Mercantil de nuestra provincia cuando se encuentra ubicada fuera de nuestro territorio. Esto nos parece un graso error, ya que las mismas se tienen que inscribir en los registros de las

provincias donde radiquen para así, según el Registro Mercantil Central, ejercer un mayor control sobre ellas. Preguntamos, ¿cómo es posible que una sucursal esté inscrita en un registro cuando se encuentra domiciliada en otra provincia?

En nuestro territorio existen otras entidades que se subordinan a sociedades mercantiles pero no están inscritas en el registro mercantil de nuestra provincia porque dichas entidades no son sucursales, sino divisiones territoriales, por tanto como inmuebles de su casa matriz, se inscriben en el registro de la propiedad del municipio donde están ubicados. Decimos casa matriz, ya que es aquel establecimiento mercantil de carácter principal donde radica la alta dirección y manejo efectivo de la entidad. Es donde se encuentra ubicado el centro de operaciones del empresario mercantil, persona que ostenta la personalidad jurídica.

Una de estas entidades es la división de Copextel S.A y podemos decir lo siguiente: el establecimiento principal de ellos es la Corporación que radica en La Habana juntamente con varias casas matrices consistentes en las diferentes líneas de negocios que tienen, por ejemplo: Casa Matriz Mayorista de Equipos de Cómputos, Casa Matriz de Comunicaciones, Casa Matriz de Audio-luces, entre otras. Todas estas casas matrices se subordinan a la Corporación y carecen de personalidad jurídica, de ahí que pensamos que esto contradice lo que defiende la doctrina con respecto al concepto de casa matriz, creemos que estas casas matrices de Copextel no deben tener esta denominación, ya que este tipo de establecimiento dista mucho de la praxis sobre el tratamiento que la citada Corporación ofrece a las mencionadas “casas matrices”. Algo curioso que ocurre en nuestra provincia es que en la misma entrada de la división territorial de esta corporación se puede leer en su cartel corporativo “Sucursal”, cuando realmente no lo es.

Consideraciones finales

Al concluir la presente investigación consideramos lo siguiente:

1. Nuestro sistema registral debe ser perfeccionado debido a la gran dispersión de registros que existen en nuestro país.
2. Impartir seminarios a los presidentes de Cooperativas No Agropecuarias con el fin de dotarlos de una cultura registral acorde a las exigencias de nuestro modelo económico.
3. El Ministerio de Justicia, organismo al que se le subordina metodológicamente la Empresa Provincial de Consultoría Jurídica de Mayabeque, o en su defecto, dicha empresa, debe emitir alguna indicación regulando la manera de acreditar la representación de los consultores ante el Registro y otras entidades.
4. Debe existir una sola disposición normativa que disponga la inscripción registral de las sucursales de sociedades mercantiles extranjeras, contratos de agencia y empresarios individuales.
5. El Registro de Asociaciones debe dejar de inspeccionar, pasando esta función a los diferentes órganos de relaciones.
6. El Registro Mercantil debe contar con un nuevo reglamento.

Bibliografía

Clemente Díaz, Tirso: Derecho Civil. Parte General, tomo II (Tercera Parte), ENPES, La Habana, 1984, p. 1123.

Rapa Álvarez, Vicente: “La relación jurídica civil. Categoría esencial en el nuevo Código Civil”, en Revista Jurídica, La Habana, año VI, no.19, abril-junio 1988, p.183.

Colectivo de Autores: Derecho Civil. Parte General, La Habana, 2002

Ley No.54 “Ley de Asociaciones” de fecha 27 de diciembre de 1985.

Decreto Ley 226 “Del Registro Mercantil” de fecha 6 de diciembre de 2001

Decreto 206 “Reglamento del Registro Nacional de Sucursales y Agentes de Sociedades Mercantiles Extranjeras” de fecha 10 de abril de 1996.

Decreto 184 “Sobre el Registro Central Comercial” de fecha 18 de agosto de 1993.

Resolución 230 “Reglamento del Registro Mercantil” del Ministerio de Justicia de fecha 29 de octubre de 2002.

Resolución 209 “Reglamento del Registro Central Comercial”, emitida por el Ministerio de Comercio Interior de fecha 10 de julio de 2001

Resolución 53 “Reglamento de la Ley de Asociaciones” emitida por el Ministerio de Justicia en el año 1986.

Resoluciones 103 de fecha 13 de marzo de 1997 “Normas y Procedimiento para la Presentación de Propuestas de Creación, Fusión, Traspaso y Extinción de Empresas, Uniones de Empresas y cualquier otro tipo de Organización Económica o Unidad Presupuestada así como la Integración o Reorganización de Uniones de Empresas, Grupo, Asociación y Otras Entidades Económicas, el Cambio de Objeto, implique o no cambio de Actividad Económica, el Cambio de Denominación y el Cambio de Domicilio Legal”; 146 de fecha 2 de abril de 1997 que establece el término de vigencia de las Resoluciones autorizantes del MEP para las actualizaciones que se llevan a cabo en el REEUP; y la 100 de fecha 25 de abril del 2000, que adiciona elementos sobre la información a presentar en las propuestas de creación, fusión y extinción de entidades; todas del Ministerio de Economía y Planificación.

Derecho Mercantil e Informático

Breve acercamiento al Derecho Informático

Brief Approach to the Computer Science Law.

Milkos Lázaró Gual Díaz

Resumen

El presente artículo intenta realizar un breve recorrido desde la Informática Jurídica hasta adentrarse en sus vínculos con el Derecho Informático o Derecho de la Informática. Como parte de este recuento se analizan los conceptos de Derecho Informático e Informática Jurídica y los sujetos que les son propios.

Palabras Clave

Informática, Informática Jurídica, Derecho de la Informática, Derecho Informático, hackers.

Abstract

The present article tries to carry out a brief journey that embraces from the artificial computer science until going into in the bond that exists between the artificial computer science and the computer right or right of the computer science. The concepts of computer right and Artificial Computer science and the fellows that are part of the Computer Right or Right of the Computer science

Key words

Computer science, artificial Computer science, right of the computer science, computer Right, hackers.

Introducción

El uso de los ordenadores o PC (Personal Computer en inglés) o computadoras se ha vuelto vital en la sociedad, tanto en sentido macro social como en el uso cotidiano de las diferentes personas, que se involucran cada día más con estas tecnologías. Por consiguiente, no sería desacertado decir que se han convertido en herramientas comunes en nuestra vida a las cuales estamos vinculados de múltiples formas. Este hábito ha hecho necesario regular jurídicamente su práctica, aunque con distintos tipos o niveles de desarrollo en aquellos países que lo han realizado.

La evolución científico-tecnológica ha permitido a las PC alcanzar una considerable pujanza, y junto a ella, la informatización marcha cuesta arriba sin vislumbrarse hasta dónde pueda extenderse en su desarrollo.

La Informática Jurídica es una rama difícil de definir, no obstante, parafraseando a Julio Téllez Valdés, se puede decir que es “la utilización de las computadoras en el ámbito jurídico¹ y su historia, aunque breve, o conjunto de aplicaciones de la informática en el ámbito jurídico”. Podríamos acercarnos a una definición breve del Derecho Informático diciendo que es “una rama de las ciencias jurídicas que contempla a la informática como instrumento (Informática Jurídica) y como objeto de estudio (Derecho de la Informática).² En opinión del autor de este artículo, por Derecho Informático se puede asumir la “rama autónoma del Derecho que se encarga de estudiar y regular jurídicamente el uso de las diversas técnicas informáticas, los delitos informáticos y la aplicación de la informática al servicio del Derecho”. Es tan amplia y versátil esta rama del Derecho que en un futuro quizás pudiera subsumir otras ramas de la tecnología o las ciencias jurídicas.

La Informática Jurídica, según plantea Julio Téllez Valdés, nace entre el Derecho en los Estados Unidos de Norteamérica en 1959 y ha dado lugar a diversas denominaciones para definirla, tales como Jurimetrics, Giuscibernetica, Computers and Law, Informatique Jurique,

¹ Julio Téllez Valdés: Derecho Informático, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991, p.7 y 14. Edición Digital.

² Op. Cit. p. 13.

Elektronischdatenverarbeitungundrecht.³ Todas estas denominaciones utilizadas en diversos países y modelos o sistemas jurídicos, han servido para designar o identificar esta relativamente joven herramienta que ha dado lugar al Derecho Informático, rama del Derecho que merece se abunde y profundice más en su estudio por parte de alumnos y profesores, y sea tenida en cuenta en los planes de estudios de la Universidades que aun no la han hecho. También esperamos que los juristas e informáticos colaboren a este noble empeño. Si este artículo logra este propósito, habremos cumplido dos objetivos: el didáctico y el de la motivación hacia el Derecho Informático.

Conceptos de Informática Jurídica

Existen diversos conceptos de Informática Jurídica: Julio Téllez Valdés considera “es la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la informática general aplicables a la recuperación de información jurídica, así como la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para recuperar dicha información”.⁴ Según Antonio Rivero es “la informática considerada como sujeto del Derecho, es decir, como instrumento puesto al servicio de la ciencia jurídica”.⁵ El profesor español Emilio Suñe la asume como “la aplicación de los ordenadores electrónicos orientada a la resolución de problemas jurídicos”.⁶

Por su parte, el autor de este trabajo reconoce como los conceptos más abarcadores los elaborados por Emma Riestra y Héctor Fix Fierro. La primera autora define la informática jurídica como “Interrelación entre las materias informática y derecho que tiene como fin el análisis, la estructuración

³ Julio Téllez Valdés: Derecho Informático, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991, p.14-15 y 50. Edición Digital.

⁴ Julio Téllez Valdés, citado por Juan José Ríos Estavillo en su obra Derecho e Informática en México, p.55-56. Edición Digital.

⁵ Juan José Ríos Estavillo, Ob. Cit. p.55-56. Edición Digital. Cfr. Antonio Rivero: Informática y Derecho, la informática jurídica en España, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Informática y Derecho, Monográfico 12, Madrid, Septiembre 1986, p.204.

⁶ Juan José Ríos Estavillo en su obra Derecho e Informática en México, p.55-56. Edición Digital. Ver además: Emilio Suñe: Introducción a la informática jurídica y al derecho de la informática, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Informática y Derecho, Monográfico 12, Madrid, Septiembre 1986, p. 65.

lógica y ordenada, la deducción e interpretación de la informática jurídica a través de la utilización de la maquina computadora para su efectivo y eficaz tratamiento, administración, recuperación, acceso y control, y cuyos alcances están predeterminados al auxilio en la toma de decisiones jurídicas” .⁷ Héctor Fix plantea que se puede definir “como el conjunto de estudios e instrumentos derivados de la aplicación de la informática al derecho, o más precisamente, a los procesos de creación, aplicación y conocimiento del derecho”.⁸

No nos afiliamos al criterio del profesor español Emilio Suñe, pues pensamos es un concepto un tanto restrictivo, porque percibe la informática jurídica como la ciencia que resuelve los problemas jurídicos, lo cual no es así. La informática jurídica auxilia en la solución de los problemas jurídicos, pero no es quien toma la decisión. En cuanto a Emma Riestra tenemos una observación acerca de su definición, ella hace referencia a la “utilización de la maquina computadora”, y entendemos que la informática jurídica en la aplicabilidad o aplicación del derecho va mas allá del mero uso de un ordenador, sino de toda la tecnología que está inmersa en el uso de estos y permiten que se pueda aplicar en el derecho. En suma, el autor encuentra los conceptos de Julio Téllez Valdés, Emma Riestra y Héctor Fix Fierro como los más completos.

De los autores citados, el único que recoge en su concepto si la informática jurídica es técnica, ciencia o rama de la informática es Julio Téllez Valdés. Este autor la considera una técnica, el resto de los especialistas no adopta posición al respecto; es por esto que tratamos de establecer su posición al considerar a la informática jurídica como una ciencia, criterio que compartimos con el Doctor Fix Fierro.

En opinión de Ramón Peñaranda Quintero -quien es autor del Libro: Iuscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática-, “la informática jurídica constituye una ciencia que forma parte del ámbito

⁷ Emma Riestra: Informática jurídica aplicada a la enseñanza del derecho, Tesis de licenciatura, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1995, P.118.

⁸ Héctor Fix: Informática y documentación jurídica, p.56.

informático, demostrando de esta manera que la informática ha penetrado en infinidad de sistemas, instituciones, etcétera; y prueba de ello es que ha penetrado en el campo jurídico para servirle de ayuda y servirle de fuente del derecho ”.⁹ El propio Peñaranda Quintero reconoce, además, que es un “criterio (...) que tal vez encuentre muchos tropiezos debido a la falta de cultura informática que existe”. Algo similar pudiera ocurrir en Cuba en cuanto a considerarla fuente del Derecho Informático, y en lo referente a la cultura jurídica, aun cuando en nuestro país existe o se ha tratado de llevar la informática a la mayor parte del país y de la realidad empresarial, la población y los trabajadores en su inmensa mayoría no son capaces de optimizar el desarrollo de las técnicas de la informática en su aplicación al derecho por causas diversas.

A partir de los conceptos construidos por los autores antes citados hemos elaborado nuestra definición, así la Informática Jurídica es una ciencia autónoma e interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de la Interrelación entre las materias informática y derecho, y que considera a la informática como sujeto del Derecho en el conjunto de estudios, análisis lógico y ordenado en la interpretación de la informática jurídica en los procesos de creación, recuperación, aplicación y conocimiento del derecho.

Nuestra definición presenta los siguientes elementos:

- Presenta carácter de ciencia por ser un conjunto de saberes originados en la práctica social humana, validados y comprobados en la misma sociedad.
- Es una rama autónoma, pues a pesar de que se compone de los diversos aportes de la informática al derecho tiene su propio ámbito de aplicación y sus especificidades.¹⁰

⁹ Véase el artículo de Héctor Ramón Peñaranda Quintero: La Informática Jurídica y el Derecho Informático como ciencias. El Derecho Informático como rama autónoma del Derecho. tomado de internet en fecha 18/07/2013, www.monografias.com

¹⁰ La autonomía no implica que se separe o desentienda de la ciencia a la cual pertenece y de la cual depende, sino que aborde los problemas con métodos e instrucciones propios. En el concepto tradicional la autonomía de una rama jurídica se asienta en cuatro pilares: en el campo normativo (legislación específica), en el campo docente (estudio particularizado de la materia), en el campo científico (investigadores y doctrinarios que aborden problemas de la materia y en el campo institucional (por tener instituciones propias que no se encuentran en otras áreas del derecho).

- Es una ciencia interdisciplinaria, porque se basa en los aportes de la informática para la aplicación de estos en el derecho.
- Como ciencia posee objeto de estudio consistente en el conocimiento e indagación de la vinculación y aplicación de la informática al derecho.
- Muestra su propio sujeto de estudio, pues considera a la informática como sujeto de estudio del Derecho.
- Sus métodos y técnicas de estudio radican en el conjunto de estudios, análisis lógico y ordenado en la interpretación de la informática jurídica en los procesos de creación, recuperación, aplicación y conocimiento del derecho.

Clasificación de la Informática Jurídica

La informática es una palabra que se forma con los vocablos información y automática¹¹ y según Juan José Ríos Estavillo es “la ciencia del tratamiento automático o automatizado de la información, primordialmente mediante las computadoras”.¹² En la Informática se podrían apreciar dos tipos de interrelaciones, la informática jurídica y el derecho de la informática. Si se toma como enfoque el aspecto netamente instrumental, se está haciendo referencia a la informática jurídica. Pero al considerar a la informática como objeto del Derecho, se hace alusión al Derecho de la Informática o simplemente Derecho Informático.

En sus inicios la informática jurídica se caracterizó por la confección y salvación de datos y archivos que comprendían asuntos esencialmente jurídicos, y solo se ocupó de una “informática documentaria de carácter jurídico” (leyes, decreto-leyes, decretos, jurisprudencia y doctrina). Se puede decir que en esta etapa consistió en la compilación y recolección de material jurídico de carácter documental o documentos. Posteriormente, a fines de los años 60 nace la “informática jurídica de

¹¹ Cfr. Juan José Ríos Estavillo: Derecho e Informática en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p.16. Edición Digital.

¹² Cfr. Héctor Fix Fierro: Informática y documentación jurídica, México UNAM, facultad de derecho, 1990, p.43. Citado por Juan José Ríos Estavillo: Derecho e Informática en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p. 5. Edición Digital.

gestión” consistente en las sentencias premodeladas, las proformas de contratos, certificaciones, y otros modelos, hasta llegar a la “informática jurídica metadocumentaria”.

Con estos elementos aportados se puede ratificar lo afirmado por Julio Téllez Valdés en su texto “Derecho Informático” que la informática jurídica ha atravesado por tres facetas o periodos distintos:

1. Informática jurídica documentaria (almacenamiento y recuperación de textos jurídicos).
2. Informática jurídica de control gestión (desarrollo de actividades jurídico-adjetivas).
3. Informática jurídica metadocumentaria (apoyo en la decisión, educación, investigación, redacción y previsión del derecho).¹³

Aun cuando no se vislumbra de manera cercana otra nueva faceta, se puede decir que las existentes se han nutrido en los últimos tiempos de los adelantos de la informática para hacer más ágil la implementación del derecho. En esta superposición tenemos de un lado a la informática y del otro al derecho, ambas disciplinas interrelacionadas funcionan más eficiente y eficazmente, por cuanto el derecho en su aplicación, es ayudado por la informática; pero resulta que esta debe de estar estructurada por ciertas reglas y criterios que aseguren el cumplimiento y respeto de las pautas informáticas. Así, nace el derecho informático como una ciencia que surge a raíz de la cibernética, que trata la relación derecho e informática desde el punto de vista del conjunto de normas, doctrina y jurisprudencia, que van a establecer y regular las acciones, procesos, aplicaciones y relaciones jurídicas en su complejidad, de la informática. Pero del otro lado, encontramos a la informática jurídica que ayudada por el derecho informático hace válida esa cooperación de la informática al derecho.

¹³ Julio Téllez Valdés: Derecho Informático, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991, p.16-38. Edición Digital.

Derecho de la informática o Derecho Informático

A partir del surgimiento de la informática se crean las condiciones para que naciera el derecho informático, pues generalmente los sucesos nacen en la sociedad o en la vida del ser humano y luego se regulan jurídicamente, es decir, se llevan al campo del derecho. Esta relación entre el derecho y la informática ha generado desconcierto en cuanto a su designación, para algunos autores derecho informático e informática jurídica son sinónimos, mientras para otros no existe tal equivalencia. En la práctica, la confusión viene dada por la relación antes expresada entre derecho e informática, ya que son dos disciplinas diferentes, pues no comparten el mismo objeto de estudio. De una parte encontramos la informática jurídica, y de la otra tenemos al derecho informático, que ya no se dedica al estudio del uso de los aparatos informáticos como forma de ayudar al derecho, sino que constituye el conjunto de normas, aplicaciones, procesos, relaciones jurídicas establecidas como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática. Por consiguiente, desde este punto de vista la informática en general es objeto regulado por el derecho. Por esa razón, el 30 de Abril de 1980 el Consejo Europeo recomendó emplear como nomenclatura “Derecho e Informática”. Al respecto coincidimos con Juan José Ríos Estavillo cuando plantea que “... un elemento de estudio es la informática jurídica, otro, el derecho de la informática, y que ambos se catalogan bajo la relación derecho e informática”.¹⁴

Ambas disciplinas, la ciencia informática y la ciencia del derecho, vinculadas entre sí, operan de forma más eficiente, por cuanto el derecho en su estudio, manejo interpretación, administración y aplicación, es ayudado por la informática; pero esta a su vez le corresponde ser ordenada por determinadas normas y opiniones que garanticen el acatamiento, la observancia, obediencia y, en caso necesario, el sometimiento de los paradigmas informáticos. De esta manera nace el derecho informático

¹⁴ Juan José Ríos Estavillo: Derecho e Informática en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p.68-69. Edición Digital.

“como una ciencia que trata la relación derecho e informática desde el punto de vista del conjunto de normas, doctrina y jurisprudencia, que van a establecer, regular las acciones, procesos, aplicaciones, relaciones jurídicas, en su complejidad, de la informática. Pero del otro lado encontramos a la informática jurídica que ayudada por el derecho informático hace válida esa cooperación de la informática al derecho”.¹⁵

Para hacer más viable la lectura de este trabajo en lo adelante utilizaremos como equivalente de derecho informático la expresión “derecho de la informática”, pues el autor las considera sinónimos. Veamos, pues, las definiciones de algunos autores que han abundado en el tema. Carrascosa López ha definido el derecho de la informática como “conjunto de normas que regulan las acciones, procesos, productos y relaciones jurídicas surgidas en torno a la informática y sus aplicaciones”.¹⁶ Para Emilio Suñe “es el conjunto de normas reguladoras del objeto informática o de problemas directamente relacionados con la misma”.¹⁷ Julio Téllez en su obra “Derecho Informático” define derecho de la informática como “...conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la informática.”¹⁸ Héctor Fix Fierro plantea que “la informática como objeto de regulación jurídica ha dado origen al llamado derecho de la informática”.¹⁹

En nuestra opinión, el derecho informático se puede conceptualizar como la rama autónoma y especial del Derecho que tiene como objeto de estudio encargarse de asimilar, investigar y regular jurídicamente el uso de las diversas técnicas y productos informáticas por los diferentes sujetos, los delitos informáticos y la aplicación de la informática al servicio del Derecho.

¹⁵ Véase Héctor Ramón Peñaranda Quintero: La Informática Jurídica y el Derecho Informático como ciencias. El Derecho Informático como rama autónoma del Derecho.

¹⁶ Valentín Carrascosa López: El Derecho informático como asignatura para juristas e informáticos, Revista de Informática y Derecho, Universidad de Educación a Distancia, Centro Regional de Mérida, s.n. y s. a.

¹⁷ Emilio Suñe: Introducción a la informática jurídica y al derecho de la informática, s. a., p.77.

¹⁸ Julio Téllez Valdés: Derecho Informático, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 58.

¹⁹ Héctor Fix Fierro, Informática y documentación Jurídica, 53, citado por Juan José Ríos Estavillo en su obra Derecho e Informática en México, p. 73, Edición Digital.

Nuestra elaboración conceptual presenta las siguientes características:

- Es una Rama del Derecho. Pues, aun cuando se puede invocar su relativa juventud, ya forma parte del conglomerado de las diferentes ramas del derecho que atienden una temática específica.

- Es autónoma. Cuenta con creaciones jurídicas surgidas con esta rama jurídica y otras instituciones que, aun cuando provienen de otras ramas del derecho, han alcanzado peculiaridades y relieves distintivos con su legislación, jurisprudencia y doctrina.²⁰

- Es una disciplina especial. Va encaminada a un sector de la realidad en el ámbito informático.

- Posee un objeto de estudio propio: Estudia, investiga y regula jurídicamente el uso de las diversas técnicas y productos informáticos en su interrelación con los diferentes sujetos, así como los delitos informáticos y la aplicación de la informática al servicio del Derecho.

- Su sujeto de estudio son las personas naturales o jurídicas que se sirvan de los beneficios de las diferentes tecnologías de la información y las comunicaciones.

En opinión de Héctor Ramón Peñaranda Quintero -autor de *Iuscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática*-, “al penetrar en el campo del derecho informático, se obtiene que también constituye una ciencia, que estudia la regulación normativa de la informática y su aplicación en todos los campos”. En verdad, no comparto del todo esta posición, pues la ciencia es el Derecho o Ciencias Jurídicas, mientras que el derecho informático o derecho de la informática es una rama de esta ciencia. Por requerimientos teóricos e intelectuales, los estudios científicos vinculados a discernimientos concretos y determinados se acomodan por su clasificación o disposición, o discurren por medios prácticos que acarrearán la separación del trabajo en aras de su mejor estructuración; de ahí, surgen determinadas normas legales, doctrinas, jurisprudencias, usos y costumbres que conforman diversas ramas del derecho. Dicho contexto de agrupación, disposición, y funcionamiento del

²⁰ Tal es el caso de la Firma Electrónica Avanzada (FEA), las Llaves Electrónicas para cifrar mensajes, el Comercio Electrónico, los Delitos Informáticos y los Nombres de Dominio, aspectos estos que han sido incorporados por la informática y regulados por normativas jurídicas, al igual que la Protección de Datos.

derecho en diversas ramas, obtiene como resultado la proyección del carácter de las relaciones sociales o del contenido de las normas jurídicas, para agrupar el derecho en ramas.

Con relación a la autonomía, autores como Juan José Ríos Estavillo señalan sus aspectos positivos y negativos. Dentro de los aspectos negativos, Ríos Estavillo especifica que “el derecho de la informática no puede entenderse como un cuerpo normativo con naturaleza propia e independiente, (...) porque sus derivaciones pueden darse en el campo del derecho público, del derecho privado (...) y por tal, supuestamente no goza de autonomía propia (...)”.²¹ No compartimos este criterio, pues hoy en día es muy difícil encontrar una rama jurídica que directa o indirectamente no tenga vinculación con otras (no sería errado decir que todas las partes del derecho interactúan entre sí, pese su autonomía).

Dicho autor más adelante agrega “todo cuerpo normativo desde su perspectiva de disciplina debe respaldarse de normas sustantivas como por normas adjetivas, o bien, reglas propias reguladoras del ser, hacer o no hacer, como de reglas propias para la solución de sus controversias (...)”.²² Tampoco estamos de acuerdo con esta postura. En muchos países es real que existe un vacío legislativo en torno al Derecho informático o Derecho de la informática, tanto en sus normas sustantivas como adjetivas y que en ocasiones se trata de suplir este con el carácter supletorio del derecho civil y buscándole solución en otros casos por el derecho penal, pero esto no es óbice para que no existan leyes internacionales que regulen aspectos que se ventilan dentro del Derecho Informático como la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre firmas electrónicas (año 2001) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (año 1996), por solo citar algunas. De esta manera es conveniente señalar que el encuentro que sostengan el progreso de la tecnología y el derecho deberá ser resuelto por el aparato jurídico propiamente hablando y no por las reglas informáticas de tal relación.²³

²¹ Juan José Ríos Estavillo: *Derecho e Informática en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p.70. Edición Digital.

²² *Ibíd.*

²³ Al referirnos al aparato jurídico estamos entendiendo al conjunto de normas e instituciones que

Ríos Estavillo continúa diciendo que “el derecho no debe supeditarse a la informática; por tal motivo, el derecho de la informática como tal no existe”.²⁴ No considero que el derecho este supeditado a la informática o viceversa, sino que hay una relación muy estrecha entre ambos. Ríos continua enmarcando como último aspecto negativo que “(...) en una relación que puede derivar en lo jurídico, el hecho va primero que el derecho; así, la sociedad no puede estar supeditada al derecho sino el derecho a la sociedad, y ante esto, el derecho de la informática no puede existir como tal, ni pueden dárseles valores autónomos”.²⁵ Si lo que quiso decir el autor citado es que surge primero la informática (como hecho y por ende luego la informática jurídica) estamos plenamente de acuerdo con su criterio y por tanto para el autor de este trabajo el Derecho Informático goza de autonomía propia.²⁶

Los cambios en la informática, y por ende en la informática jurídica, han surgido gracias al desarrollo tecnológico de la informática y las comunicaciones, lo cual se ha visto reflejado en las soluciones normativas en un breve lapso de tiempo, lográndose de este modo sociedades altamente informatizadas que sin la ayuda actual de la informática colapsarían, pudiéndose hablar, así, de una verdadera autonomía en el derecho informático, haciendo la salvedad de que esta ciencia como rama jurídica apenas nace y se está desarrollando como una rama jurídica autónoma.

Es conveniente recalcar los planteamientos Julio Téllez Valdés en el libro de texto Derecho Informático cuando dice, “para atribuir una eventual autonomía a esta disciplina jurídica, es menester hacer alusión, entre otras cosas, a aquellas fuentes de donde emanan propiamente este conjunto de conocimientos. A nivel interdisciplinario tenemos a aquellas provistas por el mismo derecho, como es el caso de la legislación que (...) cabría señalar aquellas disposiciones sobre otras áreas caracterizadas por guardar

conforman el sistema jurídico de un país.

²⁴ Juan José Ríos Estavillo: Derecho e Informática en México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p.70. Edición Digital.

²⁵ *Ibídem.*

²⁶ Sobre la autonomía sobre el Derecho Informático véase la nota no. 12.

un nexo estrecho respecto al fenómeno informático. Tal es el caso de los ordenamientos en materia constitucional, civil, penal, laboral, fiscal, (...) en cuanto a la jurisprudencia, doctrina y literatura, sobre administrativo, procesal, internacional, y otros”.²⁷

Con estas fuentes del Derecho Informático enunciadas por Téllez estoy plenamente de acuerdo, mas no comparto su propuesta acerca de la mayoría de las fuentes transdisciplinarias. En este orden solo coincido con él en cuanto a que la Informática es una fuente transdisciplinaria del Derecho Informático o Derecho de la Informática.

En cuanto al concepto de Fuentes del Derecho Informático es preciso tomar en consideración, en sentido estricto, que las fuentes jurídicas son aquellos medios de los cuales se vale el Derecho objetivo para manifestarse exteriormente.

Las características del surgimiento de las fuentes del Derecho Informático son:

a. Su modo de exteriorizarse es la ley, es decir se expresa mediante la norma escrita.

b. Su fuente material es la esfera científica que la hace nacer y la aplicación de esta al derecho.

c. El criterio de delimitación de este nuevo Derecho tiene un doble matiz: subjetivo-objetivo. Subjetivo porque va dirigido a todas aquellas personas tanto naturales como jurídicas que hagan uso de los ordenadores en función del derecho, y objetivo porque va dirigido a regular todos aquellos actos jurídicos en función de la temática de la informática jurídica.

d. Nace siendo un Derecho que no surge en todos los países al unísono, y aun hoy día existen diferentes grados de desarrollo en el mismo en los diversos países, y tiene una tendencia a la uniformidad y a la internacionalidad.

²⁷ Julio Téllez Valdés: Derecho Informático, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México p.40. Edición Digital.

Sujeto activo

Realizada ya la explicación y conceptualización de lo que se entiende por Informática Jurídica, la clasificación de esta y lo que entendemos por derecho informático, estamos ya en condiciones de abordar los sujetos que se vinculan con esta rama del derecho. Parafraseando a la Lic. Siura L. Arregoitia López -en su artículo “Posibles sujetos de los delitos informáticos”-, podemos afirmar que en el derecho informático “al igual que en el resto de los delitos existe un sujeto activo y otro pasivo, pero en el caso del primero no estamos hablando de delincuentes comunes (a pesar de que nos referimos tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas), (...) quiénes en la mayoría de los supuestos en que se manifiestan y las funciones que desempeñan pueden ser catalogados sujetos especiales”.²⁸

Coincido con esta autora cuando expresa en su trabajo que “Las personas que cometen los “Delitos Informáticos” son aquellas que poseen ciertas características que no presentan el denominador común de los delincuentes, esto es, los sujetos activos tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos (...) y bien son hábiles en el uso de los sistemas informatizados, aún cuando, en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales que faciliten la comisión de este tipo de delitos”.²⁹

La vida, el desarrollo tecnológico, la inteligencia del hombre y el tiempo han demostrado que los ejecutores de los delitos informáticos pueden ser disímiles, las divergencias entre los mismos radica en las particularidades de los propios delitos cometidos. Las particulares de los individuos que cometen estos delitos generalmente son: personas inteligentes, audaces, resueltas, y determinados y aptos intelectualmente para enfrentar diversos retos tecnológicos en la esfera de la informática. Estos delitos fueron catalogados por el criminólogo norteamericano Edwin Sutherland como “delitos de Cuello Blanco”, hoy día debido a su connotación se les ha llegado

²⁸ Siura L. Arregoitia López: Posibles sujetos de los delitos informáticos, Facultad de Derecho. Universidad de La Habana, Tomado de internet en fecha 28/07/2013. http://www.informatica-juridica.com/trabajos/posibles_sujetos.asp.

²⁹ Ibídem.

a denominar “Delito de Cuello Dorado” por la gran vistosidad con que se maneja esta figura delictiva.³⁰

Como a todas las figuras delictivas y a sus comisores hay que nombrarlas de igual forma. A los sujetos que incurren en delitos informáticos se les conoce en el mundo profano como Hackers, aun cuando no todos los comisores de delitos informáticos son Hackers, debido a las diferencias implícitas en el actuar de estos sujetos que inciden en los delitos informáticos y los resultados y secuelas que de los mismos se derivan. Los Hackers o el Hacker (cortador), es un vocablo anglófono que suele designar a los sujetos que tienen la tendencia a ser propensos a violar programas y sistemas de cómputos considerados invulnerables, impenetrables y altamente seguros por sus creadores.

Con el advenimiento de Internet y la puesta a disposición del público del uso de Internet con sus diversas herramientas, el ataque a la misma se hizo más fácil, debido a la puesta a disposición del público en la red. Desde entonces, la distinción se hace por los grados de conocimiento y la esfera de su actuar. Así nos encontramos con los Hackers, los Crackers y los Phreakers, los tres grupos originarios de los que se subdividen otros tantos. A continuación describiremos brevemente algunos de estos sujetos.

Hacker:

Es un individuo muy motivado en la articulación y el funcionamiento de sistemas operativos, son aquellos que exploran o se entrometen en la actividad o marcha de los sistemas operativos, y son capaces de llegar a estar al tanto del funcionamiento de cualquier sistema informático mejor que quiénes lo crearon. Para esto pueden llegar a crear su propio software para entrar a los sistemas. Toma su actividad como un reto intelectual, no pretende producir daños e incluso se apoya en un código ético.³¹

Los hackers son expertos en el manejo de los ordenadores, por regla general rebaten y se resisten a realizar un uso delictivo de sus habilidades

³⁰ Ibid.s

³¹ Para mayor información consúltese el artículo Posibles sujetos de los delitos informáticos, disponible en <http://www.informatica-juridica.com>

en el manejo de los ordenadores, si bien es cierto que no ponen reparos al pretender entrar a cualquier computadora conectada a la red, o incluso penetrar a una Intranet privada, siempre con el declarado fin de investigar las defensas de estos sistemas, sus lados débiles y “anotarse” el mérito de haber logrado burlar a sus administradores. Muchos de ellos dan a conocer a sus víctimas los “huecos” encontrados en la seguridad e incluso sugieren cómo corregirlos, otros llegan a publicar sus hallazgos en revistas o páginas Web de poder hacerlo.

Cracker:

Sujeto que se insertan en sistemas remotos con la finalidad de dismantelar datos, negar el servicio a usuarios legítimos, y ocasionar problemas. Posee dos variedades:

- El que invade un sistema informático y sustrae información o provoca roturas en el mismo.
- El que se dedica a desproteger todo tipo de programas, tanto de versiones shareware para hacerlas plenamente operativas como de programas completos comerciales que presentan protecciones anti-copia.

Cracker es aquel Hacker fascinado por su capacidad de romper sistemas y software que se dedica única y exclusivamente a Crackear sistemas. Son según algunos autores, la prensa y los grandes fabricantes, el grupo más rebelde de todos, ya que siempre encuentran el modo de romper una protección y luego difundir esta mediante la red para conocimientos de los demás. Crack es sinónimo de rotura y por lo tanto cubre buena parte de la programación de Software y Hardware.

Se puede decir que la diferencia entre un hacker y un cracker estriba en el hecho de que el primero (hacker) elabora sus propios programas, pues posee los conocimientos y habilidades suficientes en programación y en diversos lenguajes de programación, mientras que el segundo (cracker) se asienta en programas ya elaborados a los que accede generalmente vía Internet. La segunda diferencia radica en que el fin de un cracker es romper,

lacerar, destruir la máquina computadora que hay al otro lado, y luego vender información al mejor postor, destruyen datos, modifican ficheros, introducen en los programas códigos malignos que crean problemas en el sistema donde se ejecutan, o sea, lo único que hacen es crear problemas en la red; no es constructivo como un hacker, que trata de mejorar la red dando a conocer sus incursiones y los fallos que ha encontrado.

Phreaker:

Es el especialista en telefonía (Cracker de teléfono). Un Phreaker posee conocimientos profundos de los sistemas de telefonía, tanto terrestres como móviles. En la actualidad también poseen conocimientos de tarjetas prepago, ya que la telefonía celular las emplea habitualmente. Sin embargo, es en estos últimos tiempos cuando un buen Phreaker debe tener amplios conocimientos sobre informática, ya que la telefonía celular o el control de centralitas es la parte primordial a tener en cuenta y/o emplean la informática para su procesamiento de datos.

Estos buscan burlar la protección de las redes públicas y corporativas de telefonía, con el declarado fin de poner a prueba conocimientos y habilidades (en la actualidad casi todas estas redes de comunicaciones son soportadas y administradas desde sistemas de computación), pero también el de obviar la obligatoriedad del pago por servicio, e incluso lucrar con las reproducciones fraudulentas de tarjetas de prepago para llamadas telefónicas, cuyos códigos obtienen al lograr el acceso mediante técnicas de “Hacking” a sus servidores.

Dentro de las actuales manifestaciones de phreaking podríamos distinguir:

a) Shoulder-surfing: esta conducta se realiza por el agente mediante la observación del código secreto de acceso telefónico que pertenece a su potencial víctima, el cual lo obtiene al momento en que ella lo utiliza, sin que la víctima pueda percatarse de que está siendo observada por este sujeto quien, posteriormente, aprovechará esa información para beneficiarse con el uso del servicio telefónico ajeno.

b) Call-selloperations: el accionar del sujeto activo consiste en presentar un código identificador de usuario que no le pertenece y carga el costo de la llamada a la cuenta de la víctima. Esta acción aprovecha la especial vulnerabilidad de los teléfonos celulares y principalmente ha sido aprovechada a nivel internacional por los traficantes de drogas.

c) Diverting: consiste en la penetración ilícita a centrales telefónicas privadas, utilizando estas para la realización de llamadas de larga distancia que se cargan posteriormente al dueño de la central a la que se ingresó clandestinamente. La conducta se realiza atacando a empresas que registren un alto volumen de tráfico de llamadas telefónicas, con el fin de hacer más difícil su detección.

Existen igualmente otros sujetos que se dedican a cometer delitos informáticos como son los Lammers, los gurús informáticos, los bucaneros, newbie, y trashing.

Estamos plenamente de acuerdo con el criterio de la Lic. Siura L. Arregoitia López cuando establece que “El sujeto pasivo seguirá siendo la víctima del delito, el propietario legítimo del bien jurídico protegido, sobre quien recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo. En el caso de estos delitos los sujetos pueden ser persona natural o jurídica que usan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros”.

Conclusiones

El uso de los ordenadores y el acelerado progreso de la informática como ciencia ha permitido el pleno y total desarrollo de los sistemas computarizados, los cuales han alcanzado preeminencia en la historia contemporánea, y se han aplicado a otras ramas de la ciencia y la técnica, dentro de estas el Derecho.

Los conceptos Derecho Informático y Derecho de la Informática se pueden tener por sinónimos, aunque no es lo mismo Informática Jurídica y Derecho Informático

El incursionar de la informática dentro del Derecho ha generado que surjan nuevas aplicaciones o instituciones jurídicas como son: la Firma electrónica avanzada (Fea), Llaves electrónicas, Comercio Electrónico, Delito Informático y los Nombres de Dominio

El uso de la informática ha generado nuevos conceptos no solo en el Derecho como lo es la llamada actualmente Auditoria Informática y el Derecho como ciencia que participa de todas las transformaciones que se operan en la sociedad, está llamado a jugar un papel importante por medio de sus investigadores en la implementación del Derecho informático y sus aplicaciones procedentes de la informática.

Países como Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Holanda Italia, México, Noruega, Países Bajos, Perú, Suecia, Uruguay y Venezuela, han creado instituciones dentro de sus Universidades para el estudio y aplicación del Derecho Informático, debido a su auge e importancia y aplicación a nivel mundial.

Es importante recalcar como ultima conclusión de este trabajo que, dada la importancia que le ha brindado Cuba a las Tics, y tener una institución dedicada al estudio de la informática (la Universidad de las Ciencias Informáticas (UCI)), que se incluya en los planes de estudio de la carrera de Derecho la asignatura de Derecho Informático, no como asignatura opcional sino como parte del plan de estudio.

Bibliografía

Arregoitia López, Siura L: Posibles sujetos de los delitos informáticos, Facultad de Derecho. Universidad de La Habana, tomado el 28/07/2013 de www.informatica-juridica.com/trabajos.

_____ : “Protección contra los Delitos Informáticos en Cuba”
Facultad de Derecho. Universidad de La Habana, tomado el
28/07/2013 de [www. Informatica-juridica.com/trabajos](http://www.Informatica-juridica.com/trabajos).

Carrascosa López, Valentín: El Derecho informático como asignatura
para juristas e informáticos, Revista de Informática y Derecho,
Universidad de Educación a Distancia, Centro Regional de Mérida,
s.n. y s. a.

Fix Fierro, Héctor: Informática y documentación jurídica, México
UNAM, facultad de derecho, 1990.

Muñoz Rocha, Carlos I: Teoría del Derecho, Oxford University Press,
México, 2006.

Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: La Informática Jurídica y el
Derecho Informático como ciencias. El Derecho Informático como
rama autónoma del Derecho. www.monografias.com Artículo tomado
de internet en fecha 18/07/2013.

Riestra Emma: Informática jurídica aplicada a la enseñanza del derecho,
Tesis de licenciatura, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1995.

Ríos Estavillo, Juan José: Derecho e Informática en México, Universidad
Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
México, 1997. (LT, Edición Digital).

Rivero, Antonio: Informática y Derecho, la informática jurídica en España,
Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,
Informática y Derecho, Monográfico 12, Madrid, Septiembre 1986.

Suñe, Emilio: Introducción a la informática jurídica y al derecho de la
informática, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense, Informática y Derecho, Monográfico 12, Madrid,
Septiembre 1986.

Téllez Valdés, Julio: Derecho Informático, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1991. (LT, Edición Digital).

Legislación internacional

1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas (año 2001)
2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (año 1996)

La corrupción y su expresión en el comercio exterior. Aspectos teórico-prácticos para su enfrentamiento en Cuba

Corruption and its expression in foreign commerce. Theoretical – practical aspects for facing it in Cuba.

Irina Tolón Murguía

Resumen

En Cuba, la corrupción administrativa también se manifiesta en la actividad de comercio exterior, afectando la toma de decisiones, el cumplimiento de las normas para la compra-venta internacional así como riesgos y afectaciones a la economía del país. Por tanto el estudio y determinación de los aspectos teórico-prácticos de la corrupción en este ámbito, en tanto definición, principales manifestaciones, el papel de la subjetividad social, así como los retos y oportunidades en el enfrentamiento estatal, constituye un imperativo para la adopción de estrategias para prevenir este fenómeno.

Para el acercamiento a este tema, se empleó como métodos empíricos: el análisis de los principales referentes teóricos a nivel nacional e internacional así como expedientes de fase preparatoria instruidos por el órgano de investigación criminal, la entrevista a instructores penales, funcionarios de la Fiscalía General de la República (FGR), la Contraloría General de la República (CGR) y el Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera (MINCEX), así como el estudio de casos a sancionados privados de libertad por delitos asociados a la corrupción en la actividad de compraventa internacional.

Los resultados obtenidos revelan insuficiencias en la preparación de funcionarios y empleados públicos sobre las políticas para la actividad de comercio exterior, la corrupción y las consecuencias jurídico-penales, en tanto se aprecian avances en la integralidad del enfrentamiento estatal.

Palabras clave

Corrupción administrativa, comercio exterior, enfrentamiento estatal.

Abstract

Administrative corruption in Cuba is also materialized in foreign commerce activity, affecting this way, decisions to be taken, the fulfillment of the international commerce norms; it may also cause risks and damage to the economy of the country. So, the study of theoretical-practical aspects of corruption in this scope, concerning definition, main manifestations, the role of the social subjectivity, as well as the challenges and opportunities for the State to face those problems, constitute a need to adopt strategies to avoid this phenomenon.

To get closer to this topic, the following empirical methods were used: The analysis of the main national and international theoretical references, as well as, dossiers from the preparatory period, drawn up by the criminal investigation organ , the relation with juridical people, legal frame and some considerations about them in Mayabeque Province. Regarding the Mercantile Registry, a brief discourse about its antecedents in our country and about the principal irregularities in corruption in the Registry of Mayabeque is approached, besides it offers a modest analysis on the dispositions that regulate the activity that this registry carries out.

Key words

Publicity, registry, trading company wholly funded with Cuban capital

Introducción

Uno de los grandes desafíos que enfrenta la sociedad a nivel internacional, regional y local es el combate a la corrupción, por ser este un fenómeno históricamente determinado y multicausado, que desconoce sistemas económicos o status social, que constituyan de alguna forma “fronteras” estructurales o territoriales, de ahí que sea un fenómeno generalizado con diversos niveles de expresión y su enfrentamiento, es una prioridad para la comunidad internacional.

Su vínculo con otras formas delictivas, más violentas y transgresoras, que atentan contra la vida de las personas, la soberanía de los Estados y la paz mundial; convierten a la corrupción en un instrumento de trabajo de las organizaciones criminales transnacionales y de los intereses hegemónicos de las potencias imperialistas, que con el propósito de penetrar otras naciones, infiltran las actividades ilícitas e instauran gobiernos serviles a los intereses del capital dominante.

En el discurso nacional y foráneo se afirma que la lucha contra la corrupción es una lucha por el desarrollo, por ende la existencia de este fenómeno no solo a nivel de estructura social sino como “modo de vida” de los pueblos, constituye un arma eficaz pues subvierte la cultura de legalidad y de confianza, por otra de ilegalidad e ingobernabilidad. La tendencia en el enfrentamiento ha favorecido la aplicación de la norma penal y la identificación de los factores objetivos, que sirvan de base para trazar políticas encaminadas a erradicar estas situaciones contribuyentes.

En Cuba este fenómeno también ha tenido su expresión, con una importante afectación financiera y social que se erige como amenaza para la sostenibilidad de la Revolución, que pone en peligro además, la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución así como la nueva regulación en materia de Inversión Extranjera matizado por el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre Cuba y Estados Unidos de Norteamérica.

En el debate científico sobre cómo enfrentar eficazmente la corrupción, queda claro que la punibilidad y la función educadora de la sanción penal no es la solución al problema. Por ello se prioriza la acción preventiva que impida una afectación económica, social y política.

A pesar del condicionamiento histórico, la existencia de este flagelo tiene un núcleo esencial que lo constituye precisamente el hombre; pues su personalidad y su conducta –con independencia de los factores objetivos– determinan la existencia y el desarrollo o no, de la corrupción.

En el contexto nacional los referentes sobre este tema, como tendencia, privilegian los factores objetivos o situaciones contribuyentes que favorecen las conductas corruptas, sin embargo la subjetividad se convierte en un factor mediador de la influencia de lo biológico y lo social, que impide la acción directa de estos. El poder de la subjetividad se manifiesta cuando a lo largo de la historia muchos hombres han sido capaces de mantener una conducta ética opuestamente contraria a las conductas corruptas.

Es por ello que el propósito marco del presente trabajo es reflexionar sobre la importancia que tiene el estudio de la corrupción y sus principales manifestaciones en el comercio exterior, el papel de la subjetividad así como los retos y oportunidades para el enfrentamiento estatal.

DESARROLLO.

I. La corrupción administrativa. Algunas definiciones y teorías de base para su estudio.

Acerca de la corrupción, existen tantos estudios como definiciones sobre este concepto, sin embargo uno de los criterios de clasificación más generalizados, consiste en tipificarla a partir de la esfera de poder donde actúa el sujeto y que encuentra su espacio en la gestión: política, administrativa y judicial.

Aunque a nivel internacional estas formas tienen disimiles niveles de expresión, en nuestro país la corrupción que se enfrenta fundamentalmente es de tipo administrativa.

El análisis lógico y coherente de este tema, nos lleva necesariamente a definir en qué consiste la gestión administrativa de carácter público. Al respecto (Garcini, 1986) la define como: “la acción ejecutada por el gobierno, al dictar y aplicar las disposiciones necesarias, para el cumplimiento de los hechos tendentes a conservar y fomentar los intereses públicos; esta nace de la necesidad del Estado de amparar y proteger el bien común”.

Esta definición además de expresar la significación que en el orden político, económico y social tiene la función administrativa, también lleva implícita el papel de la ética en el ejercicio de la misma, por tanto las implicaciones y afectaciones provocadas por la corrupción -como fenómeno socialmente dañino y peligroso- pasan por un proceso de deterioro de los valores de estos individuos.

Importantes aportes asociados a la corrupción administrativa, (Durkheim, 1902), (Sutherland, 1940)¹ (Nay, 1970)² y (Longoria, 1982) expresan la evolución y desarrollo en el análisis de este concepto, con implicaciones aún vigentes para su comprensión y enfrentamiento:

- La regulación de la ética ocupacional como medio para controlar los abusos de poder, entendiendo que la actitud del hombre en el ejercicio de sus funciones, está en la base de todo proceso social, independientemente de otros factores que coexistan e influyan en su conducta.

- El funcionario público como sujeto de la corrupción, en su momento constituyó una denuncia que reveló las artimañas y abusos que se esconden bajo un estatus de respetabilidad. Otro elemento que se infiere, es el carácter antijurídico y socialmente peligroso que se le adjudica a este tipo de actos, que deviene –por su carácter nocivo- en una sanción penal. Es por ello que hasta nuestros días, se ha privilegiado el análisis y la solución jurídica-penal a un fenómeno que sin lugar a dudas tiene diversas aristas, como ciencias para explicar su naturaleza y expresión, en un contexto histórico concreto.

¹ Citado por Martínez (2001)

² Ibídem

- La expresión conductual de la corrupción que viola no solo normas de orden público también normas sociales. Esto propició e impulsó el análisis desde otras ciencias como la psicología, la criminología, la sociología. De igual forma se pone al descubierto los fines o propósitos que motivan este tipo de conductas, además de incluir conductas no penalizadas, tales como el nepotismo, favoritismo, abusos de autoridad, entre otras.

- La degradación moral como esencia de la corrupción, es por ello que se infiere el proceso de deterioro del corrupto y se amplía el aspecto axiológico más allá de la ética.

- En el ámbito nacional constituyen referentes, las definiciones de dos importantes Órganos de Control Estatal (Fiscalía General de la República de Cuba y la Contraloría General de la República de Cuba) pues aportan desde del trabajo fiscal y propiamente administrativo, respectivamente, los siguientes aspectos:

- Define la corrupción como hechos, incorpora la figura del empleado público como sujeto autor y señala la peligrosidad del acto no solo por el perjuicio o daño financiero, social o individual, también por el costo político que entraña estos hechos de corrupción. Todo lo cual tiene implicaciones en la investigación criminal asociada a este fenómeno.

- Se incorpora como sujetos a los Cuadros del Gobierno y los dirigentes, describe los antivalores de la actuación contraria (engaño, el soborno, la deslealtad) y determina como principal causa: el desorden administrativo.

- Es por ello que a partir de las contribuciones descritas, resulta esencial estudiar y conocer los aspectos teórico-prácticos de la corrupción, en el contexto de las relaciones sociales según las actividades y procesos fundamentales que se desarrollan en la sociedad, con el objetivo de realizar las acciones necesarias para detectar y disminuir la incidencia de este fenómeno.

Aspectos teórico-prácticos de la corrupción en los casos estudiados para su enfrentamiento en Cuba.

La corrupción y su expresión en la actividad de comercio exterior. Definición y manifestaciones.

El estudio de esta temática durante cinco años, con la aplicación de métodos empíricos como el análisis de los principales referentes teóricos a nivel nacional e internacional así como expedientes de fase preparatoria instruidos por el órgano de investigación criminal, la entrevista a instructores penales, funcionarios de la Fiscalía general de la República (FGR), la Contraloría General de la República (CGR) y el Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión extranjera (MINCEX) así como el estudio de casos sancionados penalmente por tipicidades delictivas asociadas a la corrupción en la actividad de compraventa internacional, en condiciones de privación de libertad, ha permitido a la autora³ definir teóricamente los aspectos esenciales que definen la corrupción en la actividad de comercio exterior en Cuba como:

La actividad que realizan los empresarios extranjeros y nacionales que poseen vínculo laboral legal o ilegal en combinación con cuadros, directivos, funcionarios y empleados públicos con facultad, influencia y participación en las decisiones sobre los procesos de importación y exportación. Se extralimita el nexo profesional y transgreden normas éticas, jurídicas, políticas y estrategias del sector para el vínculo con el exterior. Como resultado la parte extranjera obtiene favorecimientos de tipo comercial, económico, financiero y de prestación de servicios a cambio de satisfacer motivaciones esencialmente lucrativas, lo que provoca riesgos, daños y afectaciones a los intereses económico-sociales del país, estrechamente articulada a la de carácter delictivo.

³ Tolón (2015) b.

En este sentido la autora identifica las principales manifestaciones de corrupción:

- Aceptación y/o concertación de acuerdo entre la parte extranjera y los funcionarios y empleados públicos, sobre la entrega de un por ciento del valor del contrato y/o prebendas personales o a terceros (dinero o insumos para satisfacer demandas económicas, viajes al exterior, ubicación laboral de funcionarios o familiares de este en firmas extranjeras, entre otras).
- Entrega de información comercial y financiera a la parte extranjera, para obtener ventajas en la presentación de las ofertas y contratos en el proceso negociador en detrimento de la parte cubana.
- Influencia sobre directivos y funcionarios públicos de organismos y entidades cubanas que intervienen en el proceso negociador (importadoras, clientes finales).
- Realización de contratos para la importación de insumos y mercancías violando procedimientos contractuales y otras normas.
- Participación sistemática en actividades extraoficiales sin aprobación con empresarios extranjeros y nacionales, tanto en el territorio nacional como en el extranjero: invitaciones a cenas, visitas a lugares turísticos, compraventa de artículos para uso y consumo en los que se brindan atenciones y dinero de bolsillo.
- Organización de viajes al exterior con los gastos pagados y la participación en actividades que se apartan de su trabajo específico, facilitando al extranjero su labor de influencia sobre el funcionario.

En este escenario resulta esencial estudiar y conocer las regularidades y singularidades que tiene la subjetividad de estos individuos, con el objetivo de realizar las acciones necesarias para detectar y disminuir este tipo de conductas.

La exploración de la subjetividad en el fenómeno de la corrupción desde un enfoque socio-psicológico.

En las investigaciones y estudios acerca de la corrupción se constata la tendencia predominante a explorar la dimensión objetiva, principalmente en

el diagnóstico de las causas y condiciones o situaciones contribuyentes en el fenómeno de la corrupción.

Desde el punto de vista ontológico, la realidad objetiva resulta primaria, en relación con la realidad subjetiva, sin embargo desde una perspectiva gnoseológica la realidad social es refractada de forma diferente según la multiplicidad de individuos, por lo que es indisoluble el vínculo dialéctico entre ellas.

La subjetividad tiene un carácter pluridimensional e interdisciplinario, como categoría general epistemológica, sociológica y psicológica, constituye un referente necesario en el análisis de los factores que inciden y/o determinan la existencia y manifestación de la corrupción. Como tendencia, la exploración de este aspecto es escaso y se desconoce relativamente pues las investigaciones abordan principalmente el tema de los valores (subjetividad individual) no siendo así en el resto de los niveles que la integran.

Importantes reflexiones criminológicas y psicológicas en el ámbito nacional (Viera, 2000), (Vasallo, 2004), (Domínguez, 2005), sustentan la necesidad de explorar el aspecto subjetivo en el análisis de la delincuencia, teniendo en cuenta:

- La complejidad de las aristas social e individual en el análisis criminológico.
- La necesidad de abordar de forma transdisciplinaria la conducta individual y los vacíos teóricos que subsisten en la literatura especializada.
- La insuficiente exploración y explicación desde lo subjetivo para explicar los fenómenos sociales.

La subjetividad como categoría supra-individual tiene una existencia real, pues constituye la fuente u origen de nuestras sensaciones (Leontiev, 1981). Este término también se identifica con el sentido personal.

Entre las diversas concepciones sobre la subjetividad, se asumen las de los autores (Leontiev, 1981), (Domínguez, 2005), (D' Angelo, [s.a]) pues se vinculan o tienen un sustento de orientación marxista, ya que la subjetividad

tiene una existencia real, en el plano individual tiene particularidades según los sujetos al tiempo que se elabora con el conjunto de las relaciones de sus existencia, por tanto el análisis de las causas de este comportamiento requiere una búsqueda de las mismas en tres niveles: la sociedad, el micromedio social en el que el individuo se desarrolló y en el que vive y la personalidad del individuo.

En el estudio de la corrupción, es imprescindible conocer las regularidades que tiene la subjetividad social en la Cuba actual, para delimitar los derroteros en el enfrentamiento eficaz a este fenómeno social.

En relación a las situaciones en el orden interno (D' Angelo, [s.a]) refiere a la “readecuación” de la subjetividad del cubano, ante la crisis de los años 90’ y el deterioro de las condiciones materiales y espirituales de vida, que implican replanteamientos de proyectos de vida, personales, familiares y grupales, en ocasiones son resultado de deformaciones valorativas (justificaciones de comportamientos inmorales, ilegales, etc) o distantes a las socialmente investidas.

Este autor señala algunos de los impactos del periodo especial en la subjetividad social, en distintos sectores:

- Predominio del individualismo e inmediatez
- Debilitamiento del valor trabajo en sus manifestaciones estatales
- Debilitamiento de los valores morales
- Devaluación del empleo calificado y el papel de la educación
- Exaltación del consumismo. Espina et al.(1993) ”.⁴

El análisis del debilitamiento de los valores, está en correspondencia con la recomendación de Clark Arxer, y Piedra Herrera, D (2007) cuando sugieren que la problemática de la ética y la moral se evalúa en tres planos diferentes (individual, el institucional y el social) y la existencia de una ética de mercado como otro de los factores que impulsa el desarrollo y existencia

⁴ Citado por D' Angelo [s/a]

de la corrupción. Algunas de las circunstancias que favorecen la existencia de este tipo de ética son:

- La globalización invade el terreno moral y ético de las naciones cuyas identidades y cultura han sido forjadas durante siglos.
- La cultura de masas, apoyada en los medios de difusión modernos y permeadas por un individualismo egocéntrico y vulgar.
- Los derechos del hombre se metamorfosean terminológicamente y políticamente en Derechos Humanos que son interpretados como derechos del individuo en contraposición a los de la humanidad con fines políticos.

Retos y oportunidades en el enfrentamiento estatal a la corrupción en el comercio exterior.

Retos:

- Insuficiente preparación de funcionarios y empleados públicos sobre las políticas para la actividad comercio exterior, la corrupción y las consecuencias jurídico-penales en algunas áreas del MINCEX y a nivel de empresas.
- Limitada actividad de control y aplicación oportuna de medidas por las administraciones públicas para detectar y prevenir las manifestaciones de corrupción así como el riesgo o daño económico-social.
- Dificultades en el accionar de las organizaciones políticas y de masas en el ámbito empresarial.
- Insuficientes condiciones materiales en las importadoras y a los que controlan esta actividad.
- Oportunidades:
- Experiencia en la investigación criminal por delitos asociados a la corrupción.
- Estrecha coordinación entre los órganos del Ministerio del Interior, la CGR, la FGR y el MINCEX.
- Estabilidad de los fiscales que trabajan de conjunto con los instructores penales.

- Creación de la Dirección de enfrentamiento a la corrupción e ilegalidades en la FGR a finales 2013-2014.
- Coordinación interinstitucional a través de la Comisión Estatal de Control presidida por la Contralora General de la República y el Comité Coordinador presidido por el Ministro Presidente del BCC, en la que están representadas FGR, MINCEX, MININT, BCC, MINFAR, MFP, el MINJUS, ONAT, entre otros.
- Alto nivel de comprobación y demostración de la actividad delictiva.
- Fortalecimiento de la institucionalidad.

Conclusiones

1. El enfrentamiento político-estatal y jurídico a las manifestaciones de corrupción en la actividad de comercio exterior, constituye una prioridad para el país y se aprecian mayores niveles de integralidad del sistema.
2. El estudio y comprensión acerca de la corrupción y su expresión en la actividad de comercio exterior, en un contexto socio-histórico concreto es indispensable para diseñar estrategias orientadas al control y detección oportuna con fines preventivos.

Bibliografía

- Capote, G. A. [s/a]: La exploración de la subjetividad en una investigación sociopsicológica acerca de la problemática del empleo en Cuba. Artículo no publicado, CIPS, La Habana.
- Clark, A.I y Piedra, H. D.: Investigación, ética y sociedad. En (Ed). Reflexiones sobre la Ciencia, Tecnología y Sociedad: Lecturas escogidas (pp.376-387). La Habana, Cuba: Ciencias Médicas. 2007
- D' Angelo, H.O. [s.a.]: Subjetividad Social y Desarrollo. Cuba y los retos de la complejidad”. Artículo no publicado, CIPS, La Habana.

- Díaz, T. M et al.): Familia y cambios socioeconómicos a las puertas del nuevo milenio. Artículo no publicado, CIPS, La Habana. 2000.
- Domínguez, G. L. Psicología del Desarrollo: Problemas, Principios y Categorías. La Habana, Cuba: Facultad de Psicología-UH. 2005.
- Domínguez, M. I.: Tendencias de integración y desintegración social de la Juventud cubana”. Artículo no publicado, CIPS, La Habana. 2000.
- Espina, M et al. La intelectualidad en el proyecto socialista cubano. Artículo no publicado, CIPS, La Habana. 1993.
- Fiscalía General de la República de Cuba *et al.*. VIII Encuentro Internacional de la Sociedad y sus retos frente a la Corrupción. Palacio de Convenciones de La Habana. [cd-rom]. La Habana, Cuba. Instituto Superior del MININT-CICT. 2011.
- Garcini, G. H. : *Derecho Administrativo*. La Habana, Cuba: Editorial Pueblo y Educación, 1986.
- Grillo, L. J.: *Los delitos en especie*. La Habana, Cuba: Editorial Pueblo y Educación. Tomo I., 1982.
- Leontiev, A. N.: *Actividad, conciencia y personalidad*. La Habana, Cuba: Editorial Pueblo y Educación, 1981
- Martín, C et al. Sobre la subjetividad cotidiana en Ciudad de La Habana. Artículo no publicado, CIPS, La Habana, 2000.
- Martínez, D.T. La corrupción en el sector de comercio y gastronomía. Una percepción desde la población. Tesis de maestría no publicada, Instituto Superior del MININT, La Habana, Cuba, 2001.
- Partido Comunista de Cuba. Directrices contenidas en el discurso pronunciado por el General de Ejército Raúl Castro Ruz el 29 de enero de 2012, en la clausura de la Conferencia Nacional del Partido Comunista de Cuba. En: *Documentos*. La Habana, Cuba: Editora Política, 2012.

- Tolón, M. I. a. Percepción y comportamiento de los internos vinculados a hechos de corrupción en la actividad de comercio exterior. Revista Científica “Capitán San Luis”, VIII (2), 2015.
- Tolón, M. I. La corrupción en las empresas cubanas importadoras. Una Metodología de enfrentamiento con enfoque preventivo. Taller de tesis doctoral, Instituto Superior del Ministerio del Interior, La Habana, Cuba. b. (2015
- Vasallo, B. N.: El delito concreto. La acción delictiva en el nivel individual. En: *Criminología* (pp. 54-77). La Habana, Cuba: Facultad de Derecho-UH, 2004.
- Viera, H. M.: *Temas fundamentales sobre criminología*. La Habana, Cuba: Editorial Félix Varela, 2000.

De los autores

Braulio Boris Castillo Barroso

Licenciado en Derecho, Máster y Doctor. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Marta Beatriz Nicanovich Cingolani

Máster en Ciencias de la Educación. Miembro de la Asociación de Economistas y Contadores de Cuba (ANEC). Colaboradora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Ernesto Domínguez López

Doctor y Máster en Ciencias Históricas. Investigador y profesor del Centro de Estudios Hemisféricos y Sobre Estados Unidos (CEHSEU).

Harold Bertot Triana

Licenciado en Derecho y Máster.

Nibaldo Hernández Mesa

Licenciado en Derecho y Máster.

Dayan G. López Rojas

Licenciado en Derecho y Máster.

Mercedes de Armas Alonso

Doctora en Ciencias Históricas. Diplomada en Estudios Políticos y Sociales. Investigadora titular y profesora asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Daile Simón Romero

Licenciada en Pedagogía. Máster, Investigadora agregada y profesora asistente del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Silvia Esther García Méndez

Máster en Ciencias en Criminología. Licenciada en Psicología. Investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar de la Universidad de La Habana.

Mariela Ordaz Torres

Licenciada en Psicología. Aspirante a investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Eulalia de la Caridad Viamontes Guilbeaux

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Félix Pedro De Armas Machado

Licenciado en Derecho y Máster.

Roy Ramón Philippón

Licenciado en Derecho. Máster, Especialista y Asesor Jurídico del Grupo Azucarero (AzCuba).

Diana Hernández de la Guardia

Doctora en Derecho Público. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas y profesora auxiliar.

Caridad Bárbara González Díaz

Licenciada en Derecho. Especialista del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Sandra de la Caridad Estrada Baralt

Máster en Derecho Económico. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

María Teresa Ferreiro Tuero

Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora titular e investigadora titular del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Eduardo Torres Medina

Licenciado en Derecho y Máster.

Yadira González Ruiz

Licenciada en Derecho y Máster

Milkos Lázaro Gual Díaz

Licenciado en Derecho y Máster en Gestión de la Propiedad Intelectual.

Irina Tolón Murguía

Máster en Ciencias. Profesora asistente e investigadora auxiliar del Centro de Investigaciones Científicas del Instituto Superior del MININT Eliseo Reyes Rodríguez (CICISMI).

